

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

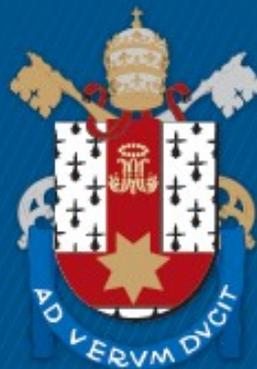
EDVALDO PEREIRA DE MOURA

**ELEMENTOS PARA ROMPER COM A GENÉTICA INQUISITORIAL NO
PROCESSO PENAL DO BRASIL**

Porto Alegre

2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

EDVALDO PEREIRA DE MOURA

**ELEMENTOS PARA ROMPER COM A GENÉTICA INQUISITORIAL
NO PROCESSO PENAL DO BRASIL**

**Trabalho Dissertativo de Conclusão do
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Criminais – Mestrado, apresentado como
requisito para a obtenção do grau de Mestre
pela Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul**

ORIENTADOR: PROF. DR. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

PORTO ALEGRE

2022

Ficha Catalográfica

M929e Moura, Edvaldo Pereira de

Elementos para romper com a genética inquisitorial no processo penal do Brasil / Edvaldo Pereira de Moura. – 2022.

115.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Processo Penal. 2. Inquisitorialismo. 3. Autoritarismo. I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

EDVALDO PEREIRA DE MOURA

**ELEMENTOS PARA ROMPER COM A GENÉTICA INQUISITORIAL
NO PROCESSO PENAL DO BRASIL**

Trabalho Dissertativo de Conclusão do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado, apresentado como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Aprovado em: ___ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli - PUCRS

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner - PUCRS

Prof. Dr. André Luís Callegari - IDP

PORTO ALEGRE

2022

Dedico esta Dissertação aos meus filhos, pela compreensão, sempre presente no relacionamento que mantenho com eles.

AGRADECIMENTOS

Expresso, aqui, os meus profundos agradecimentos aos Mestres e Doutores Nereu José Giacomolli, Aury Lopes Júnior, Ricardo Jacobsen Gloeckner e Rodrigo Moraes de Oliveira, sempre pacientes e compreensivos com os contratemplos e omissões involuntárias debitadas a imprevistos e gravíssimos problemas de saúde, pelas lições de rara sapiência, disciplina, dedicação e pedagogia avançada, na busca daquilo que de mais importante a moderna ciência do Direito nos desvela no campo renovador do Direito Processual Penal.

Agradeço, ainda, à professora Ruth Gauer, ao professor Augusto Jobim do Amaral e aos demais professores da PUC do Rio Grande do Sul, pelas lições que me transmitiram.

Agradeço, também, aos meus assessores, João Vítor Facundes Guimarães e Ana Letícia Anarelli Rosati Leonel, pelo apoio e metucioso trabalho na elaboração da minha Dissertação.

Agradeço, igualmente, aos médicos que me atenderam, ajudando-me na superação das dificuldades que enfrentei para terminar o curso de que participei.

Por fim, agradeço a Deus por me possibilitar atingir mais um importante marco na minha história de vida e trabalho.

RESUMO

Por intermédio da presente Dissertação e sob a orientação do professor Nereu José Giacomolli, pretende-se oferecer um contributo argumentativo sobre a indispensabilidade do rompimento com a genética inquisitorial existente no Processo Penal brasileiro, inspirado no Código fascista italiano de 1930, do teórico Vincenzo Manzini, a fim de que se possa implementar, de fato, um sistema de Justiça Criminal mais humano e democrático, fundado nos regramentos legais, convencionais e constitucionais da Carta Política de 1988, placitados pelo Brasil, ao longo dos anos. A consecução de tais propósitos, todavia, jamais se efetivará sem judicioso conhecimento técnico-jurídico e sem a experiência político-criminal dos juristas penais e processuais penais vanguardistas, adeptos do garantismo e do minimalismo penal, que levem em consideração os direitos fundamentais do investigado, acusado ou réu. Por fim, para o esperado êxito de tão ingente e complexa missão, é de rigor que os agentes políticos do legislativo, do executivo, do judiciário e de execução penal se empenhem e terçam armas, nesses quatro níveis, com operadores jurídicos infensos às pregações do senso comum e à visão inquisitorial da Justiça Criminal, responsáveis pela conhecida inflação legislativa, com a indevida tipificação de condutas penais de ofensividade mínima, quase inexistente e, ainda, por julgamentos desumanos e antidemocráticos.

Palavras-chave: Processo penal, inquisitorialismo, autoritarismo.

ABSTRACT

Through the thesis to which we have proposed, and under the guidance from professor, Nereu José Giacomolli, we aim to offer a plain argumentative position about the indispensability of the disruption with the inquisitive genetics of the Brazilian criminal procedural law, which was inspired by the fascist criminal code, *Codice Rocco*, from 1930, written by the theoretician Vincenzo Manzini, aiming to be able to implement, for real, a humane and democratic Criminal Justice system, founded on the statutes of the Brazilian Constitution of 1988, and on the treaties and conventions pleaded by Brazil, with which we completely agree. Let it be registered that, for the achievement of such propositions, we have to take possession of the knowledge and experience of the criminalists and criminal procedural authors with avant-garde opinions, supporters of the criminal minimalism and of the legitimate guarantism. At last, we acknowledge that, for the success of this difficult mission, we need to be armed both in the sphere of legislation, by mitigating the repressive rage, and in the one of the jurisdiction, with humane, correct and fair decisions. In the scope of Criminal Law, we have an actual legislative inflation, with the typification of criminal norms with minimum or dubious offensive potential and, within the scope of jurisdiction, we need judges who act and work with a humanistic and democratic formation and, above all, capable, competent, courageous and impartial.

Keywords: criminal procedural law, authoritarianism, inquisitive.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 – RAÍZES INQUISITORIAIS DO PROCESSO PENAL DO BRASIL	19
1.1 – O CONTEXTO HISTÓRICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO BRASIL DE 1941.....	27
1.2 – AS TENTATIVAS DE REFORMAR O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DIANTE DOS ÓBICES CRIADOS PELOS RANÇOS AUTORITÁRIOS E INQUISITORIAIS.....	41
2 – O INQUISITORIALISMO CONTEMPORÂNEO.....	49
2.1 – A BUSCA PELA INEXISTENTE VERDADE REAL.....	51
2.2 –A ATUAÇÃO INQUISITORIAL DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	54
2.3 –A INVERSÃO DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO ACUSADO.....	56
2.4 – O TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	59
2.5 – O (ILUSÓRIO) SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO.....	60
3 – ALGUNS ELEMENTOS PARA SUPERAR O AUTORITARISMO DO INQUISITORIAL SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL.....	64
3.1 – A NECESSÁRIA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	67
3.1.1 – A democratização do espaço cênico do Processo Penal.....	71
3.2 –A HUMANIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	73
3.2.1 – O interrogatório por videoconferência analisado sob o espectro do processo penal humano e democrático.....	76
3.3 - A NECESSIDADE DE UMA EFETIVA SEPARAÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DE INVESTIGAR, ACUSAR E JULGAR.....	83
3.4 – A NECESSIDADE DA FIXAÇÃO DE UM PRAZO MÁXIMO PARA A PRISÃO PROVISÓRIA.....	86
3.5 – A LEI Nº 12.403/11 E A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVER-	

SAS DA PRISÃO COMO MEIOS DE SUPERAÇÃO DO INQUISITORIALISMO

3.2 – A HUMANIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	73
3.2.1 – O interrogatório por videoconferência analisado sob o espectro do processo penal humano e democrático.....	76
3.3 - A NECESSIDADE DE UMA EFETIVA SEPARAÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DE INVESTIGAR, ACUSAR E JULGAR.....	83
3.4 – A NECESSIDADE DA FIXAÇÃO DE UM PRAZO MÁXIMO PARA A PRISÃO PROVISÓRIA.....	86
3.5 – A LEI Nº 12.403/11 E A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO COMO MEIOS DE SUPERAÇÃO DO INQUISITORIALISMO PENAL.....	88
3.6 – A POSSIBILIDADE DA MITIGAÇÃO DO INQUISITORIALISMO PENAL ATRAVÉS DE DECISÕES JUDICIAIS HUMANISTAS E DEMOCRÁTICAS.....	90
3.7 – A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO HUMANA E DEMOCRÁTICA DO MAGISTRADO EM NÍVEL CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL: UMA DISCUSSÃO ALÉM DA ESFERA PENAL.....	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

Ao se analisar a longa e controvertida história do Direito Penal e Processual Penal do Brasil, em que se embasa o seu sistema de Justiça Criminal, marcado pelo inquisitorialismo e por práticas desumanas e afrontosas à democracia, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de inadiáveis e substanciais alterações, exigidas pelo Estado Democrático de Direito, como o que foi concebido pela Carta Cidadã de Ulisses Guimarães e não somente de arranjos cosméticos, mantenedores do *status quo* deste país de muitas leis e de pouca justiça.

Com essas singelas, mas ousadas ponderações introdutórias, pode-se dar por iniciada a árdua e gratificante tarefa de elaboração do presente texto dissertativo, sobre tema assaz complexo e tormentoso, que vem desafiando, desde tempos imemoriais, os estudiosos da ciência penal e processual penal e, também, o sistema de Justiça Criminal de que o Brasil dispõe, com a seguinte e audaciosa indagação: Como transpor a herança inquisitorial trazida pelo Código de Processo Penal de 1941, entranhada na história da Justiça Penal brasileira e dos seus três subsistemas: o policial, o judicial e o penitenciário?

A resposta à supracitada indagação parece fácil e, ao mesmo tempo, difícil e complexa. Poder-se-ia dizer: Com a humanização e a democratização do Processo Penal, da Justiça Criminal e do agir policial, judicial e penitenciário, que todos conhecem, os comportamentos inquisitivos, de que se tem notícia, desaparecerão.

Mas como fazê-lo? Neste ponto, reside o nó górdio da questão. Exatamente porque a cultura inquisitorial brasileira permeia, desde a fase pré-colonial, aos dias de hoje, o pensar e o agir de expressiva parte da doutrina, da jurisprudência, das matrizes culturais e das práticas dos sujeitos oficiais do sistema penal brasileiro.

Por isso, sob o impulso de imensa alegria e elevada motivação, passa-se a alinhar, através de resumida introdução, o presente texto monográfico do Curso de Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, dispondo sobre os elementos de que se pode utilizar, para o rompimento com a genética inquisitória do Direito Penal e Processual Penal brasileiros, assunto extremamente reptante e inegavelmente atual. Antes, porém, de abordar os tópicos específicos contidos no sumário apresentado, admitem-se, como oportunas e necessárias, rápidas e pertinentes considerações, em torno dos fenômenos políticos e sociais da violência e do crime, matérias-primas com que lida a Justiça Criminal e que estão a exigir a argúcia e a inteligência das forças de segurança pública, de juristas da área penal e processual penal, de

filósofos, de sociólogos, de cientistas políticos, de professores e sujeitos oficiais, sintonizados com a linha argumentativa do garantismo e do minimalismo penal.

Ao se pugnar pela humanização e a democratização do sistema de Justiça Penal, não se pode passar ao largo de temas relacionados com a violência, o crime, a política criminal e penitenciária, inspirada não na exacerbação repressivista – defendida pelo sistema inquisitório – mas em um estado mínimo, como o idealizado pela Constituição Federal de 1988, infensa à corrente da “lei e da ordem”, por ser com ela incompatível.

Após essas aligeiradas ponderações, não se pode deixar de reconhecer, porque perceptíveis, o grau de esgarçamento da tecitura política, econômica e social e o distanciamento dos segmentos sociais existentes em países como o Brasil. O cidadão e a sociedade não podem se alhear, mas devem se convencer, como o fazem os Estados Unidos da América, de que o espaço público também lhes pertence e por isso todos devem se sentir corresponsáveis pelo que de bom ou de ruim vier nele a acontecer. Não é de bom alvitre, que eles não possuam, juntamente com o poder político tripartite, a dimensão de posse dos seus espaços públicos e neles não atuem de acordo com o interesse de todos. A dimensão de posse do espaço público, na visão de Tiago Ivo Odon, não pode ser exclusiva da nação politicamente organizada mas, igualmente, do cidadão consciente e da sociedade em que ele vive.

É como ensina o aludido autor, asseverando:

Há diferença de comportamento social entre pessoas que consideram o Estado o responsável natural pela ordem no espaço público e aquelas que consideram que cabe à sociedade em primeira instância. Há um sentido de não-pertencimento na primeira situação, quando a autoridade não se faz presente (o espaço público não pertence a ninguém, não há norma, tudo é possível – uma espécie de “estado natural” hobbesiano), que não existe na segunda situação, em que o espaço público sempre terá um dono.¹

Pensamento similar norteia a visão de Norbert Elias, que vê a ausência de dimensão de posse do espaço público no Brasil, como consequência de seu progressivo processo civilizatório, apoiado em ideologia libertária, mas com deficiente eficácia social, em virtude das mazelas decorrentes da colonização.²

Nathália do Valle, Marcelo Yukio Misaka e Renato Alexandre da Silva Freitas mostram que essa não é a mesma situação dos EUA, em que a sociedade sempre se tornou responsável e proprietária do espaço público, apesar do controle social formal, afirmando: “De nada adianta

1 FREITAS, Renato Alexandre da Silva, MISAKA, Marcelo Yukio, VALLE, Nathália do. Uma reflexão crítica aos movimentos de lei e ordem – teoria das janelas quebradas. **Revista Juris UniToledo**. V. 03, n. 04, p.146-162. Araçatuba, 2018. (p. 158).

2 GOETTERT, Jones Dari. “Sobre o espaço”: elementos para uma leitura das Transformações espaciais do corpo e da casa a partir do Processo civilizador, de Norbert Elias. XI Simposio Internacional Proceso Civilizador. Buenos Aires, 2008.

focalizar empreendimentos em uma política criminal de lei e ordem, voltada para a repressão feroz aos pequenos delitos e ampliar o policiamento ostensivo, quando a durabilidade da ação social só haveria por meio da eficácia coletiva e não do medo da coação policial”³.

É de se admitir, por essas e outras razões, que a violência e o crime, desde os limites imemoriais das épocas, têm se feito presentes na história do homem e da sociedade. Mira y López diz que a violência, exacerbação da agressividade do homem, existe a partir do momento em que se agitaram, na Terra, as primeiras formas de vida.⁴ De fato, esses dois fenômenos político-sociais, indubitavelmente, são conaturais ao homem e copartícipes de sua multimilenar existência. Até os mais distantes ancestrais do *homo sapiens* – os hominídeos – já dispoem de rudimentares instrumentos bélicos e para se imporem às hostilidades do ambiente natural em que viviam, também se utilizaram da agressividade maligna.

Com efeito, a violência, traço típico do homem, ao contrário da agressividade benigna, impulso natural, indispensável e imperativo de qualquer ser vivo, “só ganha significado à luz do humano”. Ela traduz, portanto, para Tarcísio Padilha, “um ato humano, o desdobramento de uma tomada de consciência, seguida de um ato livre”⁵.

Nessa linha, Caio Tácito de Vasconcelos, ao proferir conferência no Fórum Nacional sobre Violência, promovido pela Academia Nacional de Medicina, em 1986, em síntese lapidar, pontificou:

a violência é, assim, por natureza, um fenômeno humano, que vem desde a sociedade primitiva, podendo ser descrita, basicamente, como uma atividade de destruição de pessoas, de bens ou de valores, por oposição aos atos de agressividade, ou ao exercício da força, que são elementos de outras atividades, quer humanas, quer animais.⁶

Em verdade, enquanto a agressividade natural do homem, como instrumento biopsicológico de adaptação, nutre os seus desejos e o conduz à superação de suas adversidades, para a sua sobrevivência e evolução, a violência perturba, neurotiza, destrói, mutila, ultraja e ceifa vidas, ou como diz Friedrich Hacker, “ameaça, maltrata e destrói o nosso próximo, que apresenta características semelhantes à nossa e possui, portanto, em princípio, os mesmos direitos”.⁷

³ FREITAS, Renato Alexandre da Silva, MISAKA, Marcelo Yukio, VALLE, Nathália do. Uma reflexão crítica aos movimentos de lei e ordem – teoria das janelas quebradas. *Revista Juris UniToledo*. V. 03, n. 04, p.146-162. Araçatuba, 2018. (p. 159).

⁴ ROSAS, Paulo; SILVA, Suely Braga da. *Mira y López e a psicologia aplicada no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. (p. 61).

⁵ PADILHA, Tarcísio Meirelles, apud MOURA, Edvaldo Pereira de. *Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1990.

⁶ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de, apud MOURA, Edvaldo Pereira de. *Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1990.

⁷ HACKER, Friedrich, apud MOURA, Edvaldo Pereira de. *Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1990.

Na sua escalada, a violência, quer urbana, quer rural, velada ou ostensiva, clássica ou moderna, pela afrontosa omissão comportamental dos detentores do Poder Político, manifesta-se no atordoante índice de crimes contra a vida, de crimes contra o patrimônio, de crimes contra a liberdade, de crimes contra a integridade física, de crimes contra a Administração Pública, de crimes contra a administração da Justiça e de crimes contra a honra, objetiva e subjetiva. Ela está ainda presente, no abuso de poder, nos excessos da ação policial, no terrorismo político e ideológico, nas ações despóticas dos agentes públicos, nos conflitos bélicos, deflagrados ou mantidos pelos interesses econômicos, políticos ou militares, nos preconceitos raciais, sexuais e de gênero, nas fanáticas lutas religiosas, nos bolsões de miséria das favelas e dos cortiços, no êxodo rural, no inchamento das cidades, nas elevadas taxas de desemprego, na agitação urbana, nas doenças endêmicas, nos chocantes índices de mortalidade infantil e de analfabetismo, no contristador número de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, na degradante e desumana situação das penitenciárias e presídios, na miséria e na fome crônica, no fugidio *white collar crime*, que atingem milhões de pessoas e que, aliados a outros fatores, indubitavelmente, concorrem para o aumento da violência e do crime de que se tem notícia.

Focalizando a violência no seu sentido amplo, Tarcísio Meirelles Padilha assevera:

Chega a ser surpreendente que a maior parte da humanidade ainda viva em condições precárias de saúde, educação, transporte, habitação, etc., quando o progresso já nos permitiu atingir a lua, numa proeza científico-tecnológica sem precedente na história. O desenvolvimento da ciência econômica e o aprimoramento das técnicas de planejamento ensejariam, hoje, um maior equilíbrio entre as nações, não fora o próprio homem constituir-se um obstáculo a uma maior distribuição dos bens que o criador pôs à disposição de todos, mercê da sua sede de riqueza e de poder.⁸

Na sua obra, *A geopolítica da fome*, Josué de Castro, não só mostra que a subnutrição e a fome provocam o atrofiamento cerebral, como a revolta e a indignação, arrastando os indivíduos, às vezes, à exibição do mais irrefletido e violento comportamento agressivo, como textualmente afirma: “fustigado pela imperiosa necessidade de comer, o homem esfomeado pode exibir a mais desconcertante conduta mental. Seu comportamento transforma-se como o de qualquer outro animal, submetido aos efeitos torturantes da fome.”⁹

Ao revelar que os problemas humanos e sociais sempre perturbaram a vida de todos os conglomerados humanos, Platão, da antiga Grécia, matriz da civilização ocidental e berço da

⁸ PADILHA, Tarcísio Meirelles, apud MOURA, Edvaldo Pereira de. **Violência Urbana**. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1990. p.

⁹ PLATÃO. **A República**. Organização: Daniel Alves Machado. Brasília: Editora Kiron, 2012.

filosofia política, há mais de 23 séculos, enfatizando a importância do arejamento filosófico no pensar e no agir de governantes e de governados, enunciara:

Até que filósofos sejam reis, e que os reis e os príncipes deste mundo, tenham o espírito e a capacidade da Filosofia, as cidades nunca terão tréguas em seus males, nem a raça humana e, só então, o ambiente em que se vive, poderá respirar a paz e possibilitar uma vida digna aos seus habitantes.

De tão coloquial, lídima, universal, profética e clara enunciação, dessume-se que a problemática moral do homem e da sociedade, os seus conflitos citadinos, as injustiças, as vulnerabilidades sociais, a violência, o crime, o autoritarismo político, jurídico, filosófico, econômico, educacional, doutrinário e jurisprudencial, pela ausência de governantes inspirados no humanismo e nos sadios princípios da democracia, sempre marcaram presença na longa história das civilizações, constituindo-se em tenazes resistências à conquista e à manutenção da paz, objetivo - síntese de toda e qualquer nação civilizada e fruto da Justiça, como ensina o salmita.

Pensar que a humanidade é, portanto, em sua recentíssima modernidade, a única espécie degredada dos deuses, jungida aos seus sobressaltos e acoada nesses labirintos de asfalto e cimento armado, como batráquios jogados às serpentes, é desconhecer a realidade fática e jurídica dos tempos idos e vividos.

Se se parar um pouco para refletir, sem o sufoco da pressa, perceber-se-á, através da imaginação, que a memória dos tempos se estratifica de tal maneira que dificulta ao homem situar-se como legítimo herdeiro dos seus ancestrais, soterrados nas brumas do passado. Ao se penetrar na intimidade dos ensinamentos de Platão, todos se sentem como coetâneos do apogeu ateniense e convencidos de que a humanidade é uma só, malgrado as segregações espaciais e temporais, que se possam dar às épocas.

A verdade é que, ao se aguçar a sensibilidade retentiva, será possível ver, à entrada de uma caverna, um hirsuto troglodita, com esgares ferinos, arrumando uma fogueira para proteger os seus filhotes, temendo os predadores noturnos. Ver-se-á, também, as ruínas de uma cidade em chamas, perdida nas sombrias estepes asiáticas, onde há pouco, o último dos seus habitantes, acaba de ser degolado por um mongol das tropas invencíveis de Gengis-Khan. É possível, ainda, perceber a orgulhosa sede do Império Romano, crepitando envolta em chamas, enquanto Nero tira acordes macabros de sua lira, e cogumelos de fogo fazendo brilhar, como rastilhos gigantes, ruas e pessoas em Hiroshima e Nagasáqui e mais: as carnificinas da famigerada Santa Inquisição, do Império Turco-otomano, do regime totalitário do nazismo alemão – que ceifou a vida de milhões de judeus e de adversários do nacional-socialismo – do fascismo italiano e da guerra civil, caracterizada pelo crescimento, mesmo sem estatísticas confiáveis, dos roubos, dos homicídios, do tráfico de drogas,

dos latrocínios, da corrupção e dos estupros, com que se defrontam, perplexos e aturdidos, inúmeros países em desenvolvimento e que deságuam em seus sistemas de justiça criminal, democráticos ou inquisitoriais.

Em todos esses momentos, as forças progressistas e as reacionárias, no afã de conquistarem e manterem, democrática ou autoritariamente, os seus espaços de poder, exercidos de forma legítima ou totalitária, sempre se impuseram, em nome dos seus cidadãos ou dos que formam o conglomerado de súditos, aos diversos segmentos da sociedade em que vivem e laboram.

Como se sabe, a fim de prevenir ou rechaçar a violência, o crime e a criminalidade, em todos os países do planeta Terra, a Justiça Criminal, ao longo dos tempos, utilizou-se de vários sistemas processuais penais, como o acusatório, do direito grego, o inquisitivo, que o substituiu, deixando marcas inapagáveis na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico, e nas práticas penais, como também, o ilusório sistema misto, nascido com o Código napoleônico de 1808 que, equivocadamente, para determinados doutrinadores, foi o adotado em *Terrae brasilis*.

Ao se interpretar a realidade da Justiça Criminal do Brasil, a outra conclusão, data vênua, não se pode chegar: o autoritarismo, desde a fase pré-colonial, permeia a vida e o fazer, com algumas exceções, de agentes políticos, econômicos, sociais e jurídicos da tripartite função estatal. Ele está presente na vida de quase todos os sujeitos do direito penal, do processo penal, da criminologia, da sociologia criminal, da antropologia, da filosofia e de suas ciências auxiliares. Aliás, Tobias Barreto¹⁰, jurista egresso da Faculdade de Direito de Olinda, mostra que Nina Rodrigues professava entendimento muito parecido com o do hoje demonizado Cesare Lombroso, que concebeu a ideia de criminoso nato, ou seja, do indivíduo que já nasce com os estigmas de degenerescência hereditária, portador de características anímicas, biológicas, neurológicas e físicas, que o levam à prática da violência e do crime, como a insensibilidade moral, a ambidestria, o mancinarismo, a tez fugidia, a fosseta média da crista occipital e a envergadura maior do que a estatura. Como já dito, o maranhense, com formação baiana, Nina Rodrigues, professava similar entendimento ao defender, em artigo publicado em 1889, que os negros e mestiços possuíam uma propensão biológica à violência e à criminalidade.¹¹

10 COSTA FILHO, Venceslau Tavares da. Tobias Barreto e a questão racial no Brasil pré-republicano. **ConJur**. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/venceslau-filho-tobias-barreto-questao-racial-brasil> >. (Acesso em 04/10/2021).

11 RODRIGUES, Raimundo Nina. Mestiçagem, degenerescência e crime. **Faculdade da Bahia**. v.15, n.4, p.1151-1182, out.-dez. 2008.

De fato, se a ciência, a filosofia, a ética, a política, a economia, o humanismo e a democracia, não nortearem as ações de governantes e de governados, jamais se atingirá uma Justiça Criminal humana e democrática.

A sociedade, todavia, pelo que se verifica, anseia por elevados sentimentos mudancistas, com o sepultamento dos seus repulsivos preconceitos e o homem, até por questão de sobrevivência, apesar do caótico quadro social em que se acha inserido, deverá encontrar uma alternativa para, eliminando as desigualdades, nivelar-se em ideais de bem comum. Não é porque esteja caminhando em direção à barca dos bem-aventurados ou aos momentos dantescos do apocalipse, mas porque uma sociedade purgada tende a eleger valores e competências utilitaristas e tecnológicas, capazes de suprir a grande máquina de uma supercivilização, que já desponta.

As desigualdades humanas, sociais e econômicas, o recrudescimento da violência, do crime e as distorções políticas a que se assiste, em pleno Século XXI, pela séria ameaça que representam à paz social, exigem a urgente adoção de uma política governamental que promova a correta satisfação das necessidades básicas da criatura humana, nos planos biopsicológico, educacional e sociológico e que torne mais ágeis, humanas e democráticas, a segurança pública e a Justiça Criminal, com o indispensável aprimoramento e a harmoniosa articulação dos seus subsistemas.

A dramaticidade das favelas e dos cortiços inexistiria, segundo o entendimento de muitos doutrinadores, se o Brasil dispusesse de uma efetiva, arejada e humana política de valorização do homem, conduzida por agentes políticos com acentuada formação democrática, que levassem em consideração os méritos pessoais de cada um, permitindo a todos uma vida digna, com oportunidade de trabalho, habitação, saúde, educação, lazer, cultura e segurança pública, sem o viés militarista, verdadeiramente preocupados com a prevenção da violência e do crime e, não apenas, com a sua repressão, a fim de mantê-los em níveis toleráveis.

A violência e o crime, em suas variadas manifestações e sob o impulso dos mais diferentes e intrincados motivos, para os entendidos, resultam do extravasamento emocional, apoiado em variantes de conotações biológicas, psicológicas, neurológicas e sociológicas, que podem ser, pelo menos, mitigadas por políticas governamentais arejadas e comprometidas com o ideal de bem servir aos destinatários de suas ações.

Depois dessas despreziosas e não originais observações introdutórias, ousa-se explicitar, através das segmentações do discurso de que se ocupa esta Dissertação, os objetivos da presente pesquisa, apontando como escopo primeiro, geral e relevante, os enunciados a seguir: evidenciar os males causados ao sistema de Justiça Criminal pelo inquisitorialismo cego e desumanizante, do

processo penal brasileiro, inspirado no Código fascista italiano, do então ministro da Justiça do ditador Benito Mussolini, Alfredo Rocco, fornecendo alternativas para humanizá-lo e democratizá-lo, sob o norte do minimalismo penal e do garantismo. Especificamente, objetiva-se demonstrar que a violência e o crime, extravasão negativa da agressividade do homem, fenômenos complexos provocados pelas turbulências e perturbações de fatores endógenos e exógenos, embora gnosiologicamente inextirpáveis do gênero humano, poderão ser psicossocialmente controláveis, por meio de adequadas políticas públicas, que possibilitem a diminuição do gritante distanciamento social, como o verificado no Brasil.

Com efeito, a violência e o crime, com os seus séquitos funestos de danosas e graves consequências, apesar da inexistência de estatísticas confiáveis, estão a reclamar a adoção de inadiáveis providências governamentais e o engajamento harmônico, cívico e solidário, de todas as forças vivas e autorizadas da nação, a conjugarem os seus esforços em prol de uma segurança pública e de uma justiça criminal mais humanas e mais democráticas. É necessário que se indique, ainda, para a consecução dos objetivos perseguidos por este trabalho, a obrigatoriedade do inafastável rompimento com a genética inquisitorial presente no processo penal, desde a fase pré-colonial, como já frisado, para a humanização e democratização do sistema de Justiça Criminal e dos seus três subsistemas. Por último, pretende-se sustentar que sem a efetiva e consciente implementação do direito penal mínimo, em nível de legislação, de jurisdição e de execução penal, de que depende o garantismo penal e processual penal de Ferrajoli, jamais se concretizará o salutar propósito de se conseguir a transformação do sistema penal inquisitório, em mecanismo caracterizado pela sensibilidade humana e democrática, defendidas pelos verdadeiros garantistas dos dias atuais. Só assim, será possível ter-se um convívio humano mais inteligente e menos asfíxiante, e um sistema de Justiça Criminal, norteado pela democracia humanística e empenhado em fazer valer o devido processo legal, gênero de que são espécies o contraditório e a ampla e plena defesa e, por conseguinte, os direitos fundamentais do investigado, acusado ou réu.

Com tão singelas observações, passa-se a discorrer sobre a temática central da presente Dissertação, ou seja, sobre os Elementos para Romper com a Genética Inquisitorial no Processo Penal, a ser desenvolvida ao longo dos capítulos a seguir expostos, que se mostram, *data venia*, absolutamente pertinentes e indispensáveis.

No capítulo intitulado ‘Raízes Inquisitoriais do Processo Penal’, tratar-se-á da formação do modelo de processo penal do Brasil, influenciado pelo Código fascista italiano, concebido por Alfredo Rocco, ministro da justiça de Benito Mussolini e pelo totalitarismo de Getúlio Vargas.

Tentar-se-á demonstrar, na sequência dos argumentos expendidos, que as reformas sofridas pelo Código de Processo Penal brasileiro, apesar de bem-vindas, não romperam com a sua lógica inquisitorial, mas somente estabeleceram ilusórias fissuras, na contramão do texto constitucional, que desenhou o sistema acusatório, com todas as suas garantias.

Já no terceiro capítulo, com o título de ‘Inquisitorialismo Contemporâneo’, será feita uma abordagem sobre a confissão do réu, como rainha das provas e analisados os mecanismos de consenso, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de leniência e de não-persecução penal, além do julgamento antecipado do processo penal.

No quarto capítulo, defender-se-á a humanização e a democratização do sistema de Justiça Criminal e dos seus subsistemas, tema central deste trabalho, buscando superar o modelo bélico de investigação e o inquisitorialismo penal e processual penal, por intermédio de medidas legais, constitucionais e convencionais, que possam garantir, efetivamente, os direitos fundamentais do investigado, acusado ou réu, vistos como sujeitos de direito e não como meros objetos da persecução penal.

Por último, serão expostas as considerações finais, em que se apontam as principais conclusões a que se chegou, por meio das análises e pesquisas, que se revelaram pertinentes, oportunas e indispensáveis.

1 - RAÍZES INQUISITORIAIS DO PROCESSO PENAL DO BRASIL

Das lições ministradas por autores a quem foi possível consultar ao longo da presente dissertação, extrai-se que o arcabouço político-jurídico da Justiça Criminal, desde os limites imemoriais das épocas e com base na prevalência da concepção punitivista ou libertária, que tenha sido idealizada pelo país que a instituiu, sempre se norteou por diferentes sistemas processuais penais. Dentre esses sistemas, destacam-se o inquisitivo, o acusatório e, para parte da doutrina, o sistema misto, que tem origem no código napoleônico de 1808 e em que a primeira fase é pré-processual e a segunda, processual ou acusatória. A respeito disso, Aury Lopes Jr. entende que se mostra insatisfatória a mera distinção preliminar da investigação e da responsabilidade de acusar e de julgar, acrescentando:

As funções de investigar – acusar – julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante,

quando não vier aliada a outras, como a iniciativa probatória, a publicidade, o contraditório, a oralidade, a igualdade de oportunidades, etc.¹²

Os dados de que se dispõe revelam, claramente, que o ser humano, por força de injunções de caráter político, ideológico, econômico, social, jurídico e filosófico, sempre enfrentou, desde os momentos mais remotos da história da civilização, cruentas repressões mas viveu, também, sob o pálio da liberdade e do direito justo. Essa inconcussa verdade é reflexo natural da formação haurida pelos detentores do poder da tripartite função estatal, no dia a dia de suas atividades laborais e dos ensinamentos ministrados pelas suas matrizes culturais, responsáveis, tanto pela estruturação mental e intelectual de ideólogos dos regimes fortes, como dos pastores da libertação.

Não há dúvida de que o inquisitorialismo convive com o democrático sistema acusatório, de forma prevalente, em regime de alternância, há vários séculos. Ele está entranhado na formação política, jurídica, social, econômica e filosófica dos segmentos do pensar e do fazer dos ideólogos das autocracias e dos círculos do humanismo e da democracia. Uns e outros, respectivamente, empenham-se em defender o endurecimento da repressão penal, com a criação de leis penais e processuais penais mais rigorosas e, também, com a mitigação do furor repressivista, buscando, por diferentes caminhos, a redução da violência, do crime e da avassaladora criminalidade, que nos atormentam e afligem no dia a dia do Brasil.

Os inquisitorialistas, além do rigor com que sustentam as suas ideias e ações, como já afirmado, agem com permanente intensividade e forte retórica argumentativa, aproveitando-se do populismo penal e do apoio do não esclarecido poder midiático, formadores do desumano e antidemocrático senso comum, a que pertencem figuras aparentemente respeitáveis, integrantes das três funções básicas do poder político, a que também pertencem o Judiciário e o Ministério Público.

No sistema inquisitório, como se sabe, o acusado ou réu não faz jus ao legal, justo, humano e democrático tratamento, já que é visto como inimigo do Estado e, por isso, é tratado como não-cidadão, diferentemente do que ocorre no verdadeiro sistema acusatório, em que a jurisdição penal - ao contrário da civil - além de dizer o direito no caso concreto, exerce a função de garantia do devido processo legal e de todos os direitos fundamentais assegurados ao réu pela Carta Política Federal, como o da presunção de inocência, o do contraditório e o da ampla e plena defesa.

Já no modelo acusatório, o julgador assume o importante papel de garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais do investigado, acusado ou réu, como revela Aury Lopes

12 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

Júnior.¹³ Ao lado de tão relevante e inafastável função, o magistrado ocupa a de terceiro imparcial, incumbido de processar e julgar e, ainda, a de controlador e limitador do poder da acusação pública ou particular. Neste momento processual, antes de receber ou não a acusação, o julgador realiza a filtragem jurisdicional, analisando os requisitos exigidos para a admissão do poder de acusar, ou seja, se presente está a justa causa, demonstrada pela tipicidade da conduta e pela prova da existência do crime e de sua autoria.

Com a filtragem jurisdicional, o julgador, como controlador e limitador do poder de acusar, evita imputações infundadas, abusivas ou excessivas. Para Aury Lopes Júnior, o julgador, como titular do poder jurisdicional, exerce, igualmente, o papel de fundante do sistema processual penal. Fica claro que no sistema processual penal, responsável pela distribuição da Justiça, por um órgão equidistante dos interesses das partes, a imparcialidade ocupa a posição de princípio supremo do processo penal e é assim que deve ser tida. A imparcialidade, conforme ensina o aludido autor, só viceja no sistema acusatório, ou melhor, somente em um processo acusatório, que coloque o julgador como terceiro imparcial, é que se criam as possibilidades para se dispor de um juiz empenhado em realizar a sua nobre, justa e coerente missão. Assim, parece impossível a atuação equidistante do juiz em uma estrutura inquisitorial.¹⁴

Como já dito em momento anterior, a Justiça Criminal, por força das injunções de caráter político e ideológico, sempre ocupou posições alternadas, ora agindo com extremado furor repressivista, ora admitindo o humanismo e a democratização. Embora inaceitável, é, até certo ponto, compreensível, que em momento em que o Estado estiver sendo acicatado pelo recrudescimento da violência e do crime, punições mais rigorosas venham a ser implementadas, com a inflexibilidade do sistema penal. Todavia, se o Estado passar a viver, em âmbito criminal, em “céu de brigadeiro”¹⁵, a rigidez penal e a processual penal, naturalmente, desaparecerão. É como pensa Aury Lopes Júnior, acrescentando:

Os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época.¹⁶

Nos dias de hoje, diz ele, o *law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o direito penal e o processo. A supramencionada linha de orientação

13 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (p. 1480).

14 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (p. 412).

15 Expressão de origem militar, que significa que o céu está limpo, com alto grau de visibilidade. No sentido figurado, quer dizer que a situação em que se vive é extremamente favorável, não havendo qualquer percalço à vista.

16 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal : introdução crítica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (p. 157).

recebe o apoio de J. Goldschmidt ao revelar:

[...] los principios de la política procesual de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no és sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesual ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. (...) El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no és tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro.¹⁷

De fato, o arcabouço político-normativo em que se escuda o processo penal de qualquer país serve como termômetro do pensamento político e ideológico concebido pela sua matriz constitucional, norteadora das ações, inquisitórias ou democráticas, do seu sistema de Justiça Criminal. Se a estrutura político-processual é autoritária, a Justiça Criminal e os seus subsistemas serão inquisitoriais.

De acordo com a dicção do processualista penal, Fernando da Costa Tourinho Filho, no sistema inquisitivo, oposto do acusatório e que, historicamente, foi instituído, através da legislação laica, pelos *experts* em direito canônico, não existe contraditório, nem ampla e plena defesa. Nesse tipo de sistema, as partes não são tratadas igualmente e o julgador, além de ter iniciativa e gestão probatória, exerce as três incompatíveis funções do processo penal: a de acusar, defender e julgar o réu.¹⁸

Ainda segundo Tourinho Filho, na Europa continental, o processo inquisitivo, pelas revelações históricas de que se dispõe, passou a integrar a legislação de vários países, chegando mesmo a se transformar em poderosa ferramenta de dominação política.

Na Itália, os processos *per denuntiationem et per inquisitionem* desenvolveram-se tamanhamente que, até hoje, em numerosas cidades da Itália, como Roma e Veneza, dentre outras, podem ser vistas, em algumas praças, esculturas com formato de cara de leão, com a boca aberta, as ‘bocas da verdade’, destinadas a receber as denúncias secretas do alcaguetes e *digiti duri*. Tal processo, iniciado por informes anônimos, ia caindo em desuso e, no Século XVI, Farináceo ponderava: *processus per viam secreti denuntiatoris improbatus est a juri...Mal faciunt iudices et notarii recipientes istas notificationes...*(o processo iniciado por denúncias secretas é reprovado pelo Direito... agem mal os Juizes e notários que recebem tais comunicações).

Na Espanha, vigorou o código chamado *Libro de las Leyes*, mais conhecido com o nome de *Las Siete Partidas*. Na Alemanha, o sistema inquisitivo foi consagrado em fins do Século XV, por muitas leis, sendo a mais importante a Lei Imperial de 1503, mais conhecida como *Constitutio Criminalis Carolina*. Na França, o sistema inquisitivo fora também adotado. Proibía-se a defesa. O processo corria em segredo. Dizia-se que, se o imputado era inocente, não precisava de defensor e, se culpado, era indigno de defesa. O processo iniciava-se de ofício. Acusador e julgador eram uma só pessoa. Torturava-se o imputado para conseguir a confissão.¹⁹

17 GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**, Trad. Miguel Fenech. Barcelona, Labor, 1943. p. 21.

18 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2008. (p. 92).

19 Idem. (p. 85-86).

Tudo isso mostra que, por múltiplas e intercorrentes razões, os sistemas de Justiça Criminal, histórica e alternativamente, sempre percorreram caminhos marcados, ora pelas mais vastas liberdades individuais, ora por opressivas e limitantes restrições aos investigados, acusados ou réus no processo penal, vistos como objeto, como já dito, e não como sujeitos de direito do processo a que respondem. Com base nesse posicionamento, Aury Lopes Júnior mostra que a história do Direito sempre conviveu com o mais benfazejo respeito pelas liberdades individuais dos cidadãos mas, também, com fortes e desumanas opressões ao homem e à sociedade a que ele pertence. Para ele, “os sistemas processuais penais, inquisitivo e acusatório, são reflexos da resposta do processo penal, frente às exigências do direito penal e do Estado da época”²⁰, pontificando, convincentemente, que na contemporaneidade, “o *law and order* é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade, endurecendo o Direito Penal e o processo”, a ser instaurado contra aqueles tidos como inimigos do sistema político dominante.²¹

Esse doutrinador, em capítulo de sua lavra, visto na obra *Sistemas Processuais Penais*, de Ricardo Jacobsen Gloeckner, afirma que determinados autores do processo penal entendem como já superado o debate a respeito dos sistemas processuais e, por isso, debruçam-se sobre os aspectos que envolvem, por exemplo, a eficácia dos mecanismos de proteção aos investigados, acusados ou réus, sejam eles constitucionais, legais ou convencionais. Embora o autor concorde, em certa medida, com o defendido por tais processualistas, ressalta que, no Brasil, ainda não se chegou a um patamar de conhecimento que permita abandonar tão séria e complexa discussão. Consoante ensina, ainda há muito o que se estudar, no direito pátrio, acerca dos sistemas processuais penais, de forma a alcançar um nível suficiente de pré-compreensão, que possibilite sepultar a análise a respeito desses sistemas que, historicamente, sempre foram usados pela Justiça Criminal de *Terrae Brasilis*.²²

Em verdade, o autoritarismo do processo penal, a que se refere Ricardo Jacobsen Gloeckner, salta aos olhos de todos nós e parece ser reflexo da formação política, ideológica, sociológica, jurídica, econômica e filosófica de um grande número de defensores do endurecimento penal e processual penal, avessos à humanização e à democratização do sistema de Justiça Criminal e que, direta ou indiretamente, até por intermédio de sua formação acadêmico-científica, deixaram tão triste e antidemocrático legado.²³

20 LOPES JR., Aury. *Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito?* In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

21 Idem.

22 Idem. (p.31).

23 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

O termo autoritarismo, em que se fundam o Processo Penal e as práticas oficiais da Justiça Criminal do Brasil, por força de sua banalização, conforme afirma Florestan Fernandes, gerou variadas significações e ressignificações e, por isso, sempre provocou acentuadas divergências interpretativas e incontáveis incompreensões. A propósito, o supracitado sociólogo mostra que essa categoria ainda pode sofrer de determinada perversão lógica, por estar atrelada a um ataque liberal, aos abusos de poder do Estado e à crítica neokantiana, relacionada com a exorbitância da atuação autoritária dos agentes políticos.²⁴

Induvidosamente, o inquisitorialismo, pelo que revelam os ensinamentos históricos consultados, foi gradativamente ganhando espaço e projeção, até se consolidar na doutrina, na jurisprudência, na atividade dos sujeitos processuais e na linha de orientação da Ciência Política, da Filosofia, da Sociologia, da Criminologia, da Antropologia Criminal, e nas práticas punitivistas de que, em pleno Século XXI, ainda se tem notícia.

A partir da metade final do Medievo, entre os séculos XII e XIII, a Igreja Católica começou a empregar certas e determinadas medidas, com o fito de manter a sua influência e o seu poder, em um contexto histórico cada vez mais plural e complexo. A Santa Sé entendia que a difusão de ideologias que se distanciassem do que era pregado em Roma, representava uma séria e iminente ameaça ao poder papal.

O conceito de heresia adquiriu a importância de um tema central nos assuntos eclesiásticos. Além disso, o convívio tumultuoso existente entre as múltiplas estruturas de poder vigentes tornava o tecido político-social ainda mais intrincado e terminava por também ofuscar o papel da Igreja. As diversas esferas seculares de poder cresceram, inclusive escoradas pelo poder econômico, e desafiavam constantemente a autoridade eclesiástica.

Em linhas muito gerais, este é o panorama em que surgem as chamadas bulas papais inquisitoriais *Ad Abolendam* (Lúcio III), *Vergentis in senium* (Inocência III, 1199) e *Ad extirpanda* (Inocência IV, 1252). Tais documentos da Igreja são tradicionalmente considerados marcos inaugurais da Inquisição Católica e, segundo a concepção histórico-jurídica predominante, do modelo de processo penal que, ao longo de séculos, se consolidaria, no âmbito dos estados nacionais.²⁵

Era assim, com base em tais enunciados, de conteúdo proibitivo e moralizante, que procediam os juízes inquisidores da famigerada Santa Inquisição, ao julgarem os chamados hereges e apóstatas, que não compreendiam ou tinham alguma dúvida sobre certos dogmas e verdades pregados pela Igreja Católica Apostólica Romana.

Os inquisidores, no exercício da atividade investigativa, contentavam-se com a confissão e, por isso, o réu que confessasse o crime de que estava sendo acusado, era réu julgado e condenado:

24 FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a “teoria do autoritarismo”**. São Paulo: Hucitec, 1979. (p. 44).

25 SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. Bulas Medievais, Cultura Punitiva e Processo Penal: sobre as raízes da mentalidade inquisitória. In: **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 3. São Paulo: Empório do Direito, 2019.

‘*Habemus reum confitentem*’. Como se sabe, as práticas inquisitoriais do Tribunal do Santo Ofício eram marcadas pela violência, pela tortura, pela selvageria e pela inominável crueldade dos seus inquisidores.

Chaia Zisman, em sua obra *O Espelho*,²⁶ mostra que, em julgamento realizado na capital portuguesa – Lisboa - em 1506, pelo Tribunal do Santo Ofício, em que figuravam como réus, um casal de judeus de nome Benedito Oliveira e Vidinha, a quem se imputava a prática de heresia, se pode constatar uma certa semelhança dos seus métodos inquisitoriais com alguns dos que eram adotados pela Justiça Penal do Brasil, de certas unidades federadas, em pleno século XXI. Há, ainda, quem entenda, como normal e corriqueiro, o uso da palmatória, do ‘umbigo de boi’, da ‘redinha’, da ‘cadeira do dragão’, da ‘ave maria dos três paus’, dos ‘anjinhos’, do ‘pau de arara’ e do ‘teste do cachorro’, por ocasião do interrogatório dos investigados, que se recusavam a confessar práticas delitivas que lhes eram atribuídas.

Como demonstram os historiadores, naquela época, os hereges e apóstatas – indivíduos tidos como inimigos da Igreja Católica, eram investigados impiedosamente e julgados como ‘não-pessoas’. Seria, *mutatis mutandis*, o Direito Penal da 3ª Velocidade, também chamado de Direito Penal do Inimigo, concebido por Günther Jakobs, que investiga, processa e julga acusados ou réus, como não-cidadãos?²⁷

Registre-se, por oportuno, que Chaia Zisman revela, em sua obra, que o tribunal responsável pelo julgamento do mencionado casal, ainda não havia sido instalado, oficialmente, em Lisboa, mas já funcionava, plenamente, na Espanha, impondo torturas, crueldades e mortes aos que insistiam em não aceitar os dogmas da Igreja Católica.

“Vidinha e Benedito estavam presos e haviam escapado da carnificina, comandada pela Igreja, em abril de 1506, que resultou, em apenas três dias, na morte de 10 mil judeus”.²⁸

Diz a escritora que, no chamado *pogrom*, momento preliminar das investigações, iniciavam-se os espancamentos, que podiam culminar com a morte das vítimas. Nem as criancinhas eram poupadas e, com base em uma autorização papal, recebida pelo rei de Portugal, D. João II, em 1487, verificou-se tão trágico e repulsivo genocídio. *In casu*, Benedito foi condenado a trinta chibatadas, a seis meses de vida reclusa em um monastério e, ainda, a degredo perpétuo no Brasil. Vidinha, por sua vez, foi sentenciada a se recolher a um convento, não sem antes receber, também, algumas

26 ZISMAN, Chaia. **O Espelho**. 1. ed. Rio de Janeiro: 7letras, 2006. (p. 35)

27 JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Trad. por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 1. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003.

28 ZISMAN, Chaia. **O Espelho**. 1. ed. Rio de Janeiro: 7letras, 2006. (p.35).

chibatadas. Por incrível que pareça, nem Benedito e nem Vidinha sabiam de que estavam sendo acusados.²⁹

Eugenio Raul Zaffaroni, em sua obra, publicada pelo Instituto Carioca de Criminologia, *O Inimigo no Direito Penal*, explica, em síntese lapidar, como o inquisitorialismo foi ganhando projeção no final da Idade Média, até atingir o status de ideologia fundante do Direito Penal.

O autor rioplatense mostra que, com a ascensão do poder punitivo, representado, inicialmente, pela Igreja Católica, abandonou-se a luta até então travada e a verdade passou a ser buscada, especialmente, através do interrogatório do investigado, acusado ou réu. O sujeito de conhecimento, posição ocupada pela figura do inquisidor, perguntava ao inquirido e, assim, chegava-se à verdade perseguida. Se o objeto interrogado não respondesse de forma convincente, ou se o fizesse sem a clareza ou a precisão exigida pelo inquisidor, era violentado até a obtenção da resposta, através de cruéis e inomináveis torturas. O inquisidor deixou de ser um mero árbitro e passou a ser o implacável e cruel investigador. A virtude estava do seu lado porque exercia o poder soberano do monarca, que se considerava a vítima, ou seja, no papel de ofendido. Dessa forma, Deus já não mais decidia entre dois iguais como partes, mas estava, em verdade, sequestrado pelo *dominus* e senhor do poder de punir e de perseguir o acusado até atingir e encontrar a verdade procurada.³⁰

Zaffaroni afirma que esta forma de obter a verdade passou do processo penal a todo o saber humano e que a luta ou *disputatio*, que era o meio de consecução da verdade de todas as áreas do conhecimento, como a astrologia, a alquimia e a medicina dedutiva, cedeu o seu lugar à *inquisitio*, termo que, segundo o doutrinador argentino, não deve ser identificada e nem mesmo limitada à Inquisição romana – instituição centralizadora do poder do Papa – e tampouco à Inquisição ibérica – que estava a serviço do poder monárquico local. Na verdade, a *inquisitio* é o próprio inquisitorialismo, que passou a ser praticado como modo de estabelecimento da verdade em todos os tribunais laicos, havendo sido prática comum dos sistemas processuais penais que acompanharam a revolução mercantil e o colonialismo.³¹

Verdadeiramente, o autoritarismo, as práticas inquisitoriais, o abuso de poder e as punições excessivas, desde a colonização do Brasil, deixaram marcas indelévels na Ciência Política, na Filosofia, na Criminologia, na Antropologia Criminal, no Processo Penal e nas práticas punitivistas do sistema de Justiça Criminal brasileiro e dos seus três subsistemas.

29 Idem.

30 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. (p. 38-9).

31 Idem

A ideologia não é uma palavra somente própria da liturgia acadêmica. É um termo poderoso e expressivo, que deve ser analisado com cuidado, sensatez e prudência. Ele pode criar dogmas e invadir os mais inocentes e neutros campos da ação e do pensamento humano, político, social e econômico. Isso vem de muito longe e continua como um rochedo de granito, que desafia o tempo e jamais será por ele vencido.

É por meio da ideologia, que o poder dominante se legitima e cria uma identidade própria, influenciando todos os atores do Processo Penal e do sistema de Justiça Criminal, a respeito da pena, da prisão cautelar, da busca e apreensão e das demais medidas processuais, concebidas e instituídas pelo legislador.

A ideologia, como frisado, além de justificar e de integrar o poder político, busca a sua legitimação e, paradoxalmente, pode desfigurá-lo ou maculá-lo, conforme ensinam os mais respeitáveis e eruditos processualistas penais.

1.1 – O CONTEXTO HISTÓRICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO BRASIL DE 1941

Bem poucos se dão conta de que não é possível entender-se qualquer ocorrência ou feito humano sem que se analise o espaço e o tempo em que ele surgiu. Na maioria das vezes, há acontecimentos efervescentes no cotidiano que são insurgências de uma cadeia de fatores políticos, econômicos, sociais e culturais, de grandes momentos críticos, já registrados incontáveis vezes pela história da humanidade.

Para não se voltar aos registros quase atemporais, seria preciso lembrar que o ideário que hoje existe, de guerra total, de inalterabilidade dos direitos individuais e de livre exercício do pensamento, amadureceu muito nos canteiros regados a sangue pelas guilhotinas de Paris no final do século XVIII, quando brotaram os ânimos impulsionadores da Revolução Francesa, acontecimento histórico que fundiu em si, no transcurso de dez anos, gigantescos movimentos opostos e paradoxais, liderados por cabeças também opostas e diferentes; cabeças, essas, que sempre terminavam tombando desligadas do corpo e, sob apupos populares, erguidas como troféus macabros pelas mãos dos carrascos da Praça da Revolução.

Aliás, na busca dos objetivos firmados na trilogia liberdade, igualdade e fraternidade daquela época, ofertadas pela maçonaria e pelos mentores intelectuais do iluminismo, inegavelmente, muito já se conseguiu das duas primeiras, mesmo que ainda estejam redivivas e mais recrudescidas as velhas estruturas do autoritarismo, do militarismo e do capitalismo selvagens.

Enquanto isso, a fraternidade, última etapa do ideal humanitário, tem permanecido, apenas, como uma malograda utopia.

As ideologias, as crenças e os dogmas – criações somente nascidas da mente humana – muitas vezes corporificadas em forma de guerra, já degradaram e exterminaram mais populações no mundo do que as pestes, a fome e os desastres naturais. Tamanha é a força emanada das crenças, dos dogmas e das ideologias.

As ideologias, ou a conjunção de ideias preconcebidas, são os componentes básicos de qualquer estrutura de poder. Para que se entendam a fonte e as vertentes do que ocorre nas paisagens ou nos subterrâneos dos tempos atuais, basta que se identifiquem as balizas que demarcam as forças políticas, econômicas, sociais e culturais com que se tem contato. Elas viajam no espaço e no tempo sem fazer alarde. Desde os menores grupamentos humanos aos Estados mais complexos, todos têm em comum o impulso ideológico, até mesmo como recurso de preservação de sua própria natureza.

A influência das ideologias e dos dogmas é repassada, como que por osmose, àqueles que precisam se estabelecer no tempo com os mesmos objetivos. Explicando melhor: O presidente Getúlio Vargas, nos agitos dos anos 30 e 40, teve fortalecido o seu aparato ditatorial, espelhando-se na febre do autoritarismo absoluto que, em seu tempo, apodrecia as estruturas políticas, econômicas e sociais de uma Europa velha e combalida de guerras e disputas territoriais. Não foi nada difícil para que o simpático e populista ditador satisfizesse o azedume das classes poderosas, como dissera Marx, manipulando ilusões trabalhistas e falácias democráticas para fundar, talvez, um Estado Nacional concebido pela assombrosa inteligência de seu mentor, Francisco Campos.

É daí, então, que se torna mais clara a lição de Nereu Giacomolli: “Para entendermos o perfil ideológico do arcabouço processual criminal brasileiro, bem como as razões das permanências inquisitoriais, se faz necessário mergulhar na ambientação política, social e cultural da década de 40, no Brasil e no plano internacional. A relevância dessa compreensão está na confluência do Código de Processo Penal Italiano, ou Código Rocco, da década de 30, na estruturação no nosso diploma processual. Essa estrutura ideológica ainda permanece na

normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, ou seja, na *law in action*.”

Confirma-se, assim, que não se está muito longe daqueles tempos, nem nos move qualquer crença em que tudo deve mudar nos dias que correm. O ranço do autoritarismo, que sustém o rigor inquisitorial, ainda se abriga, confortavelmente, nas lições proferidas por grandes mestres acadêmicos e em brilhantes decisões partidas de insuspeitáveis e competentes magistrados.

A ditadura Vargas, seguindo as pegadas fascistas da outorgada Constituição de 1937, também de inspiração ditatorial, através da Polícia Secreta, manteve as oposições ao regime sob o mais absoluto controle e silêncio. Foi exatamente em instante de acentuada conturbação política, em que os direitos fundamentais eram mitigados e a hipertrofia do poder político e o cerceamento das liberdades passaram a ser a regra, amesquinhando os direitos individuais em favor da ditadura e desvalorizando o indivíduo, pelo que se verifica da exposição de motivos do Código fascista de 1941. Esse código, como dito, se apoiava na ditatorial Constituição ‘Polaca’, a mais autoritária de todas as constituições. Com a hipertrofia do Poder Executivo e a desvalorização do indivíduo em favor da coletividade, o Estado Novo concentrou em suas mãos os poderes do Legislativo e do Executivo, legislando por intermédio de decretos-leis, como mostra Dirley Cunha Júnior³²

A verdade é que o Código de Processo Penal de 1941, idealizado por uma formação cultural fascista e inquisitorial, que primava pela repressão, em detrimento da prevenção criminal, mitigava os direitos fundamentais, para manter a suposta ordem pública, tratando os direitos e as garantias dos cidadãos como benesses ou favores que inviabilizavam a contenção da violência e do crime, como está dito na sua exposição de motivos.³³

Como informa Thiago Hélio Martins da Cunha, em artigo de sua autoria, transcrevendo texto da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941, flagrantemente inquisitorial, era preciso

que se abolisse a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais, em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que se asseguram contra o exercício do Poder Público fora da medida reclamada pelo interesse social.³⁴

32 CUNHA Jr, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012. (p. 44).

33 BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: CUNHA, Thiago Hélio Martins da. A matriz inquisitorial do Processo Penal Brasileiro. **Jusbrasil.com.br**. Disponível em: <<https://leonardodebem.jusbrasil.com.br/artigos/121938094/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria>>. Acesso em 02/02/2022.

34 BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: CUNHA, Thiago Hélio Martins da. A matriz inquisitorial do Processo Penal Brasileiro. **Jusbrasil.com.br**. Disponível em: <<https://leonardodebem.jusbrasil.com.br/artigos/121938094/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitoria>>.

Era essa a visão do legislador daquele período, que mitigava os direitos individuais, onde as liberdades cediam lugar, como ensina Nereu Giacomolli, ao autoritarismo, ao abuso de poder, em que a prisão era a regra e a liberdade, a exceção. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Thiago Cunha, sob uma perspectiva constitucional e democrática de processo penal, o indivíduo deve ser compreendido como uma célula participante do todo. Nessa linha, diz ele, não se pode considerar um todo sem levar em consideração cada um dos que compõem a totalidade, acrescentando:

acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando a erônea suposição de que se trata de um interesse a estante, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo. Não se pode sacrificar um direito ou garantia fundamental no processo penal, sob o argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o direito individual.³⁵

É também como pensa Aury Lopes Júnior que, sinteticamente, diz: “as regras do processo penal são verdadeiras garantias democráticas e, obviamente, constitucionais, muito além dessa dimensão reducionista de público/privado.”³⁶

Sabe-se que ideologia é tida como o conjunto de ideias e valores que informam e direcionam a linha de orientação a ser seguida por identificável segmento social para a compreensão e resolução de determinado assunto de interesse do poder político dominante. Segundo Nereu Giacomolli, por intermédio da ideologia é que o poder se legitima, ganha espaço e projeção, por receber uma identidade de pensamento que se irradia através da pregação ideológica sobre a pena, a prisão preventiva, a busca e apreensão e outras medidas. Segundo o autor, a ideologia, como já mencionado integra e justifica uma realidade e, paradoxalmente, desfigura-a e a macula.

Há uma certa unanimidade entre os autores, de que a ideologia pode levar ao fazer e ao pensar, à percepção de pré-compreensões, ensejando práticas e determinados resultados. É de notória compreensão que em 1930, o Brasil foi dominado pelo populismo de Vargas, encontrado em vários setores, como na previdência social e no direito do trabalho. Durante a ditadura Vargas, o chamado Estado Novo, fortalecido pelas práticas populistas aceitas pela população, impôs a mais violenta e arbitrária repressão política, com censura à imprensa e propaganda em defesa do

Acesso em 02/02/2022.

35 CUNHA, Thiago Hélio Martins da. A matriz inquisitorial do Processo Penal Brasileiro. **Jusbrasil.com.br**. Disponível em: <<https://leonardodebem.jusbrasil.com.br/artigos/121938094/o-processo-penal-brasileiro-e-sua-matriz-inquisitorial>>. Acesso em 02/02/2022.

36 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal** : introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (p. 41).

ditatorial regime. Nesse período, tanto a Polícia Especial, quanto as organizações policiais dos estados-membros, passaram a ter mais liberdade de ação, quase sem controle, prendendo, torturando e assassinando pessoas que se opusessem ao ditatorialismo do Estado, que contava com indiscutível apoio popular.

O presente texto dissertativo ratifica e concorda, integralmente, com a colocação do processualista penal, Nereu José Giacomolli, quando mostra que a análise adequada do sistema processual penal brasileiro, a ser feita com cuidado e atenção, passa pela compreensão da ambientação ideológica, política e cultural da década de 40, do Século XX, existente no Brasil e em âmbito internacional, por ocasião da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941.³⁷

Efetivamente, os acontecimentos marcantes da história servem muito bem de oportunidades para que um regime de governo ostente um motivo plausível de enfrentamento e, de forma sutil ou ostensiva, estabeleça o alicerce da estrutura de suas ideias e ações.

Todo historiador conhece, na prática do seu ofício, uma expressão denominada história contrafactual, que, reduzida ao jargão comum, significaria: 'imagine-se o que teria acontecido se tal não tivesse ocorrido, como aconteceu'. Tome-se um exemplo clássico, já bem questionado por alguns jornalistas e historiadores renomados, contado pelo professor e jornalista, Santiago Farrell, em seu livro: *Tudo o que você precisa saber sobre a Primeira Guerra Mundial*, reeditado em 2018, em São Paulo, pela Editora Planeta do Brasil Ltda.

Em 28 de setembro de 1918, britânicos e alemães lutavam ferozmente em torno do povoado de Marcoing, no front francês de uma guerra que entrava em sua etapa decisiva. Henry Tandey já tinha sido ferido duas vezes na guerra e ganhado a Medalha Militar e a Medalha de Conduta Distinta. Nesse dia, ele receberia, por sua coragem e distinção máxima, a Cruz Vitória. Em um momento do combate quando, pressionados pelo avanço britânico, os alemães começaram a recuar, surgiu diante de Tandey, no calor da batalha, um soldado alemão exausto que, mancando, parou a alguns metros dele. Por um instante, eles se olharam. O alemão, que era cabo, não levantou a arma. Ficou em pé, esperando a morte inevitável. Tandey levantou o rifle e apontou para matá-lo. Mas baixou a arma. Não podia atirar, por questão ética, em um homem ferido. O cabo alemão, que tinha 29 anos, moveu a cabeça em sinal de agradecimento e se juntou às tropas que batiam em retirada."

Vinte anos depois, Adolf Hitler reconheceu em uma pintura do italiano Fortunino Matania, a figura de Henry Tandey. Estava em companhia de Chamberlain e falou: "Esse homem esteve tão perto de me matar que pensei que nunca mais veria a Alemanha. A providência me salvou". Hitler pediu a Chamberlain, que por gentileza telefonasse, em seu nome, para Tandey, em Londres, agradecendo por lhe ter salvo a vida.³⁸

37 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016. p. 89.

38 FARELL, Santiago. **Tudo o que você precisa saber sobre a Primeira Guerra Mundial**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018. p. 144.

Depois do bombardeio nazista contra Londres, em 1940, lamentou-se Henry Tandey: “Se eu soubesse em que Hitler se transformaria... Quando vi as mulheres e as crianças que ele havia matado, lamentei perante Deus por tê-lo poupado.”³⁹

Aí vem a questão crucial da condição humana: por um gesto humanitário e de condolência, de ética e de respeito à condição humana, um soldado inglês deixou de estourar o ovo da serpente que, pouco depois, entraria na história como um dos mais sanguinários cabos de guerra que o mundo já conheceu, ou outro o faria em seu lugar? É o eterno paradoxo do ser humano. O homem vem, desde o princípio dos tempos, tentando a paz, a harmonia, a moralidade e a justiça. Os tratados são inúmeros. Ninguém ignora as mais difíceis soluções. Mas, no meio desse imenso quadro de bibliografias acadêmicas maravilhosas, equações econômicas penais e programas humanitários eloquentes, somente se deseja que aconteça a cada cidadão do mundo o que recomenda José Ingenieros: “Seremos dignos e não termos que pedir o que merecemos, nem seremos obrigados a aceitar o que não merecemos”.⁴⁰ Eis a fórmula definitiva para acabar com as misérias do mundo. Isso quando, conforme desabafa Gilberto Giacoia: “Não é possível aceitar, sem mera consciência de justiça, que apenas três pessoas no mundo detenham patrimônio correspondente à renda de seiscentos milhões de seres humanos que habitam meia centena de países mais pobres, mas que longe estão de constituírem uma nação apenas.”⁴¹

Recorra-se, novamente, aos juízos de Gilberto Giacóia, feitos em seu trabalho, *A Justiça na perspectiva dos Direitos Humanos*;

Nesse tempo de esgotamento da tradição, marcado pela perda de sentido e cogência dos supremos valores em que se baseou a civilização ocidental, as esferas culturais da ética, da política e do direito, parecem ter perdido as referências axiológicas que davam sustentação e embasamento ao ordenamento jurídico político da sociedade moderna. Assim, conceitos e valores como justiça, equidade, imparcialidade, igualdade e liberdade perderam a força normativa sobre a qual se assentava tanto a reflexão ético-filosófica, quanto o projeto sócio-político que culminou com movimentos detransformação dos paradigmas até então vigentes, deixando expressivo legado normativo nas declarações de novos direitos.⁴²

[...].

Cingindo-me, assim, a singelas alusões ao observar contemporâneo dos problemas da justiça, dentro da rápida digressão que se fez, creio ser possível, sem qualquer pretensão

39 SHELDON, Natasha. “The Man who Saved Hitler”: How Hitler Hijacked a British War Hero’s Reputation. **History Collection**. Disponível em: <<https://historycollection.com/man-saved-hitler-hitler-hijacked-british-war-heros-reputation/>>. Acesso em 19/01/2022.

40 INGENIEROS, José. *O Homem Mediocre*. São Paulo, 1913. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/217817367/O-Homem-Mediocre#download>>. (Acesso em 19/01/2022).

41 GIACOIA, Gilberto. *A Justiça na perspectiva dos direitos humanos*. In: **Notáveis do Direito Penal: uma homenagem ao emérito professor Renê Ariel Dotti**. Brasília: Consulex, 2006. (p. 68).

42 GIACOIA, Gilberto. *A Justiça na perspectiva dos direitos humanos*. In: **Notáveis do Direito Penal: uma homenagem ao emérito professor Renê Ariel Dotti**. Brasília: Consulex, 2006. (p. 69).

científica, concluir que continuamos navegando, como náufragos em pleno oceano, sem a mínima possibilidade de terra firme.⁴³

Não se pode culpar os estudiosos, no alto de atitudes geniais e corajosas, neste e no século pretérito, de incompetentes para o enfrentamento da tantos problemas, que a cada instante levam à morte milhões de pessoas no mundo, pela guerra, pelas doenças produzidas pela fome e pelo abandono dos oportunistas demagogos ou tiranos autoritários de plantão, a serviço dos seus interesses. Muitas vezes, países, exaltados e jubilosos, com o título de governos gestores de um Estado Democrático de Direito. É como nos diz Gilberto Giacóia:

Apresenta-se o Estado moderno não mais como um ente soberano, e assim deve ser. Porém, incapaz de atender aos mais elementares anseios populares, isso já é demais! Permanecer como mero expectador das grandes negociações que se processam entre mega-organizações, ou cego às fraudes contábeis que entre elas se generalizam, relegando ao abandono econômico e social uma legião de excluídos e marginalizados, parece inaceitável. A miniaturização dos Estados nacionais é consequência direta da ingerência externa às governabilidades locais. A matriz de comando vem de fora para dentro, abrindo profunda fenda no sentimento de orgulho próprio e jogando por terra os conceitos de soberania, identidade e individualidade.⁴⁴

Aqui, é hora de se perguntar: nesse terreno movediço sobre o qual se edificam as estruturas mistificadas pelo humor econômico do capital alienígena, como e de que maneira pode-se estabelecer normas de direitos humanos, quando falta ao cidadão o básico dos básicos para a sua sobrevivência e a mínima condição de exercer a sua cidadania?

Com essa legião de analfabetos, de descamisados, de miseráveis, de párias humanos, de excluídos, de verdadeiros réus da vida, a violência e o crime poderão dar trégua?

Claro que não. O que se verifica, e continuará assim por muito tempo, é que o número de criminosos, de violência e de crime, permanecerá, ocupando lugar saliente em todos os quadros históricos, impulsionados pela mídia populista e pelo senso comum, que amedrontam os cidadãos de todos os segmentos sociais, que clamam por mais segurança, por leis mais rigorosas, por mais prisões e pela construção de mais unidades prisionais. Todavia, se houvesse uma política de real valorização do ser humano, que levasse em consideração os méritos pessoais de cada um, com oportunidade de emprego digno, de educação adequada, de saúde e de lazer, a violência e o crime, certamente, reduzir-se-iam.

Segundo Aury Lopes Júnior, é de rigor, nos países de acentuada e forte base democrática, a convivência com o sistema acusatório, que respeita as regras do jogo, os direitos fundamentais do acusado, o devido processo legal e que tem a imparcialidade do julgador como sua essencial

43 Idem.

44 Idem, p. 70.

característica. Por outro lado, naqueles países adeptos do furor punitivista e da repressividade, prevalece o sistema inquisitorial, sempre sintonizado com a vontade autoritária dos detentores do poder e onde a hegemonia estatal é fortalecida em detrimento dos direitos individuais.⁴⁵

Sem generalizar, reconhece-se que muitos dos que fazem parte da Justiça Criminal brasileira – juízes, promotores e advogados – possuem formação autoritária e agem inquisitorialmente. A ideologia inquisitória, além do rigor repressivista com que atua, exerce, também, importante papel pedagógico, ao punir exemplarmente o réu, na ilusória esperança de que todos os problemas, com que se depara, serão solucionados pelo processo penal, em que os agentes públicos desenvolvem benfezeira e restauradora ação. O processo penal é tido como a panaceia de todo e qualquer problema de ordem criminal. Por esse motivo, os acusados e a defesa devem obedecer às determinações dos sujeitos oficiais, e os inimigos do Estado, ou melhor, aqueles que cometem infrações penais, têm que ser severamente punidos, alijados da vida social e “combatidos” rigorosamente, para que o exemplo possa causar sensível e positiva influência.

Realmente, tal corrente ideológica, acolhida pelo Código de Processo Penal italiano, repercutiu intensamente no sistema de Justiça Criminal brasileiro e em seus três subsistemas - o policial, o judicial e o penitenciário – deixando rastros na doutrina, na jurisprudência e na atuação de todos os sujeitos oficiais, como já afirmado, reiteradamente.

Pelo que revela a historiografia brasileira, Getúlio Vargas, baseado na tormentosa crise mundial de 1929, que repercutiu, intensamente, na economia de vários países do mundo, aproveitou esse ensejo para firmar os rizomas do totalitarismo ou, como dizia seu cordial colega italiano, Mussolini: “Tudo no Estado, nada contra o Estado, nem fora do Estado”.

Em verdade, o inquisitorialismo brasileiro foi, aos poucos e gradativamente, ganhando espaço e projeção, até se consolidar na doutrina, na jurisprudência, na atividade dos sujeitos processuais e na linha de orientação da Ciência Política, da Filosofia, da Sociologia, da Criminologia, da Antropologia Criminal e nas práticas punitivistas de que se tem notícia, em pleno Século XXI.

O Processo Penal e a Justiça Criminal do Brasil, de feições inquisitoriais, mas apoiados por expressiva parte da doutrina, da jurisprudência e das práticas autoritárias dos seus atores, de acordo com Ricardo Jacobsen Gloeckner, convive com uma falsa argumentação acusatória e com uma atividade apoiada em mentalidade inquisitorial.⁴⁶ Pelo que se infere de sua observação, está-se diante

45 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal** : introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

46 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma Nova Teoria das Nulidades: Processo Penal e Instrumentalidade Constitucional. **Acervo Digital da UFPR**. Curitiba, 2010. (p. 42.). Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/24494>>. Acesso em 24/01/2022.

de um sistema processual penal, que usa um discurso pseudodemocrático, sufragado em atividades operacionais, não condizentes com o Estado Democrático e de Direito.

Como se sabe e já afirmado, o Ministro da Justiça do Brasil, Francisco Campos, ao assumir a missão de elaborar o Código de Processo Penal de 1941, foi buscar, sem nenhum subterfúgio, nas páginas do código fascista italiano de 1930, idealizado por Alfredo Rocco, então Ministro da Justiça da Itália, no governo do ditador Benito Mussolini e concebido, a seu pedido, por Vincenzo Manzini, jurista, advogado e teórico de perfil inquisitorial, também responsável pelo Código Penal daquele país, a inspiração ideológica, que exerceu sensível e clara influência na produção científica do Código brasileiro, ainda em vigor, apesar das inúmeras, importantes, oportunas, valiosas, mas incompletas alterações, por ele sofridas, ao longo dos anos.

De acordo com a lógica punitivista de Nicolau Eymerich, não há dúvida de que a forte argumentação inquisitorial pode ser vista nos mais diferentes momentos históricos⁴⁷. Como exemplo frisante, tem-se o deixado pelos Tribunais do Santo Ofício, além da própria exposição de motivos do inquisitorial Código de Processo Penal de 1941, em que o ministro Francisco Campos, responsável pela sua elaboração, defendendo o inquisitorialismo, mostra:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.⁴⁸

Com esta posição, Francisco Campos, um dos ideólogos da ditadura Vargas, claramente, demonstra o pensamento autoritário do ainda em vigor Código de Processo Penal do Brasil, ao afirmar, indubitosa e inquisitorialmente, que quando o acusado possui asseguradas muitas garantias, cria-se um ambiente propício ao recrudescimento da violência e do crime, chegando a se referir aos direitos do réu como ‘pseudodireitos individuais’.

O aludido *Codice Rocco*, em que se inspirou, ideologicamente, o Código de Processo Penal brasileiro, segundo mostra Ricardo Jacobsen Gloeckner⁴⁹, foi tido e havido pelo próprio Vincenzo Manzini, como o mais fascista de todos os códigos. E foi exatamente nesse código, da Itália fascista de Mussolini, que o Ministro da Justiça do Brasil, Francisco Campos, com o fim de preservar os ideais políticos do Estado Novo, de perfil ditatorial e escudado em um equivocado pensamento

47 EYMERICH, Nicolau. **Manual da Inquisição**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2001. (p.44).

48 KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. (p. 83)

49 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. (p. 184).

popular-democrático, procurou sustentação para o seu projeto de código de processo penal, escolhendo notáveis juristas daquela época que, como membros da Comissão por ele nomeada, encarregaram-se de tão árdua, difícil e ingente tarefa. Dentre os membros da dita Comissão, estão Néelson Hungria, Roberto Lira, Cândido Mendes, Vieira Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz, juristas respeitados dentro e fora do Brasil.

Por essas razões, o Código de Processo Penal do Brasil, como não poderia deixar de ser, empenhado em encontrar a inalcançável verdade real, apenas refletiu o pensamento do processo penal italiano, de que o Estado Novo, idólatra da natureza inquisitorial da Justiça Penal, necessitava naquele conturbado momento histórico.

Nereu Giacomolli, em síntese lapidar, esclarece que essa estrutura ideológica, do código de 1941, infelizmente, “permanece na normatividade ordinária, no ensino jurídico, na doutrina, na jurisprudência, nas atividades dos sujeitos, ou seja, na *law in action*”⁵⁰, no realismo jurídico, movimento de que foi precursor, Roscoe Pound, jurista americano e Reitor da Universidade de Harvard, que o expôs em artigo publicado em 1910, mostrando que a função do direito é mais abrangente, mais complexa e mais difícil, do que a contida nos seus estatutos.⁵¹

Assim, a máquina estatal faria valer o Estado Novo, protegido por uma Constituição fascista, a “polaca”, encabeçada por Francisco Campos, autor, igualmente, da exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro, além de uma legislação trabalhista de igual escopo, subvertendo qualquer postura tímida de um estado democrático, com as garras criminosas de uma ditadura, fria e cruel, que perdurou até 1945, impondo repressão policial aos seus adversários, censura à imprensa e propaganda em defesa da ditadura Vargas.

Induvidosamente, o autoritarismo, as práticas inquisitoriais, o abuso de poder e as punições excessivas, desde o pré-colonialismo brasileiro, deixaram marcas indelévels na Ciência Política, na Filosofia, na Criminologia, na Antropologia Criminal, no Processo Penal e nas práticas punitivistas do sistema de Justiça Criminal do País e dos seus três subsistemas – o policial, o judicial e o penitenciário.

Realmente, tal corrente ideológica, acolhida pelo Código de Processo Penal italiano, como já mencionado, repercutiu intensamente no sistema de Justiça Criminal brasileiro, deixando rastros na doutrina, na jurisprudência e na atuação oficial de todos os sujeitos processuais. Aliás, essa é a posição assumida por Nereu Giacomolli que, com outras palavras, preleciona: “Essa engrenagem

50 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. (p. 87).

51 POUND, Roscoe, apud HALPERIN, Jean-Louis. *Law in Books and Law in Action. The Problem of Legal Change*. **Maine Law Review**. Vol. 64. N. 1. Janeiro de 2011. Disponível em:

<<https://digitalcommons.minelaw.maine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=mlr>>. Acesso em 25/02/2022.

político-ideológica traçou profundos sulcos no processo penal brasileiro, produzindo um modelo de estilo inquisitorial, cujas marcas são visíveis, profundas e ainda persistem nas práticas judiciárias”⁵² dos dias atuais.

Aury Lopes Jr. considera que o processo penal do Brasil é substancialmente inquisitório, pelo fato de, na prática jurídica, a gestão da prova ser conduzida pelo magistrado.⁵³

O autor gaúcho mostra, com clareza, que o processo penal brasileiro não é misto, pois o juiz possui um papel notadamente inquisitorial:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunha além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383), etc.⁵⁴

Esses dispositivos são contrários aos princípios constitucionais do contraditório, da dialeticidade do processo e do exercício da ampla e plena defesa, por macularem a imparcialidade do julgador, que deve ficar equidistante dos interesses das partes e da gestão probatória ou, como ensina o jurista italiano, Luigi Ferrajoli, citado por Aury Lopes Júnior:

“al sistema acusatorio le corresponde un juez espectador dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello, más sabio que experto, el rito inquisitivo exige sin embargo un juez actor, representante del interes punitivo y, por ello, leguleyo, versado en el procedimiento y dotado de capacidad de investigación”.⁵⁵

O autor destaca, de forma convincente, em primeiro lugar, a ideologia da busca da verdade material, no processo penal, além da atuação, *ex officio*, do juiz, produzindo provas, inquirindo testemunhas, decretando prisão cautelar, reconhecendo a culpa do réu, mesmo que o Ministério Público requeira a sua absolvição, dentre outras, como características próprias do modelo inquisitorial. No seguinte capítulo do presente trabalho monográfico, intitulado ‘Inquisitorialismo

52 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. (p. 89-90).

53 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal** : introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (p. 174).

54 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal** : introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (p. 179).

55 FERRAJOLI, Luigi, apud LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal** : introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (p. 338).

contemporâneo’, tais marcas autoritárias serão mais detalhadamente explicadas, de forma a demonstrar algumas das razões pelas quais a ideologia inquisitorial resiste à força do tempo e continua a influenciar a atividade dos que fazem a Justiça Penal em *Terrae Brasilis*.

Já Nereu Giacomolli enfatiza que, de acordo com o sistema inquisitorial, prevalece a potestade punitiva sobre o *status libertatis* do acusado, e ainda nos traz mais as seguintes e judiciosas ponderações:

Isso se observa na previsão de realização do interrogatório do acusado, mesmo sem a presença de defensor, somente alterado em 2003, na ausência de obrigatoriedade da defesa prévia, somente modificado em 2008, na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão *ad quem* sem razões ou contrarrazões, situação ainda persistente no nosso CPP, na manifestação obrigatória da acusação, no segundo grau de jurisdição, sem a cientificação da defesa para o exercício do contraditório⁵⁶.

O supracitado processualista penal, aponta, em terceiro lugar, a ascensão da ideia “da presunção de culpa do sujeito, sem consideração sobre seu estado de inocência. Nessa perspectiva, o pensar e o agir refletem uma concepção de que o imputado já nasce culpado. Por isso, a prisão processual é a regra e, se for acusado, é porque alguma infração cometeu, devendo ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova.”⁵⁷

Ao fazer a sua quarta observação, mostra ele que, neste tipo de sistema, o julgador assume lugar de destaque e se mantém como protagonista e condutor do processo instaurado contra o acusado ou réu. Assim, diz ele:

“[...]justificam-se seus poderes introdutórios, seu agir *ex officio*. Tudo podendo no interior do processo, não se faz mister regular os meios e a metodologia da busca da prova, cuja debilidade é olímpica. O regramento limitaria o poder de ação do magistrado. Verifica-se um “donismo” processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu, eu sou eu, eu e eu”, enfatiza o eminente mestre. “Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador, com as do Estado-Acusador e com as do Estado-Investigador”⁵⁸.

Verifica-se, enfim, que ao se transformar o acusado, pelo processo, em seu objeto, exige-se que ele prove a sua inocência, submeta-se ao processo resignadamente e colabore com a acusação, com o julgador e com a sociedade a que pertence. Além dessas insuportáveis incongruências, “a

56 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016. p. 90.

57 Idem.

58 Idem.

absorção dessa ideologia ocorreu no ensino, na doutrina, na jurisprudência, na política criminal, contaminando as condutas dos sujeitos oficiais”.⁵⁹ Enquanto isso,

a política criminal prima pela concepção da substituição das políticas públicas pelo sistema criminal, na perspectiva de que o aumento das penas e o encarceramento evitarão a criminalidade. O reflexo de tudo isso, se encontra na paradoxal impunidade, em um país com mais de 800 mil presos e, entre estes, um elevado percentual de sujeitos analfabetos ou semialfabetizados.⁶⁰

Certo é que o Código de Processo Penal de 1941 nasceu autoritário e continua inquisitorial, já que se orienta pela lógica da busca da verdade material, como um dever, de ofício, do responsável pelo julgamento do acusado ou réu.

O citado diploma legal, apoiado no código autoritário de Benito Mussolini, possui disposições conflitantes com a Carta Política de 1988 que, seguindo linha de orientação inteiramente divergente, estabeleceu mecanismos garantidores dos direitos fundamentais dos acusados, como, por exemplo, a presunção de inocência, o juiz natural e o *due process of law*, que norteiam a atuação de um sistema de Justiça mais humano e mais democrático.

Além desses mecanismos, em que se assenta o Estado constitucional, pode-se destacar, ainda, as seguintes garantias fundamentais dos investigados, acusados ou réus: a da total publicidade do procedimento que, em regra, deve ser oral; o do poder de impugnação das decisões judiciais ou do duplo grau de jurisdição e o do sistema acusatório, garantias civilizatórias do processo penal contemporâneo. Nesse sistema,

- As funções de investigar, de acusar, de defender e de julgar, são exercidas por órgãos oficiais diferentes;

- A iniciativa e a gestão da prova só podem ser realizadas pela acusação e pela defesa;

- A imparcialidade do órgão julgador, que atua como verdadeiro árbitro, como juiz-espectador, é da essência do sistema penal;

- O princípio da paridade de armas, conferindo às partes tratamento respeitoso e igualitário, deve ser respeitado,

- E a sentença se alicerça na prova lícita, levada aos autos pelas partes e no livre convencimento motivado do responsável pelo julgamento do acusado ou réu.

Pela Constituição Cidadã de Ulysses Guimarães e com fulcro no sistema acusatório, o julgador deve assumir uma postura fundante da estrutura processual penal, sem iniciativa e gestão

59 Idem.

60 Idem. (p. 91).

probatória, para que se possa assegurar a sua verdadeira imparcialidade, que só será alcançada, com o sistema processual acusatório, caracterizado pela separação, do princípio ao fim do procedimento penal, das funções de acusar, defender e julgar, respeitando o contraditório, a paridade de armas e a ampla ou a plena defesa, como preleciona Aury Lopes Júnior.⁶¹

Não é da essência desse sistema, próprio dos regimes democráticos, a existência de certas e determinadas medidas, incorporadas pela estrutura do processo penal, como a possibilidade da decretação, de ofício, da prisão preventiva, da busca e apreensão, da iniciativa e gestão probatória e da condenação do acusado, mesmo quando o órgão ministerial postula a sua absolvição. Na visão de Aury Lopes Júnior, não basta que exista, inicialmente, a separação de funções, dentro do sistema processual penal se, posteriormente, é permitido ao julgador se imiscuir na colheita da prova, que é de inteira responsabilidade da acusação e da defesa. O doutrinador é do entendimento de que o magistrado que busca, por conta própria, os elementos de prova no processo a que preside, tem a sua imparcialidade conspurcada, comprometida, contaminada.⁶²

O mesmo acontece com o magistrado que, de ofício, determina a realização de diligência e procede à condenação, mesmo diante do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público, como sugerem os artigos 156 e 385 do Código de Processo Penal, além da possibilidade de recorrer de ofício, sem que a acusação haja interposto qualquer tipo de recurso e da possibilidade do recurso ao órgão *ad quem*, pelo Ministério Público, sem as suas necessárias razões e contrarrazões.⁶³

Com essas garantias e mecanismos processuais, exigidos pela Carta da República e que caracterizam o sistema acusatório, o processo penal deixou de ser um meio de aplicação, pura e simples, da lei penal, para atuar como veículo de defesa do indivíduo, contra o autoritarismo estatal, limitando e controlando a atuação do Ministério Público ou do particular e, com isso, impedindo acusações infundadas, abusivas ou excessivas.

No sistema acusatório, defendido pelo Estado Democrático de Direito, a jurisdição penal não é mais somente o poder-dever de dizer o direito no caso concreto, como acontece no processo civil, mas função de controle da pretensão acusatória e de garantia dos direitos fundamentais do cidadão, conforme bem pensadas ponderações de Aury Lopes Jr. que, textualmente, ensina: “É um papel de limitador e controlador da legalidade da acusação, em que a posição do juiz é fundante do

61 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 149.

62 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 134.

63 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016. p. 90.

sistema processual”, caracterizado pela sua imprescindível imparcialidade, sem a qual não haverá o necessário equilíbrio de todo o Sistema de Justiça Criminal.⁶⁴

Dando sequência aos seus argumentos, o aludido professor diz, ainda, que não há imparcialidade fora do sistema acusatório, em que o magistrado não tem iniciativa e nem gestão probatória, já que esta é, como já dito, de responsabilidade da acusação, do acusado e de seu defensor. A imparcialidade, virtude suprema do juiz, só será obtida no sistema acusatório, o único a estabelecer as indispensáveis diretrizes para a sua implementação, por manter o responsável pelo julgamento do réu, equidistante das pretensões das partes e de suas atividades probatórias. É só com a adoção desse sistema, que se reforça a estrutura dialética do processo penal, possibilitando a existência do juiz imparcial e a realização do contraditório pleno, em que se assenta a democratização da Justiça Criminal.

Contemporaneamente, no processo penal dos países que possuem sólida formação democrática, a Justiça Criminal, por força das normas constitucionais e convencionais, deve exercer as suas atividades, sempre apoiada no sistema acusatório, caracterizado, como já afirmado:

a) pela necessária separação entre as funções de investigar, de acusar, de defender e de julgar, não só no início da ação, mas durante todo o procedimento criminal;

b) pela inafastável obrigatoriedade imposta ao magistrado de assumir uma postura de terceiro imparcial, que deve se contentar com as provas trazidas pelas partes, as únicas a terem iniciativa e gestão probatória, princípio fundante do sistema acusatório;

c) pelo dever que tem o julgador de preservar o princípio da paridade de armas, exigido pela Carta da República, oferecendo à acusação e à defesa, tratamento respeitoso e igualitário, além de outras exigências.

De fato, sem a obrigatória separação entre o atuar das partes conflitantes e do responsável pelo julgamento do processo, do início ao fim do procedimento criminal, jamais se terá uma Justiça Criminal imparcial, justa e democrática. Separar, inicialmente, o agir investigativo, das funções de acusar, defender e julgar e, depois, admitir ao julgador a possibilidade de iniciativa e gestão probatória, o seu atuar de ofício – decretando prisão, busca e apreensão, produção de provas e outras medidas – em qualquer fase do procedimento criminal, contraria o princípio em que se fundamenta a jurisdição e a dialeticidade procedimental, comprometendo a imparcialidade, virtude superlativa dos que julgam e que devem se manter inertes, até o momento da prolação da sentença, com a condenação ou absolvição do réu.

64 LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

1.2 – AS TENTATIVAS DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DIANTE DOS ÓBICES CRIADOS PELOS RANÇOS AUTORITÁRIOS E INQUISITORIAIS

Desde o dia 1º de janeiro de 1942, data em que entrou em vigor, o inquisitorial Código de Processo Penal de 1941 já passou por 42 reformas pontuais. Essas alterações, inadiáveis e necessárias, buscaram a adequação do arcabouço normativo com que labuta a Justiça Criminal do Brasil às exigências da Constituição Federal, verdadeiramente empenhada na realização de um Estado constitucional, sem o que jamais haverá justiça humana, justa e democrática. Com essa firme intenção, o Congresso Nacional, desde 1961, no Governo Jânio Quadros, tem promovido diversas tentativas de reformas, que buscavam a alteração do Código Civil, do Código de Processo Civil, do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais. Infelizmente, com a renúncia de Jânio Quadros, o primeiro desses projetos de reforma, dirigido por Hélio Tornaghi, não se viabilizou. Já em 1970, o Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, designou José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves para integrarem Subcomissão Revisora, a fim de avaliar as sugestões apresentadas e publicar a nova versão do anteprojeto. O presidente Geisel encaminhou ao Congresso Nacional o Anteprojeto Frederico Marques, que, infelizmente, enfrentou certa resistência e não foi aprovado. Ibrahim Abi-Ackel, como Ministro da Justiça, através de outra comissão, integrada por Érico Fonseca, Francisco de Assis Toledo e Manoel Pimentel, incorporou sugestões ao projeto anterior. Em virtude das diversas recomendações oferecidas, foi constituída nova comissão revisora, cujo trabalho culminou com o projeto de reforma remetido ao Congresso Nacional. Em 1983, no governo Figueiredo, o Ministro Abi-Ackel retomou os estudos da reforma, nomeando uma comissão composta por Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio da Fonseca. Novas sugestões foram apresentadas e o projeto recebeu redação final, mantendo, quase que totalmente, o Anteprojeto Frederico Marques, após intensas discussões.

Na sua Exposição de Motivos, o projeto defendeu: a) introdução de um procedimento sumaríssimo para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo e os delitos praticados na direção de veículo automotor; b) gravação das audiências; c) criação de medidas alternativas à prisão cautelar; d) simplificação das atividades do tribunal do júri, por meio da supressão do libelo, do protesto por novo júri e da adequada quesitação; e) decretação da prisão cautelar para

determinadas espécies de delitos, a fim de melhor aparelhar a Justiça Penal, no combate a infrações penais de maior gravidade. O certo é que esse projeto, depois de outras modificações, sob a orientação do Ministro Abi-Ackel, permaneceu por sete anos no Congresso Nacional, até ser retirado, em 1989.

Na gestão do Ministro Célio Borja, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira foi designado para integrar uma comissão de juristas incumbida de sugerir alterações e simplificação do processo civil e do processo penal. Dessa comissão, participavam o ministro Vicente Cernichiaro, Sidney Agostinho Benetti, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antônio Carlos de Areias Nabor Bulhões, Aristides Junqueira, Cid Flaquer Scartezzini, André Barcellos, Fátima Nancy, Luís Carlos Fontes de Alencar, Miguel Reale Júnior, Paulo José da Costa Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. Nesta comissão, predominou a orientação de que a reforma deveria ser pontual e que, pontualmente, deveria harmonizar-se com o princípio do devido processo legal, com as obrigações e garantias dos sujeitos processuais, além de outras modificações que buscassem seguir a dinamicidade de um processo criminal moderno e democrático. Em seguida, por meio de uma comissão revisora, presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e composta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Nabor Magalhães, Aristides Junqueira de Alvarenga, Cid Flaquer Scartezzini, Edson Freire O'Dwyer, José Barcelos de Souza, Fátima Nancy Andrighi, Luís Carlos Fontes de Alencar, Luiz Vicente Cernichiaro, Marco Aurélio Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Weber Martins Baptista, juntamente com Luiz Flávio Gomes, representante do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Com a designação desses juristas, após interessantes discussões, foi instituída uma comissão de sistematização, integrada por Antônio Magalhães Gomes filho, Luiz Flávio Gomes e Rogério Lauria Tucci, que apresentaram diversas alterações ao Código de Processo Penal, desde o inquérito policial, procedimento ordinário, procedimento sumário e sumaríssimo, suspensão condicional do processo, prova ilícita, prova pericial, prova testemunhal, defesa efetiva, citação editalícia, intimação, prisão e demais medidas restritivas, fiança, prisão temporária, agravo, embargos e sobre o tribunal do júri. Essa supracitada comissão, analisando os pontos divergentes e aproveitando as existentes sugestões, procurou encontrar portas de saída que viabilizassem soluções inteligentes e desburocratizantes, que pudessem efetivar a tutela jurisdicional.

Em períodos mais recentes, foram elaboradas inúmeras reformas pontuais ao CPP brasileiro, quase todas aprovadas sem muita dificuldade. Dentre outras, avultam em importância alguns

projetos de lei que culminaram com a aprovação das Leis nº 11.689, 11.690, 11.719, de 2008, 12.403, de 2011 e 13.964, de 2019.

O primeiro e supracitado diploma legal, ou seja, a Lei nº 11.689/2008⁶⁵, provocou significativas mudanças na parte redacional dos artigos 406 a 497, do Código de Processo Penal, ainda em vigor, todas alusivas ao tribunal heterogêneo, incumbido do processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Com essa lei, o Tribunal do Júri tornou-se mais ágil, em virtude da simplificação procedimental por que passou. Aury Lopes Júnior, analisando essas alterações, afirma que a dita lei, embora tenha tornado o tribunal popular mais célere e menos complexo, criou, também, perigosíssimas possibilidades para o utilitarismo processual penal, ao garrotear, inclusive, garantias fundamentais dos acusados ou réus:

Na linha de nossa crítica inserem-se os parágrafos do art. 411, ao estabelecerem que as provas deverão ser produzidas em uma só audiência, abrindo-se perigosa opção de o juiz indeferir aquelas que entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Espaço perigoso para a discricionariedade judicial e cometendo o grave erro de aceitar que o juiz subtraia dos jurados (os verdadeiramente competentes para o julgamento) a possibilidade de conhecer determinadas provas. Há que se ter presente a peculiaridade do júri, onde os destinatários finais da prova são os jurados e não o juiz.⁶⁶

Apreciando, criticamente, o supracitado artigo 411 do Código de Francisco Campos, atingido pela Reforma, o autor entende que as provas deverão ser produzidas em uma só audiência, permitindo, com isso, ao julgador, a oportunidade de indeferir aquela que lhe pareça irrelevante, impertinente ou protelatória, permitindo assim, espaço para a discricionariedade judicial. O mencionado dispositivo legal confere ainda ao presidente do Tribunal do Júri, o poder de subtrair dos membros do Conselho de Sentença – os que verdadeiramente julgam o réu – o direito de apreciarem as provas coligidas, como os seus finais destinatários.

Por sua vez, a Lei nº 11.690, também sancionada e vigente desde o ano de 2008, alterou a redação dos artigos 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Código de 1941, que se relacionam com a instrução processual, em especial, com as provas trazidas pelas partes. Nereu Giacomolli ensina que essa norma legal encontra-se em perfeita sintonia com o Art. 5º, inciso LVI, da Carta da República, de 1988, ao dispor sobre a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, fazendo a diferença entre a ilicitude direta e a ilicitude derivada, como demonstra, textualmente:

65 BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 11.689**, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=10/06/2008>>. Acesso em 21/01/2022.

66 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.(p. 1247).

A regra, sem exceção, segundo o legislador ordinário, é da inadmissibilidade da prova ilícita direta. Ademais, há uma clara definição do que seja prova ilícita: a obtida com violação às regras legais e constitucionais. Portanto, a inadmissibilidade ultrapassa a violação constitucional (direitos fundamentais, garantias constitucionais). Quando a metodologia ou a técnica de busca da prova limitar a liberdade moral da pessoa, produz e irradia resultados inadmissíveis, pois se insere no gênero “prova ilícita”, por violação ao devido processo, em sua dimensão ética e de observância dos direitos humanos.⁶⁷

Aury Lopes Júnior alerta sobre a atual redação do art. 165, do estatuto processual penal, que abre a possibilidade de o julgador continuar utilizando informações colhidas no inquérito policial, como prova do procedimento criminal.⁶⁸

Já a Lei nº 11.719⁶⁹, que alterou os artigos 63, 257, 265, 362, 363, 366, 383, 384, 387, 394 a 405, 531 a 538, relaciona-se à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, à *mutatio libelli* e os seus procedimentos, introduzindo importantes e substanciais alterações no Código de Processo Penal brasileiro, chama a atenção para dois dos seus mais importantes aspectos: o aditamento espontâneo da denúncia ou queixa, em face do surgimento de elementar ou circunstância não contida na peça acusatória, através do art. 384, bem como a obrigatoriedade da defesa prévia, determinada pelo Art. 396.

Sobre o primeiro instituto, Renato Brasileiro de Lima assegura que a reforma pontual de 2008 pôs fim parcial ao aditamento provocado da peça acusatória. Pela redação anterior do art. 384, caso entendesse cabível nova definição jurídica do fato, em razão de prova existente nos autos sobre elementos ou circunstâncias da imputação, não contidos na acusação, incumbia ao próprio juiz baixar o processo a fim de que o órgão acusador aditasse a peça exordial, no prazo de cinco dias. Após a alteração advinda da Lei 11.719, o mesmo artigo passou a prever o aditamento espontâneo realizado pelo acusador, sem a iniciativa do juiz. Para Renato Brasileiro, essa modificação constituiu importante passo para resguardar a imparcialidade dos que julgam, a fim de evitar qualquer comprometimento psicológico do detentor do poder de penar.⁷⁰

Sobre a segunda modificação, de acordo com Nereu Giacomolli, a possibilidade do recebimento da denúncia ou da queixa, por força do inquisitorial princípio do *in dubio pro societate*, outra coisa não era, senão uma clara prevalência da potestade punitiva sobre o *status*

67 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. (p. 203).

68 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.(p. 274).

69 BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 11.719**, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/93518/lei-11719-08>>. Acesso em 03/03/2022.

70 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011. (p. 395).

libertatis do réu, sendo esta outra marca inquisitorial do processo penal brasileiro que se buscou mitigar através de uma reforma pontual.⁷¹

Três anos depois dessas reformas, entrou em vigor a Lei nº 12.403, de 2011. Tão interessante lei alterou os artigos 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310 a 315, 317 a 325, 334 a 337, 341, 343 a 346, 350 e 439 do diploma processual penal do Brasil e tem como principal característica o fato de estabelecer a prisão processual – gênero de que são espécies a prisão temporária, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão decorrente de pronúncia e de sentença penal condenatória – como medida excepcional, apenas aplicável quando não forem cabíveis medidas cautelares diversas da prisão. Acerca dessa lei, Nereu Giacomolli assevera:

Decretar a prisão preventiva para depois buscar alternativas mantém a prisão preventiva, recolhimento ao cárcere, como *prima ratio*, contrariamente ao prescrito nos Diplomas Internacionais, na CF e nas Leis Ordinárias. Depois de verificado não ser o caso de manter o sujeito em liberdade plena, sem restrições (primeira opção), há que ser averiguada a adequação e a necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma destas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção).

[...]

Como se pode inferir, o ordenamento jurídico estabelece toda uma teia constitucional e legal protetiva da liberdade do cidadão, a qual permite afirmar ser a prisão, o recolhimento ao cárcere, a última alternativa posta à disposição do sistema criminal.⁷²

O citado autor, pelo que se vê, considera as medidas cautelares, como alternativas à prisão, importante passo civilizatório, rumo à democratização e à humanização do processo penal, mas longe de serem suficientes para frear o ímpeto autoritário e inquisitorial do sistema de Justiça Criminal brasileiro.

Em 2019, a Lei nº 13.964 trouxe interessante modificação, com a definição do artigo 3-B do já mencionado Código, que institui, ao menos formalmente, o sistema processual penal acusatório e criou, também, o juiz de garantias, como ferramenta consentânea, no âmbito do Processo Penal, com o ordenamento jurídico vigente.

Com o juiz de garantias, procura-se estabelecer, no procedimento criminal, a atuação de dois juízes: um para a primeira e o outro, para a segunda fase da persecução penal, preservando-se a imparcialidade do responsável pelo julgamento meritório do acusado, evitando, assim, que emita prejulgamentos sobre os elementos de prova colhidos na fase investigativa, para não contaminá-lo mentalmente. Em verdade, com o juiz de garantias, evita-se o comprometimento do responsável pelo julgamento do réu.

71 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. (p. 90).

72 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.(p. 421).

Ressalte-se que o juiz, ao proceder a uma valoração positiva sobre a justa causa, poderá, intimamente, emitir prejulgamentos sobre a culpabilidade do acusado, impossibilitando uma decisão justa e imparcial. Por isso, é preciso que se tenha dois juízes, sem os quais jamais se conseguirá a necessária isenção, que deve nortear o comportamento dos que julgam. Isso porque, na fase preliminar, o juiz de garantias pode decretar determinadas medidas, como a prisão preventiva, evitando, assim, que o juiz responsável pelo julgamento do acusado comprometa a sua isenção.

Em respeito aos direitos do investigado, o juiz de garantias, no exercício desse múnus, não pode ficar indiferente. Só assim, assegurará ao investigado o que lhe é garantido constitucionalmente.

O certo é que o juiz de garantias passa a exercer significativa função de garantidor, sem ficar alheio ao cenário de violações ou de ameaças de lesão aos direitos e garantias constitucionais do investigado. O certo é que, para o livre desempenho de tão imprescindível papel não é satisfatória a mera função formal desse juiz, por ocasião da investigação, mas que se permita a ele analisar, de forma minuciosa, o material indiciário colhido pela autoridade policial.

Ao tratar da insuficiência das reformas pontuais sofridas pela impropriamente chamada lei adjetiva penal, para a superação dos ranços inquisitoriais, Ricardo Jacobsen Gloeckner sustenta que algumas das categorias processuais sofreram um processo de readequação constitucional, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. As funções discursivas inquisitoriais de tais categorias, no entanto, não foram abolidas, nem mesmo mitigadas, pelas reformas processuais a que se referiu. Muitas vezes, os traços inquisitoriais desses institutos foram, de fato, realçados, permitindo até mesmo a criação de novas relações de poder, que permanecem atuando de acordo com as práticas punitivistas autoritárias, de que se tem notícia há muitos anos.⁷³

Com efeito, a insistente, constante, fervorosa e retórica argumentação discursiva dos defensores do sistema inquisitivo, desde os mais remotos períodos da história, permeia a formação autoritária e antidemocrática da tripartite função estatal.

Neste ponto, é indispensável registrar que diversos países estão reformando as suas legislações, no âmbito do processo penal, por a adequar disposições legais, impregnadas do viés inquisitório, a essa nova estrutura acusatória. Países como Argentina e Chile têm sofrido sensíveis mudanças em seus diplomas processuais penais, com o intuito de propiciar a estruturação de uma Justiça criminal verdadeiramente pautada no humanismo e na democracia.

73 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. (p. 483).

O magistrado portenho Gonzalo Rúa, atuante na área criminal, explica que, por ser a Argentina um país em que os entes federados possuem autonomia para elaborar sua própria legislação processual, é preciso que se observem os diferentes avanços em cada uma de suas províncias. Segundo afirma, na maioria das províncias argentinas, o processo de implementação das reformas processuais penais se caracteriza por ser linear e gradual, e visa a consolidar progressivamente os valores do sistema, os papéis dos diferentes atores e os modelos de organização de cada instituição componente do sistema de Justiça criminal e dos seus três subsistemas. Embora muitas conquistas tenham sido consolidadas naquele país – como o estabelecimento da oralidade como metodologia para a tomada de decisões, ocorrido em vários estados, além da participação da vítima no procedimento, desde o momento da investigação, e do chamado princípio de oportunidade, que dispensa a atuação do Ministério Público em crimes de menor potencial ofensivo –, ainda restam muitas questões a resolver, dentre as quais o autor cita a relação entre o *Parquet* e as forças de segurança, bem como a falta de controle institucional sobre o cumprimento das condições acordadas nos meios alternativos de resolução de conflitos e as prisões preventivas.⁷⁴

Já no caso do Chile, é incontroverso entre os doutrinadores que grandes mudanças ocorreram a partir da entrada em vigor das reformas penais e processuais penais por que passou o país. Promulgado em 29 de setembro do ano 2000 e tendo entrado em vigor no mês de dezembro do mesmo ano, o novo diploma processual do país, então recentemente liberto das garras ditatoriais, representou uma tentativa de ruptura com os inúmeros aspectos negativos advindos de quase duas décadas de autoritarismo e violência patrocinados pelo próprio Estado.

No Brasil, já foram apresentadas – sem sucesso – algumas propostas para a edição de um novo Código de Processo Penal, visando a reformar totalmente o inquisitorial diploma de 1941.

A primeira delas, surgida ainda no início da década de 1960, teve Hélio Tornaghi como elaborador do seu anteprojeto. No entanto, devido aos problemas decorrentes do conturbado cenário político daquele período, o projeto não obteve viabilidade.

A segunda proposição, apelidada de “Anteprojeto Frederico Marques”, decorreu da edição do Decreto nº 61.239/67, que visava a analisar e revisar projetos de alteração legislativa, que já estivessem em processo de elaboração à época. José Frederico Marques ficou encarregado de aproveitar os estudos e propostas já em curso, na matéria processual, embora tenha contado, em momento posterior, com a ajuda de outros juristas, como Benjamim Moraes Filho e José Carlos

74 RÚA, Gonzalo. Argentina. La reforma penal. In: GUARNIZO, Catalina Niño. **La reforma a la Justicia em América Latina: las lecciones aprendidas**. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016. (p. 156-158).

Moreira Alves. Após muitas alterações, em 1975, o Anteprojeto Frederico Marques foi convertido no PL nº 633/75. Entretanto, alguns fatores foram decisivos para a sua retirada – em especial, a sua nítida relação com o Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar, além das sensíveis mudanças por que passou a sociedade brasileira ao longo da década de 1970 e que repercutiram no sistema de administração da Justiça.

Já no início dos anos 1980, ao final do regime ditatorial militar, uma comissão foi criada para retomar os estudos sobre a reforma do diploma processual penal brasileiro, sendo composta por Rogério Lauria Tucci, Hélio da Fonseca e Francisco de Assis Toledo. Como resultado, foi enviado ao Congresso Nacional o PL nº 1655/83 (PL nº 175/84 no Senado), que mantinha grande parte do Anteprojeto Frederico Marques, mas com algumas diferenças. Entre outros aspectos, o projeto de Código introduzia um procedimento sumaríssimo para processar e julgar infrações penais cuja pena não superasse um ano e os crimes praticados na direção de veículos automotores, além de instituir a gravação das audiências, de criar medidas alternativas à prisão, de simplificar o procedimento do Tribunal do Júri e de reconhecer a independência funcional entre a polícia judiciária, o Poder Judiciário e o Ministério Público. Apesar de ter tramitado por sete anos no Congresso Nacional, o projeto foi retirado pelo Poder Executivo após a redemocratização e a promulgação da atual Constituição Federal, sendo abandonado no ano de 1989.

Na década seguinte, segundo Nereu José Giacomolli, predominou uma tendência de se tentar reformar a matéria processual penal de forma pontual, após tantas tentativas infrutíferas de se editarem novos códigos. Os projetos iniciados nas comissões presididas, respectivamente, pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e por Ada Pellegrini Grinover, foram os mais importantes desse período. Embora as proposições da primeira comissão tenham sido, em sua maioria, retiradas, as da segunda resultaram em oito diferentes projetos de lei, alguns dos quais culminaram em inovações presentes nas Leis nº 10.792/2003, 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 12.403/2011.

Por fim, o Projeto de Lei nº 8.045/2010, da Câmara dos Deputados, o mais recente entre os que objetivam a reforma do atual Código de Processo Penal, foi elaborado por uma comissão de juristas nomeados pelo Senado, que fora incumbida de desenvolver um plano de reforma global do Código vigente, visando à superação definitiva de suas raízes inquisitórias.

Em verdade, conclui-se que o até agora infrutífero PL 8.045/2010, o juiz de garantias, assim como todas as outras reformas posteriores sofridas pelo Código de Processo Penal do Brasil, não foram suficientes para romper com o inquisitorialismo existente no sistema de Justiça Criminal. O

que ocorreu, na verdade, foi o surgimento de grandes fissuras entre o que é estabelecido pelo diploma processual penal e o que fora, posteriormente, determinado e garantido nas reformas, nas leis, nas práticas oficiais dos sujeitos do processo, nos atos normativos e na Constituição Federal de 1988.

2 - INQUISITORIALISMO CONTEMPORÂNEO

Como justificar a presença do inquisitorialismo no sistema de Justiça Criminal do Brasil, ao longo de vários séculos de sua histórica existência? Por que as práticas autoritárias e inquisitoriais sempre prevaleceram, adaptando-se às variadas circunstâncias, recebendo o bafejo de regimes políticos fascistas e ditatoriais, desde os domínios do Império Romano, passando pelos tribunais do Santo Ofício, pelo Brasil Colônia, pela ditadura do Estado Novo, pelo Código de Processo Penal de 1941, pelo autocrático regime militar de 1964 e até pela Constituição de 1988, por meio dos seus mecanismos de persecução penal?

Por qual razão os sujeitos oficiais que fazem a Justiça Penal brasileira seguem fomentando a insustentável ideia de verdade correspondente, que por tanto tempo sobrevive no sistema de Justiça criminal e em seus subsistemas? O que justifica a atuação inquisitorial do magistrado no sistema de Justiça criminal, com poderes para se imiscuir na colheita da prova, determinar a realização de diligências e condenar o acusado mesmo diante do pedido de absolvição formulado pela acusação? Quais os argumentos para tentar justificar a inversão da constitucional garantia da presunção de inocência do réu, prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal? Por que, no processo penal, o réu não tem o mesmo tratamento assegurado ao acusador?

Com estas ponderações, iniciou-se o segundo capítulo da presente dissertação com alguns questionamentos que se afiguram pertinentes à temática em discussão: o inquisitorialismo na forma como se apresenta, nos dias de hoje, no processo penal brasileiro. Nesta parte do trabalho, serão discutidos e expostos os rastros do autoritarismo, ainda presentes no cotidiano da Justiça Criminal do Brasil. Esses rastros serão analisados, discutidos e tratados, individualmente, em quatro subcapítulos. Ao final, tecer-se-ão considerações em torno do ilusório modelo processual penal misto, trazendo a visão de doutrinadores, como, por exemplo, Aury Lopes Júnior, Salah Khaled, Nereu José Giacomolli, Tourinho Filho, Hélio Tornaghi, Ricardo Jacobsen Gloeckner e Renato Brasileiro.

Não há dúvida de que a estrutura penal e processual penal brasileira, de inspiração nitidamente inquisitorial, apesar de importantes reformas por que já passou e do compromisso de fazer valer os direitos fundamentais do investigado, acusado ou réu, vem se mantendo fiel à epistemologia e à orientação político-ideológica do Direito Romano, dos tribunais do Santo Ofício, das ordenações portuguesas, do Código fascista italiano de Alfredo Rocco, em que se apoiou o Código de Processo Penal de 1941, concebido pelo jurista Francisco Campos, então Ministro da Justiça e figura de realce da ditadura Vargas.

Infelizmente, ao contrário do que ocorreu em outros países da América Latina, que tangidos pelos ventos da redemocratização, realizaram significativas e especiais mudanças, inclusive, por intermédio de novos lineamentos estruturais do processo penal, o Brasil permaneceu leal aos princípios norteadores do sistema político-ideológico adotado pelo seu Código de 1941.

A verdade é que quase todos os estados varridos pela benfazeja redemocratização de 1980 a 1990 enfrentaram, corajosa e eficientemente, os mais sérios dilemas processuais penais, como a autoritária formação política e antidemocrática, o senso comum teórico e problemas outros, relacionados com as decisões criminais sem fundamentação, com a abusividade da prisão processual – às vezes, decretada, de ofício, pelo magistrado, como gestor da prova – e com o tratamento do acusado ou réu, como objeto do processo a que responde e não como sujeito de direitos.

Lamentavelmente, o Brasil não passou por essa experiência e, segundo Geraldo Prado⁷⁵, a sua transição democrática foi administrada pelo sistema político então dominante, através de pessoas sensatas, mas de formação autoritária e inquisitorial e por líderes liberais do novo regime, sem a força política e a habilidade necessárias.

Para diversos autores, o Brasil acabou por perder o momento histórico ideal para uma profunda alteração penal e processual penal, quando esses fatos históricos e abusivos, a que muitos foram submetidos, ainda estavam vivos na memória de todos.

Por essas e outras razões, o sistema de Justiça Criminal, com os seus três subsistemas, malgrado as reformas a que foi submetido, continua autoritário e inquisitorial. Em verdade, inúmeros são, portanto, os sinais autoritários, facilmente percebidos no processo penal brasileiro, como, por exemplo: a) a preocupação com a busca da verdade substancial; b) a atuação inquisitorial, *ex officio*, do julgador, que pode ter iniciativa e gestão probatória; c) a inversão da

75 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 99.

garantia da presunção de inocência do réu; d) o tratamento desigual entre as partes e e) o ilusório sistema processual penal misto – que serão discutidos na presente Dissertação.

2.1 – A BUSCA PELA INEXISTENTE VERDADE REAL

Por que ainda persiste a inquisitiva ideia de verdade correspondente, que se assenta, para Salah Khaled Jr, em três distintas e seguintes características: a política, a jurídica e a científica?⁷⁶

A quase enlouquecida e esquizofrênica preocupação com a busca da verdade real ou da inexistente verdade correspondente, como se sabe, é evidente marca do sistema inquisitivo, tido como a antítese de uma justiça humana, justa e democrática. Aliás, Montero Aroca, citado por Salah Khaled, mesmo inadmitindo o processo penal inquisitório como legítimo e adequado, reconhece que a ideologia inquisitorial está profundamente enraizada nas atividades judiciais e acadêmicas e no pensar e agir dos sujeitos oficiais, graças à permanente retórica punitivista e à umbilical ligação com a lógica das normas penais e processuais penais do fascismo italiano da década de 1930 que se impuseram à humanização e à democratização do sistema de Justiça Criminal com que hoje se lida⁷⁷. Realmente, a histórica e mais do que centenária intensividade retórica da pregação inquisitiva e a forte atuação acadêmica de certos movimentos autoritários, terminaram por criar no Direito Penal, no Processo Penal, na Criminologia, na Medicina Legal e na atividade prática dos sujeitos oficiais, uma espécie de quisto, de difícil extirpação, no sistema Penal como um todo.

A busca pela verdade real, como “elemento central do processo”, é que irá definir, segundo Salah Khaled Júnior, o seu caráter inquisitorial ou democrático:

De fato, a busca obsessiva – e patológica – pela verdade é uma característica marcante do sistema inquisitório, o que é facilmente observável através da compreensão dos mecanismos utilizados para sua produção. [...] No entanto, antes de ser um mecanismo supostamente apto a revelar a verdade correspondente, o processo inquisitório foi – e permanece sendo – um instrumento através do qual o poder se faz presente em busca dos seus próprios fins⁷⁸.

Essa enlouquecida preocupação com a busca da verdade é, sem dúvida, a principal marca do sistema inquisitorial.

E o que é a verdade?

Essa aflitiva indagação tem desafiado o espírito especulativo e indagatório do homem, desde as mais priscas eras da História. Diz-se que Pôncio Pilatos, governador da Judeia, ao interrogar o

76 KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. (p. 100).

77 MONTERO AROCA, Juan, 1993, apud KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. (p. 152).

78 KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. (p. 49).

Divino Mestre, perguntou-lhe: ‘*quid est veritas?*’. Sem interesse pela resposta, deu as costas a Jesus e se retirou. Jesus, como se estivesse em dificuldade para responder à pergunta de Pilatos, demorou alguns minutos, para finalmente sustentar: “Eu sou o caminho, a verdade e a vida, e ninguém irá ao Pai senão por mim”. Essa não era a resposta esperada por Pilatos, que morreu atormentado por tão difícil e torturante dúvida.⁷⁹

São Tomás de Aquino define a verdade como a conformação da coisa com a inteligência. Para ele, conhecer essa conformidade é conhecer a verdade ou, como diz a expressão latina: *adequatio rei et intellectus*.⁸⁰ De fato, a verdade real, objetiva, absoluta, é inatingível. Luigi Ferrajoli diz que jamais se formará uma afirmação inquestionável sobre verdade, dentro de um posicionamento jurídico, porque a verdade objetiva, absoluta, indiscutível, apresenta-se como uma expressão de um ideal inalcançável. Para o italiano, pensar diferentemente – que se pode, realmente, no âmbito do conhecimento humano, revelar uma verdade absoluta – não passa de uma ingenuidade epistemológica.⁸¹

O certo é que não há consenso entre os doutrinadores sobre o que seja a verdade no processo penal. O jurista e desembargador Geraldo Prado assevera que os modelos acusatório e inquisitorial, têm a verdade como a fonte em que se legitimam. Aconselha ele que, melhor do que se buscar a definição de verdade, na estrutura do sistema acusatório ou inquisitorial – até mesmo por não haver consenso – é que se estabeleçam os poderes de cada sujeito do processo penal, ou seja, dos responsáveis pela acusação, pela defesa do acusado e pelo seu julgamento. É que, em ambos os sistemas, procura-se fazer uso político da própria verdade: no sistema inquisitorial, aumenta-se o poder do julgador, a fim de se buscar uma pretensa e impossível verdade real, enquanto no sistema acusatório, esse poder pertence à defesa e à acusação, que trazem ao processo as informações e evidências necessárias para atingir a verdade processual, já que o juiz deve permanecer inerte e equidistante das partes e de seus interesses.⁸²

Com efeito, essa temática, além de complexa, é de capital importância para a legitimação do *jus puniendi*, na contemporaneidade dos estados democráticos e de direito. Em *Derecho y Razón*, Luigi Ferrajoli enfatiza,

79 PILATOS, Pôncio, apud ARAÚJO, José Osterno Campos de. Verdade real possível no Processo Penal. **DireitoNet**. 17/02/2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2459/Verdade-real-possivel-no-Processo-Penal>>. Acesso em 22/01/2022.

80 AQUINO, Tomás. **Suma Teológica: Teologia - Deus - Trindade**. Vol. I. São Paulo: Loyola, 2009. (p. 44-46).

81 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal**. Trad. espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998. (p. 35).

82 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (p. 108.).

como fundamento da legitimidade do exercício do poder punitivo, na sociedade democrática contemporânea, tal seja, a verdade postulada em um processo orientado em direção à verificação dos fatos penalmente relevantes, por métodos que operem à base do cognoscitivismo.

[...]

Essa verdade processual invocada como fonte de legitimidade diferenciará os modelos inquisitório e acusatório, conforme a visão de Ferrajoli, entre outros motivos, por não expressar o subjetivismo judicial que, toldado pela ilusão de uma ‘verdade real’, supostamente estaria a autorizar o juiz penal a partir em busca dos elementos que comprovarão no mundo dos fatos a argumentação de uma das partes!⁸³

E apesar das interessantes e bem pensadas discussões em torno dos sistemas processuais penais, resta evidenciado, assim, que o sistema inquisitivo, mesmo sendo alvo de procedentes e demolidoras críticas, continua vivo e presente na vida e história do Direito Penal e Processual Penal do Brasil, por apoiar-se em permanente artificialidade discursiva da verdade correspondente e na aptidão do julgador para procurá-la, perseguí-la e buscá-la.

2.2 – A ATUAÇÃO INQUISITORIAL DO MAGISTRADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Analisando-se, mais aprofundadamente, o arcabouço político e jurídico-normativo do sistema penal e processual penal brasileiros, enfatizando o já afirmado, é de se admitir que a intensividade discursiva, a intransigente reiteração argumentativa e a força da retórica impositiva, pregadas pelos adeptos da inquisitorialidade, por mais falaciosas e inconsistentes que pareçam, vão minando, paulatinamente, as resistências dos defensores do processo penal e do sistema de Justiça Criminal humanos e democráticos, fazendo com que as pregações sobre o inquisitorialismo e a atuação antidemocrática do magistrado terminem por se consolidarem. Com efeito, o inquisitorialismo permeia, pelas supracitadas razões, a formação política e ideológica dos agentes políticos da tripartite função estatal, desde o Império Romano, aos dias de hoje, salvo providenciais exceções. Através de tão ditatorial ideologia, permite-se, por exemplo, a condenação pelo magistrado, mesmo diante do pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público – expressa no artigo 385 do Código de Processo Penal⁸⁴ e, ainda: a concentração nas mãos do julgador, das três antagônicas funções de acusar, defender e julgar, bem como a iniciativa e a gestão probatória e, igualmente, a decretação, de ofício, de medidas cautelares diversas da prisão, tudo isso com o fim

83 FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal**. Trad. espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998. (p. 94).

84 BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 29/09/2022.

de perseguir alucinadamente a ilusória verdade real, marcada por uma característica classificada como “ambição de verdade”⁸⁵, temática já discutida no subcapítulo anterior.

Em verdade, a legitimação da atividade jurisdicional, em um Estado Democrático e de Direito, consoante sustenta Aury Lopes Jr., pressupõe a existência de um julgador equidistante dos interesses das partes em conflito, ou seja, de um magistrado com habilidade para agir com imparcialidade, virtude suprema dos que julgam. Por juiz imparcial, deve-se entender aquele que, para não conspurcar a sua suprema virtude, não tem iniciativa e nem gestão probatória, ou melhor, é o que não decreta, de ofício, medidas cautelares, como a prisão processual, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário ou telefônico, nem condena o réu, quando o seu acusador pleiteia a sua absolvição e mais: é o que atua como guardião do devido processo legal e dos princípios penais, processuais penais, constitucionais e convencionais, em que se escuda o sistema de Justiça Criminal brasileiro. Esse é o julgador que, inteiramente isento, age como espectador, respeita as regras do jogo democrático e o princípio da correlação – preceito que exige adequada correspondência entre a imputação e a condenação do réu. É, finalmente, o magistrado que, diferentemente do ativista ou ator, não assume posição alucinada em busca da inatingível verdade real ou correspondente e que não abre mão da prova jurisdicionalizada, que tenha passado, em regular processo, pelo crivo do contraditório, para condenar ou absolver o réu. Esse é o magistrado de que necessita e com que sonha o sistema penal humano e democrático, adepto do minimalismo e fervoroso defensor, como frisado, dos princípios e normas legais, constitucionais e convencionais existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Como é do conhecimento de todos, para que o julgador, no âmbito criminal, possa exercer a sua ingente e quase sacrossanta função jurisdicional, com o poder-dever de dizer o direito no caso concreto, cabe-lhe apreciar não somente a acusação, como, igualmente, a tese defensiva apresentada pelo réu, contidas no harmônico e jurídico conjunto probatório, em harmonia com o devido processo legal, ainda enfeixando nas mãos, como órgão imparcial, a ingente missão de garantidor dos direitos fundamentais do investigado, previstos no ordenamento jurídico nacional, como sustenta Aury Lopes Jr.⁸⁶

Dentre outros princípios, há o da garantia da jurisdição, que confere ao acusado o democrático direito de ser processado e julgado por um magistrado isento, imparcial, legalmente competente, investido, previamente, em sua difícil e árdua função jurisdicional.

85 KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. (p. 131).

86 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Como fiel garantidor do devido processo legal, tal como afirmado, reiteradamente, ele não pode fazer vistas grossas ao papel da acusação, pública ou privada e, por isso, uma de suas atribuições é a de sempre estar voltado para a limitação e o controle do poder de acusar, filtrando-o, a fim de prevenir imputações possivelmente exageradas, abusivas ou sem a necessária fundamentação.

É preciso que se reconheça, em suma, que a atividade jurisdicional, fundante do sistema processual penal, é, em verdade, um instrumento que serve à defesa dos interesses das partes conflitantes, que têm como objetivo fundamental o de conter o poder punitivo estatal, estabelecendo os devidos limites para a sua atuação.

Com isso, pretende-se dizer que o processo penal, enquanto sistema de distribuição de justiça, através de um magistrado imparcial, está estruturado a partir da posição assumida pelo julgador. Nesta estrutura dialética (*actum trium personarum*), a posição do julgador é crucial para o equilíbrio ou desequilíbrio de todo o sistema de administração da Justiça. Se a imparcialidade, como princípio supremo da atividade jurisdicional, pode conduzir os sujeitos processuais a decisões justas, humanas e democráticas, compreende-se, por via de consequência, que somente no processo penal acusatório, que mantém o juiz afastado da iniciativa e da gestão da prova, é que se criam as condições indispensáveis à existência de um juiz comprometido e verdadeiramente isento. O juiz imparcial só existe, na visão de Aury Lopes, na estrutura do sistema processual acusatório⁸⁷.

A legitimação da atividade jurisdicional pressupõe a existência de um julgador equidistante dos interesses das partes conflitantes, ou seja, com aptidão para atuar com imparcialidade, virtude suprema dos que julgam. Julgador imparcial é o que não exerce o papel de gestor da prova; é o que não condena diante do pedido de absolvição da acusação e nem reconhece agravantes quando estas não foram defendidas contra o réu; é o que se porta como espectador e não como ator; é o que não determina a realização de prova sem que, para isso, haja sido provocado; é o que respeita o princípio da correlação, ou melhor, é o que observa a correspondência entre a condenação e a imputação na persecução criminal.

2.3 – A INVERSÃO DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO ACUSADO

Desde o Direito Romano, convive-se com a presunção de inocência, duramente criticada pelos tribunais do Santo Ofício e pelo positivismo, que sustentavam a ideia de que, na dúvida, por

⁸⁷LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 58-59.

insuficiência de provas, admite-se a semiprova, a semiculpabilidade, a semicondenação. Como pontua Ricardo Jacobsen Gloeckner, os inquisidores transformaram a presunção de inocência em presunção de culpabilidade. Para eles, o sujeito que tem uma única testemunha contra si é torturado e, por isso, um simples boato e o depoimento de uma testemunha, formam uma semiprova, suficiente para uma condenação.⁸⁸

Com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, a presunção de inocência foi reconhecida e consagrada. O fascismo italiano e a ditadura Vargas, combateram-na duramente e chegaram a invertê-la, diante da fragilidade de tal preceito. Por obra dos positivistas e do tecnicismo jurídico, ela foi liquidada e defenestrada do processo penal, por ser tida como incompatível com o seu sistema de justiça criminal, segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner⁸⁹.

O Brasil, seguindo o exemplo da Itália, nem ao menos falou expressamente na presunção de inocência e no *in dubio pro reu*. O Ministro Francisco Campos, na sua exposição de motivos, menciona, em dois momentos, a expressão *in dubio pro reu*, dizendo: “é restringida a aplicação do indubio pro reu, compreendida como um excesso de pseudodireitos, admitida pela tradição brasileira e que precisava de uma remodelação do Estado Novo.” Em seguida, Francisco Campos, para explicar a atividade do juiz do novo Processo Penal, relativizando o princípio, diz ainda: “por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção, na atividade processual, é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas, também, para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para tomar dita providência, não está sujeito a preclusões. Enquanto não houver averiguado a matéria da acusação ou da defesa, e houver fonte de prova não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reu*.”

O tecnicismo jurídico brasileiro, seguindo as pegadas de Manzini, defendeu a presunção de inocência como algo inadequado e sem conteúdo jurídico. Aliás, Romeu Barros, citado por Jacobsen, afirma que a absolvição, nesta hipótese, não resulta de um preceito jurídico, senão de um preceito lógico metaprocessual, que há de colocar-se em jogo com o princípio de política criminal do *in dubio pro reu*. A posição de Barros vai ao encontro do tecnicismo fascista de Benito Mussolini, que via a presunção de inocência como um inadmissível anacronismo metafísico. No Brasil, Tourinho Filho, seguindo a linha de orientação de Manzini, explica que a presunção de

⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 104.

⁸⁹ Idem.

inocência não pode ser interpretada literalmente porque, caso isso aconteça, ninguém seria processado.

Para esses doutrinadores, a presunção de inocência não é regra jurídica semanticamente delimitada. É como pensa também Hélio Tornaghi, que tem a presunção de inocência como incompatível com o sistema processual penal. Segundo ele, “admitida a presunção de inocência, ficariam sem explicação e seriam até incoerentes as providências coercitivas, adotadas quer contra a pessoa do réu, quer contra as coisas a ele pertencentes⁹⁰. Assim, por força do Código de 1941, a presunção de inocência restou afastada, desterrada do sistema processual penal, como mostra Borges da Rosa, apoiado em Manzini, quando diz ser incompatível a presunção de inocência com o processo penal.⁹¹

O certo é que, para enfatizar, a presunção de inocência foi duramente combatida e expulsa da codificação processual penal, pelo tecnicismo jurídico brasileiro, a exemplo do que se verificou na Itália de Mussolini, mas consagrada pela Carta Cidadã de 1988, que, no seu artigo 5º, inciso LVII, a tem como princípio nuclear. Ela se impõe através da dialética estrutura do sistema acusatório, em que a função jurisdicional mantém-se alheia aos interesses das partes em conflito.

A mencionada expressão, na dicção de Nereu José Giacomolli, além do elevado teor político e jurídico que a informa, apoia-se em um modelo basilar ideológico do processo penal e, com forte e substancial interferência na limitação do direito de liberdade do cidadão. Para ele, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais que partiam de pressuposto contrário, ou melhor, da presunção de culpabilidade do acusado. Por isso, a adoção ou não do princípio da presunção de inocência enseja a opção constitucional por um modelo de processo penal e mais, o elevado índice de encarceramento provisório leva à constatação de que esse sistema acredita na prisão, na punição através da pena privativa de liberdade e na manutenção das bases arcaicas do sistema criminal. Quando a presunção de inocência é adotada, o que se mantém é a liberdade do acusado, sem restrições, com os meios jurídicos defendidos pela Constituição, principalmente através do habeas corpus. Por essa razão, a prisão só encontra justificativa após a decisão condenatória com trânsito em julgado.⁹²

Analisando a constituição Federal e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, Vegas Torres revela as três manifestações da presunção de inocência. Ei-las então. a) É um princípio

90 TORNAGHI, Helio. **A relação processual penal**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1987. p.56

91 ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código do Processo Penal**. Imprensa: Campinas, 2000. p . 39.

92 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. p. 127.

fundante, por meio do qual a estrutura do processo penal liberal, que institui as essenciais garantias do acusado, em face da atividade punitiva estatal; b) é um princípio diretamente relacionado com o tratamento a ser dispensado ao acusado, presumivelmente inocente, inclusive no que diz respeito à primeira fase da *persecutio criminis*; c) é uma regra referente ao fato e à sentença penal, ou seja, a sua incidência no âmbito da prova vincula à exigência de que a culpabilidade deve ser provada pela acusação e, por isso, impõe-se a absolvição do réu, se ela não resultar suficiente e claramente demonstrada.⁹³

Pelo que consta do texto constitucional e à luz do princípio da presunção de inocência, o réu tem o direito de ser tratado, antes que sua culpa seja definitivamente declarada, como presumivelmente inocente. Sendo inocente, não tem o dever de provar nada, porque essa obrigação é de responsabilidade do acusador. Por essa razão, se persistirem dúvidas, o juiz não tem alternativa, a não ser absolver o acusado ou réu. O positivismo, contrapondo-se à presunção de inocência no processo penal, defendeu a inquisitorial presunção de culpabilidade.

Sady Gusmão, com todas as letras, afirmava que a presunção no processo penal é de culpabilidade, e a presunção de inocência só poderia decorrer de uma sentença absolutória⁹⁴. É assim como pensa Hélio Tornaghi, que diz: “a expressão *in dubio pro reu* não acarreta a presunção de inocência, mas, apenas, a partir de sua absolvição, por ausência de prova para condenação”.⁹⁵

A verdade é que, pela Constituição Federal de 1988, a presunção de inocência é uma exigência do processo penal acusatório e democrático, que impõe ao acusador o dever de provar a culpabilidade do réu e, caso contrário, a absolvição é a única medida a ser adotada.⁹⁶

Com efeito, ao se analisar o que foi discutido no presente subtópico, reconhece-se que a mitigação do princípio da presunção de inocência consiste em mais uma evidente marca inquisitorial presente no processo penal brasileiro. Da mesma maneira, ao se comparar a forma como o Código autoritário de 1941 não admite essa garantia, com o que dispõe a Carta Política Cidadã, reforça-se aquilo que já se havia constatado ao final do segundo capítulo desta dissertação: o que existe, hoje em dia, apesar das inúmeras e benfazejas reformas, são verdadeiras fissuras no âmbito do sistema de Justiça criminal do Brasil.

93 VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de inocencia em el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993. p. 34

94 GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Código de processo penal: breves anotações**. Imprensa: Rio de Janeiro, Livr. Jacintho, 1942.

95 TORNAGHI, Helio. A relação processual penal. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1987. p.58.

96 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. (Acesso em 21/09/22.)

2.4 – O TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE AS PARTES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Ao se estudar, a fundo, o inquisitorialismo processual penal e suas características, observa-se que uma das mais notórias marcas de tão autoritário sistema é o que a doutrina concebe como desigualdade de armas e oportunidades. Esse ranço inquisitorial é o exato oposto do contraditório e da paridade de armas e, de acordo com Aury Lopes Júnior, verifica-se de forma patente nas mais diversas fases da persecução penal, seja no primeiro, seja no segundo grau de jurisdição.⁹⁷

Vários são os exemplos, ao longo das fases do processo penal, em que o tratamento desigual entre acusação e defesa pode ser percebido. Um deles, para Aury Lopes e Guilherme de Souza Nucci, está presente logo no início da ação penal, quando se permite que o Ministério Público ofereça a chamada denúncia – ou imputação – alternativa, requerendo que se condene o réu por determinado delito e, em caso de improcedência, pugnando pela sua condenação por outro. Nesse caso, ambos os doutrinadores entendem que a possibilidade de o Parquet apresentar duas versões ao magistrado, contra o mesmo réu, impossibilita que este se defenda de maneira ampla e plena.

Mas, se a denúncia genérica pode(ria) ser admitida em casos complexos e excepcionais, a denúncia alternativa deve ser plenamente vedada, pois ela inequivocamente impossibilita a plenitude da defesa. Não há como se defender sem saber claramente do que. Constituiria ela numa imputação alternativa, do estilo, requer-se a condenação pelo delito “x” ou, em não sendo provido, seja condenado então pelo delito “y” (só falta dizer: ou por qualquer outra coisa, o que importa é condenar...).

[...].

Ademais, não se pode esquecer que o MP dispõe da investigação preliminar (inquérito policial) para realizar todas as diligências e atos investigatórios necessários para sanar sua dúvida. É flagrante a desigualdade de armas em situações como esta, violando de morte o princípio do contraditório e, por consequência, da ampla defesa.⁹⁸

Assim, pelo que mostram diversos autores, resta claro que as partes, no processo penal brasileiro, não recebem igual tratamento, quer no primeiro, quer no segundo grau de jurisdição. Ainda há muito o que ser trabalhado a fim de que tal situação seja superada, e se possa, finalmente, atingir um grau de equidade que se aproxime do ideal democrático e humanista que se busca para o sistema de Justiça criminal brasileiro.

2.5 – O (ILUSÓRIO) SISTEMA PROCESSUAL PENAL MISTO

97 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (p. 1519).

98 Idem (p. 1157-1158).

Pelos dados trazidos pela historiografia, não há mais sistemas puros na estrutura da Justiça Criminal dos presentes dias. O que se sabe, todavia, é que o inquisitorialismo, com as suas conhecidas características, malgrado essa perceptível e forte afirmação, pelo menos a partir de determinado momento histórico, com certa primazia, vem se fazendo presente na história do homem e da sociedade a que ele pertence. Salah Khaled, sobre essa temática, textualmente mostra:

Adiantamos que a nossa interpretação parte da consideração de que historicamente a configuração inquisitória sempre foi e permanece sendo prevalecente – ao menos no âmbito do chamado direito continental – estando a questão centrada na intensidade do inquisitorialismo e não na sua existência propriamente dita.⁹⁹

A partir dessa perspectiva, deve ser ressaltado, que o problema da definição dos sistemas processuais penais não é simplesmente acadêmico mas, também, fruto da intensividade retórica e da reiteração argumentativa dos adeptos do sistema inquisitório.

O que se sabe é que, em nome da eficiência da justiça penal, o sistema inquisitivo persegue alucinadamente a verdade real ou correspondente e defende a iniciativa e a gestão da prova pelo julgador, ensejando inomináveis arbitrariedades, por transformá-lo em disfarçado inquisidor, totalmente alheio as garantias constitucionais do acusado ou réu.

Procurando uma saída palatável, menos agressiva aos direitos fundamentais do autor do fato infringente da norma, surgiu o ilusório sistema misto, adotado pelo Código Napoleônico de 1808, com duas fases distintas: a primeira, inquisitória e a segunda, acusatória. Só que segundo Cordero, citado por Salah Khaled, o sistema misto, trazido pela estrutura processual penal francesa de 1808, como monstro de duas cabeças, mantém a mesma lógica inquisitiva e recondiciona a atuação dos órgãos oficiais do processo, na enlouquecida e permanente procura da verdade fática, comprometendo psicologicamente o julgador.

A manutenção do magistrado, como mostra Khaled, com iniciativa e gestão probatória, é inafastável marca do inquisitorialismo processual penal da contemporaneidade, responsável pelo afastamento do julgador do seu lugar de terceiro imparcial, sempre distante dos interesses das partes, para não interferir nas esferas de atividades que não lhe pertencem e não ofender os princípios de separação das funções de investigar, acusar e julgar o acusado ou réu.

Segundo Salah Khaled, atribuir ao magistrado funções que não são de sua responsabilidade, afastando-o do lugar de terceiro imparcial, equidistante dos interesses das partes, acaba por torná-lo verdadeiro inquisidor e, conseqüentemente, arbitrário e parcial, permitindo a invasão das esferas de atribuição próprias da acusação e da defesa. Como juiz parcial, com iniciativa e gestão probatória,

99 KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. (p. 130).

jamais cumprirá a árdua missão de que está encarregado, por se distanciar dos princípios de separação das funções de investigar, de acusar e de julgar, preceitos básicos e essenciais do democrático sistema acusatório. O autor revela que a ambição de verdade é característica marcante do inquisitorialismo e, por via de consequência, de uma Justiça alheia à humanização e à democratização que todos devem perseguir, para que se possa ter julgamentos consentâneos com a exigência de uma Justiça humana, justa e imparcial.

Dando sequência às suas ponderações, acrescenta:

A questão é que todo discurso processual, fundado na busca da verdade, mostra-se retoricamente apto a fundamentar e legitimar a atuação inquisitória do magistrado. Por incrível que pareça, apesar da sua precariedade retórica e arbitrariedade política, essa prerrogativa ainda persiste e é defendida com convicção, que muitas vezes beira o fanatismo religioso, em plena sociedade atual. O sistema brasileiro, que permite essa iniciativa, é caracterizado por muitos como misto, justamente a partir de tais premissas, o que é uma grande ilusão, com reflexos desastrosos para o acusado.¹⁰⁰

Aury Lopes Jr. considera que o processo penal do Brasil é substancialmente inquisitório, pelo fato de, na prática jurídica, a gestão da prova ser conduzida pelo magistrado.¹⁰¹

O autor mostra, com clareza, que o processo penal brasileiro não é misto, pois o juiz possui um papel notadamente inquisitorial:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois isso equivale a “prisão decretada de ofício; ou mesmo decreta a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!), uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunha além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art. 385); condene, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição (art. 385), altere a classificação jurídica do fato (art. 383), etc.¹⁰²

Esses dispositivos são contrários aos princípios constitucionais do contraditório, da dialeticidade do processo e do exercício da ampla e plena defesa, por macularem a imparcialidade do julgador, que deve ficar equidistante das partes e da gestão probatória ou, como ensina o jurista italiano, Luigi Ferrajoli, explicando que ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto;

100 KHALED JR., Salah. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas S.A., 2013. (p. 131).

101 LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 65.

102 LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 203.

o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um *leguleyo*, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.¹⁰³

O autor destaca, de forma convincente, em primeiro lugar, a ideologia da busca da verdade material, no processo penal, além da atuação, *ex officio*, do juiz, produzindo provas, inquirindo testemunhas, decretando prisão cautelar, reconhecendo a culpa do réu, mesmo que o Ministério Público requeira a sua absolvição, dentre outras, como características próprias do modelo inquisitorial.

Já Nereu Giacomolli, em sintonia com as lições de Aury Lopes Jr., enfatiza que, de acordo com o sistema inquisitorial, prevalece a potestade punitiva sobre o *status libertatis* do acusado, e ainda nos traz mais as seguintes ponderações:

Isso se observa na previsão de realização do interrogatório do acusado, mesmo sem a presença de defensor, somente alterado em 2003, na ausência de obrigatoriedade da defesa prévia, somente modificado em 2008, na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão *ad quem* sem razões ou contrarrazões, situação ainda persistente no nosso CPP, na manifestação obrigatória da acusação, no segundo grau de jurisdição, sem a cientificação da defesa para o exercício do contraditório¹⁰⁴.

O supracitado processualista penal, aponta, em terceiro lugar, a emersão advinda “da presunção de culpa do sujeito, sem consideração sobre seu estado de inocência. Nessa perspectiva, o pensar e o agir refletem uma concepção de que o imputado já nasce culpado. Por isso, a prisão processual é a regra e, se for acusado, é porque alguma infração cometeu, devendo ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova.”¹⁰⁵

Ao fazer a sua quarta observação, mostra ele que, neste tipo de sistema, o julgador assume lugar de destaque, e se mantém como protagonista e condutor do processo instaurado contra o acusado ou réu. Assim, diz ele:

“[...]justificam-se seus poderes introdutórios, seu agir *ex officio*. Tudo podendo no interior do processo, não se faz mister regular os meios e a metodologia da busca da prova, cuja debilidade é olímpica. O regramento limitaria o poder de ação do magistrado. Verifica-se um “donismo” processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu, eu sou eu, eu e eu”, enfatiza o eminente mestre. “Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador, com as do Estado-Acusador e com as do Estado-Investigador”¹⁰⁶.

103 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Trad. espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998. (p. 50).

104 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016. p. 90.

105 Idem.

106 Idem.

Verifica-se, enfim, que ao se transformar o acusado, pelo processo, em seu objeto, exige-se que ele prove a sua inocência, submeta-se ao processo resignadamente e colabore com a acusação, com o julgador e com a sociedade a que pertence. Além dessas insuportáveis incongruências, “a absorção dessa ideologia ocorreu no ensino, na doutrina, na jurisprudência, na política criminal, contaminando as condutas dos sujeitos oficiais”.¹⁰⁷ Enquanto isso,

a política criminal prima pela concepção da substituição das políticas públicas pelo sistema criminal, na perspectiva de que o aumento das penas e o encarceramento evitarão a criminalidade. O reflexo de tudo isso, se encontra na paradoxal impunidade, em um país /com mais de 800 mil presos e, entre estes, um elevado percentual de sujeitos analfabetos ou semialfabetizados.¹⁰⁸

O certo é que a primordial preocupação que deve guiar a concepção do arcabouço normativo do Direito Penal e Processo Penal, segundo Geraldo Prado, citado por Nestor Távora, está em conter o poder punitivo, em atuar contra o arbítrio estatal e em conformidade com os princípios em que se assenta a Constituição de todo e qualquer país civilizado, amante do humanismo e da democracia e disposto a possibilitar a existência de um sistema de Justiça Criminal em que o réu seja sujeito da persecução penal e não mero objeto do processo a que responde.

O sistema inquisitivo, não há negar, constitui uma ferramenta incrementadora da abusividade do *jus puniendi* estatal, por centralizar a iniciativa e a gestão da prova nas mãos do juiz, mesmo sem postulação das partes, além de permitir o controle do arquivamento da primeira fase da persecução penal pelo magistrado, além de facultar ao julgador o oferecimento de definição jurídica diferente da defendida pelo Ministério Público, como também o ordenamento da produção de provas urgentes e relevantes, como previsto no Artigo 156 do Código de Processo Penal, afrontando, assim, o constitucional sistema acusatório.

É preciso que se pense, de acordo com a visão de inúmeros processualistas penais, em um sistema de Justiça menos seletivo, mais racional e mais humano, com a mitigação do populismo penal, a fim de difundir consensos mínimos civilizatórios sobre a justiça penal, a ser inspirada no humanismo e na democracia. Verdadeiramente, o populismo penal, defendido, equivocadamente, pelos diversos segmentos populacionais, reforça a compreensão, mesmo que irracional, sobre a necessidade de políticas públicas de endurecimento punitivista para a efetividade da Justiça, produzindo efeitos perversos sobre pobres, pretos e descamisados, alvos prediletos do seletivo sistema penal, como sua principal clientela.

107 Idem.

108 Idem, p. 91.

O IBCCrim, através do seu bem pensado editorial, é do entendimento de que, sem que se tenha um debate público qualificado sobre o senso comum e o populismo penal, em nível de legislação, de jurisdição e de execução penal, com o envolvimento da sociedade civil organizada, jamais se disporá de um sistema penal humano, efetivo e democrático, que respeite os direitos e as garantias fundamentais do investigado, acusado ou réu.¹⁰⁹

3 – ALGUNS ELEMENTOS PARA SUPERAR O AUTORITARISMO DO INQUISITORIAL SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL

O Código de Processo Penal brasileiro, como sabemos, nasceu autoritário e continua inquisitorial, já que se orienta pela lógica da busca da verdade material, como um dever, de ofício, do responsável pelo julgamento do acusado ou réu.

O citado diploma legal, apoiado no código de Benito Mussolini, de perfil inquisitorial, necessita de inadiáveis e urgentes alterações, desde o espaço cênico em que se realizam as audiências e as sessões criminais nos tribunais. Com esse espaço cênico e sem outras mudanças, dificilmente se terá uma justiça criminal humana, justa e democrática, como mostra Aury Lopes Jr, em artigo de sua lavra.

Além desses mecanismos em que se assenta o Estado democrático e de direito, podem-se destacar, ainda, as seguintes garantias constitucionais dos acusados, investigados ou réus, a da total publicidade do procedimento que, em regra deve ser oral; o do poder de impugnação das decisões judiciais; o do duplo grau de jurisdição e o sistema acusatório, garantias civilizatórias do processo penal contemporâneo.

Nesse sistema, as funções de investigar, de acusar e de julgar são exercidas pela acusação e pela defesa. A imparcialidade do órgão julgador, que atua como verdadeiro árbitro, como juiz-espectador, é da essência do sistema penal; o princípio da paridade de armas, conferindo às partes tratamento justo e igualitário e a sentença se alicerça na prova lícita, levada aos autos pelas partes conflitantes e no livre convencimento motivado do responsável pelo julgamento do acusado ou réu. Pela Constituição cidadã de Ulysses Guimarães e com fulcro no sistema acusatório, o julgador deve assumir uma postura fundante da estrutura processual penal, sem iniciativa e gestão probatória, para que se possa assegurar a sua verdadeira imparcialidade, que só será alcançada com o sistema processual acusatório, caracterizado pela separação, do princípio ao fim do procedimento penal,

109 Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Boletim**. Ano 30 – nº 351. São Paulo, 2022.

entre as partes e o julgador, que deve agir com total isenção, respeitando o contraditório, a paridade de armas e a ampla ou plena defesa, como preleciona Aury Lopes Júnior.¹¹⁰

Não é da essência desse sistema, próprio dos regimes democráticos, a existência de certas e determinadas medidas, incorporadas pela estrutura do processo penal, como a possibilidade de decretação, de ofício, da prisão preventiva, da busca e apreensão, da iniciativa e gestão probatória e da condenação do acusado, quando o órgão ministerial postula a sua absolvição. Na visão de Aury Lopes, não basta que exista, inicialmente, a separação de funções dentro do sistema processual penal se, posteriormente, é permitido ao julgador se imiscuir na colheita da prova, que é de inteira responsabilidade da acusação e da defesa. O doutrinador é do entendimento de que o magistrado que busca, por conta própria, os elementos de prova do processo a que preside, tem a sua imparcialidade conspurcada, comprometida e contaminada.¹¹¹

Com essas e outras ferramentas e mecanismos processuais exigidos pela Carta da República e que caracterizam o sistema acusatório, o processo penal deixou de ser um meio de aplicação, pura e simples, da lei penal, para atuar como veículo de defesa do indivíduo contra o autoritarismo estatal, limitando a atuação do Ministério Público ou do particular e, com isso, impedindo acusações infundadas, abusivas ou excessivas. No sistema acusatório, como já dito, defendido pelo Estado constitucional, a jurisdição penal não é mais somente o poder-dever de dizer o direito no caso concreto, como acontece no processo civil, mas função de controle da pretensão acusatória e de garantia dos direitos fundamentais do cidadão, conforme ensina Aury Lopes Júnior que, textualmente, mostra: “é um papel de limitador e de controlador da legalidade da acusação, em que a posição do juiz é fundante do sistema processual”, caracterizado pela sua imprescindível imparcialidade, sem a qual não haverá o necessário equilíbrio de todo o sistema de Justiça penal.

Dando sequência aos seus argumentos, o aludido doutrinador diz, ainda, que não há imparcialidade fora do sistema acusatório, o único a estabelecer as indispensáveis diretrizes para a sua implementação, por manter o responsável pelo julgamento do réu equidistante das partes e de suas atividades probatórias. É com a adoção desse sistema que se reforça a estrutura dialética do processo penal, possibilitando a existência de um juiz imparcial e a realização de contraditório pleno, em que se assenta a democratização do sistema de Justiça criminal,

No processo penal contemporâneo, dos países que possuem sólida base democrática, a Justiça Criminal, por força das normas constitucionais e convencionais, deve atuar sempre apoiada no sistema acusatório, caracterizado, como já afirmado:

110 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (p. 59)

111 .Idem.

a) pela necessária separação entre as funções de investigar, de acusar e de julgar, não só no início da ação, mas durante todo o procedimento criminal;

b) pela inafastável obrigatoriedade imposta ao magistrado de assumir uma postura de terceiro imparcial, que deve se contentar com as provas trazidas pelas partes, as únicas a terem iniciativa e gestão probatória, princípio fundante do sistema acusatório;

c) pelo dever que tem o julgador de preservar o princípio da paridade de armas, exigido pela Carta da República, oferecendo à acusação e à defesa, tratamento respeitoso e igualitário, além de outras exigências.

De fato, sem a obrigatória separação entre o atuar das partes conflitantes e o do responsável pelo julgamento do processo, do início ao fim do procedimento criminal, jamais se terá uma Justiça Criminal isenta, justa e democrática. Separar, inicialmente, o agir investigativo das funções de acusar e julgar e, depois, admitir ao julgador a possibilidade de iniciativa e gestão probatória, o seu atuar de ofício, decretando prisão, busca e apreensão, produção de provas e outras medidas, em qualquer fase do procedimento criminal, contraria o princípio em que se fundamentam a jurisdição e a dialeticidade procedimental, comprometendo a imparcialidade, virtude superlativa dos que julgam e que devem se manter inertes, até o momento da prolação da sentença, com a condenação ou absolvição do réu.

Para que se tenha um processo penal humano e democrático e se possa chegar à pena justa, ou seja, à pena necessária, com base no princípio da necessidade, que estabelece a diferença entre o processo penal e o processo civil e mostra a equivocada admissão da teoria geral do processo, através desse mecanismo, é preciso que se possua um julgador imparcial, titular do poder de penar, com poderes juridicamente limitados, que respeite as regras do jogo, exigidas pelo devido processo penal, e que se contente com os elementos probatórios, mesmo que incompletos, produzidos pelo Ministério Público – órgão que exerce a pretensão processual acusatória e que atua, em igualdade de condições, com base no princípio da ampla ou plena defesa e sem ônus probatório, porque o acusado é presumivelmente inocente e, por isso, não tem a obrigação de fazer prova em seu favor. Essa é a posição assumida por processualistas como Aury Lopes Jr., Nereu Giacomolli e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, todos já reiteradamente citados na presente dissertação, com cujas ponderações não se pode deixar de concordar.

3.1 – A NECESSÁRIA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

O autoritarismo está entranhado na formação política e ideológica do povo brasileiro. A sua história sempre foi contada pelos vencedores. Com efeito, de acordo com ensinamentos históricos, por vezes distorcidos, o brasileiro é um povo ordeiro e pacífico, que vive em um país avesso à discriminação, à violência simbólica, de gênero e racial, e em clima de harmonia e pacificação, segundo assevera Salah Khaled.¹¹²

Walter Benjamin, citado por Salah Khaled Jr., na introdução da sua obra, *Ordem e Progresso*, diz que a História é um embate entre oprimidos e opressores, em que o inimigo sempre vence e, por isso, ela é vista sempre como vitória dos poderosos, sobre os que se insurgem contra suas ideias e ações. Para ele, é preciso que a visão que glorifica e celebra a vitória dos que sempre vencem seja erradicada, recontada, contestada, diante dos documentos de barbárie, passados de vencedores a vencedores. Por fim, Benjamin opõe duas visões de história radicalmente distintas e incompatíveis: a da história como progresso linear, contínuo e triunfal da civilização, da democracia e da razão, e a da história como expressão de barbárie e violência, de imposição de sofrimento aos vencidos pelos vencedores. A barbárie, para ele, não foi vencida pela modernidade, já que não pode ser excluída do progresso científico, industrial e técnico, porque às vezes, o progresso em si é uma expressão da truculência, da destruição, da violência e da própria barbárie.¹¹³

É com essas informações distorcidas da história que se estrutura a formação política, ideológica, econômica, jurídica, social e filosófica dos detentores do poder e dos agentes públicos, inclusive, dos que integram o Ministério Público e o Judiciário brasileiros.

Segundo Salah Khaled, o que os europeus trouxeram para o Novo Mundo, não foi civilização, mas barbárie, violência, brutalidade e destruição, como a dizimação dos seus primitivos habitantes e de suas culturas. Na sua visão, além da barbárie, inventaram não só o Brasil, como a sua identidade, ou seja, essa “violência” verbal e argumentativa, como a violência concreta, que exterminou milhões de seres humanos, tanto no Brasil Colônia, quanto no Brasil independente. Por isso, é preciso que se desmanche a artilosidade desse discurso perverso e inventado, para que se possa dar início à humanização e à democratização do Brasil, com energia e força capazes de criarem a ordem jurídica para reger a vida do cidadão e da sociedade em que ele vive.¹¹⁴

Como concretizar a ideia de uma Justiça humana, justa e democrática? O atingimento de tal objetivo passará, inevitavelmente, pelas diretrizes constitucionais e convencionais de um Estado

112 KHALED JÚNIOR, Salah. **Ordem e Progresso**: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 1.

113 Idem.

114 Idem (p. 1-3).

democrático e de direito, inspirado no minimalismo penal e processual penal, que respeite as regras do jogo, a paridade de armas, o sistema acusatório, em que o julgador, do início ao fim da instrução criminal, permanece imparcial, para manter a sua isenção. Segundo Aury Lopes, no sistema acusatório, algumas exigências deverão ser observadas: a) as funções de acusar e julgar são claramente distintas e incompatíveis; b) a iniciativa e a gestão da prova não podem pertencer ao julgador; c) atua como um terceiro imparcial, sem interferir na colheita da prova, de exclusiva iniciativa da acusação e da defesa; d) para não conspurcar a sua isenção, o julgador deve dispensar tratamento igualitário às partes; e) a atividade procedimental é predominantemente oral e realizada com plena publicidade; f) a sentença embasa-se no livre convencimento motivado do órgão jurisdicional e a segurança jurídica é atingida pela coisa julgada; g) a impugnação das decisões passa pelo duplo grau de jurisdição. É de frisar-se, ainda, que o julgador, como fundante da estrutura processual penal e de acordo com Aury Lopes, não pode ter iniciativa probatória para, dialeticamente, preservar a sua isenção.¹¹⁵

Tudo isso, para Aury Lopes, tem que ser observado com a visão contemporânea da complexidade e não com o olhar da Idade Média, a fim de que a instrução processual penal possa garantir a imparcialidade do processo penal, mais as regras previstas na Constituição, como a imparcialidade, o tratamento digno e respeitoso do acusado, como sujeito de direitos, além da paz psicológica dos que julgam. Com essas providências, tudo fica mais fácil para a obtenção de um sistema de Justiça criminal fundado no humanismo e na democracia.

Apesar da importância e significação dessas diretrizes, parece-me serem elas insuficientes, sem a adoção do Direito Penal mínimo, em nível de jurisdição, de legislação e de execução penal, como também, no garantismo clássico e hiperbólico de filósofos e processualistas penais respeitados e vanguardistas, como Luigi Ferrajoli.

Nereu José Giacomolli, abonando tais considerações, mostra que as práticas inquisitoriais brasileiras, enclausuradas no âmbito da legislação ordinária, não assimilaram, ainda, as contemporâneas metodologias exigidas pela complexidade do processo penal, em razão da sufocante e inadequada inflação legislativa e da falta de referencial constitucional e convencional humanitários. Sabe-se que, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, a convencionalidade e a constitucionalidade do atuar da Justiça criminal passaram a ser pilar de sustentação do processo humanitário. Por esse motivo, segundo Nereu Giacomolli, não se pode deixar de falar em um processo constitucional, convencional e humanitário, também chamado de

115 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (p. 132).

devido processo. Esse devido processo tem como núcleo material, para o citado autor, o mínimo existencial da dignidade humana, pilar do Estado Democrático de Direito, em que o acusado tem que ser visto como sujeito de direitos, nunca instrumentalizado¹¹⁶.

Na contemporaneidade, para Nereu Giacomolli, é preciso que se superem verdades e certezas absolutas, por refletirem no sistema processual penal, verdadeiro termômetro garantidor das normas constitucionais. Acrescenta ele, ao seu raciocínio que “estão superados, contemporaneamente, o paradigma da simbiose da potestade legal e jurisdicional, que tem o julgador como representante da ordem legal ordinária, do repetidor de ciência, do jurista compilador de doutrina e jurisprudência e do registrador de dispositivos de lei”. Com essa visão, mostra Nereu Giacomolli, que tal concepção, segundo a qual o magistrado é um sujeito, com os mais absolutos poderes, representante do ordenamento legal, garantidor da ordem pública, sem fundamentar as suas decisões e atuando em nome do Estado-acusação, desenha-se a figura do juiz autoritário e inquisitorial, que decreta prisão de ofício, que busca prova para condenar o acusado, que autoriza o aditamento da peça exordial, a fim de condenar por fato mais grave o acusado. Aliás, segundo o citado autor, como já afirmado, o próprio cenário ritualístico, em que a acusação é colocada em posição de destaque, sentando-se à direita do órgão julgador, nas audiências criminais e nas sessões de julgamento dos tribunais, sem que o réu e a sua defesa tenham espaço para sentarem-se, já revela a linha inquisitorial, primitivista e parcial da Justiça criminal do Brasil, simbolizando, ainda, o desprestígio da defesa penal.¹¹⁷

O perfil autoritário, inquisitivo e parcial da Justiça criminal brasileira, em verdade, salta aos olhos de todos, não só pela sua atuação diária, como pelas diversas condenações que já lhe foram impostas pelos tribunais internacionais. Apesar dessa constatação, o Brasil continua, salvo exceções, como adepto do autoritarismo, do inquisitorialismo e da parcialidade, no âmbito de sua Justiça criminal.

Influenciado pelo autoritarismo, o Código de Processo Penal de 1941 traz em sua estrutura ideológica e política, as marcas inquisitoriais do sistema de Justiça criminal, que aqui se adota, influenciando na normatividade ordinária, na jurisprudência, no ensino jurídico e nas atividades dos sujeitos processuais, como mostra Nereu Giacomolli. Para se compreender, diz ele, o arcabouço político-normativo desse Código, ainda em vigor, e as suas permanentes motivações inquisitoriais, deve-se analisar o ambiente político e ideológico em que ele foi concebido e adotado no Brasil, como já se afirmou ao longo do segundo capítulo da presente dissertação.

116 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016. p. 13.

117 Idem, p. 15.

O inquisitorialismo, quer se queira ou não, infelizmente, é a marca registrada do sistema de Justiça criminal que se adota em *Terrae Brasilis*. A primeira marca inquisitorial está contida na ideologia da busca da verdade substancial, que permite, por isso mesmo, a atuação de ofício do julgador, requisitando o inquérito policial, a determinação de provas, a inquirição de testemunhas, a decretação de prisão preventiva, a condenação do réu apesar do pedido de absolvição do órgão acusador e a qualificação jurídica diversa da apresentada na peça acusatória, de acordo com o que mostra Nereu Giacomolli. O aludido doutrinador ainda aponta, como marca inquisitorial, a predominância da potestade punitiva sobre o *status libertatis* do réu, a emersão da presunção de culpa do acusado, sem atentar para o seu estado de inocência, a elevação do julgador ao cume da estrutura da Justiça criminal, como protagonista, como condutor do sistema e, por último, a transformação do acusado, sujeito de direitos, em objeto do processo, com a possibilidade de produzir prova contra si, de provar sua inocência e de colaborar com o juiz e com o próprio Estado-acusação.¹¹⁸

Para Machado Paupério, existem três momentos históricos do poder. O primeiro deles é o do poder anônimo, o segundo é o do poder personalizado, exercido pelo mais impávido guerreiro ou pelo chefe militar vitorioso, e o terceiro é o do poder institucionalizado, garantido pela nação politicamente organizada, como ensina Queiroz Lima¹¹⁹.

O certo é que Direito e Poder se intercomunicam ou, metaforicamente, andam de mãos dadas, representando-se reciprocamente, como energia a serviço da ideia de Justiça e força capazes de criarem a ordem jurídica, a fim de reger a vida do cidadão e da sociedade em que ele vive.

Referindo-se a Montesquieu, José Alfredo de Oliveira Baracho mostra que o poder é uma experiência permanente do homem e todos que dele fazem uso tendem à abusividade. Por isso mesmo, avulta em importância a necessidade de ser o uso do poder abrandado, suavizado, contido pelas condições existenciais da sociedade, que ao Estado cabe assegurar. E mais: um Estado Democrático de Direito deve apoiar-se no ordenamento jurídico vigente para que, no exercício do poder, justa e responsabilmente, possa garantir os direitos fundamentais dos seus concidadãos.¹²⁰

Ainda para Oliveira Baracho, no âmbito do processo penal, a categoria ‘poder’ se apresenta de forma mais insofismável, porque é na atividade persecutória penal que ela se projeta e ganha

118Idem, p.90.

119 PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Direito e Poder**. São Paulo: Forense, 1981. p. 15.

120BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Legitimidade do Poder. In: BRASIL. Senado Federal. **Revista de informação legislativa** : v. 22, n. 86 (abr./jun. 1985). p. 13. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181611/000416863.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 07/07/2022.

dimensão, com o *jus puniendi* estatal – também chamado de ‘direito de penar’ – contra valiosos bens do sujeito passivo, a exemplo da liberdade, do patrimônio e até da sua própria vida. ¹²¹

A história revela a todos nós, que o homem já foi controlado por todos os tipos de poderes, inimagináveis. E o certo é que têm subido e têm descido os que ousam dizer “L’État c’est moi”, os que governam em nome de Deus, ancorados na legitimidade democrática; e os que bradam, como paladinos de uma democracia frouxa, ilusória, e não fundada em princípios humanísticos e democráticos: 'meu governo é do povo, pelo povo e para o povo'.

Em qualquer desses governos, têm se constituído maiorias e minorias, que interagem em um processo de seleção natural da história: anuentes ou sediciosos, edulcorantes ou acidulantes, agitadores ou pacificadores.

3.1.1 – A democratização do espaço cênico do Processo Penal

A fim de que se possa proceder às alterações de que necessita o processo penal brasileiro, como já mencionado, é preciso que se realizem mudanças significativas, a partir da preocupação com a ritualística do espaço cênico de imparcialidade, em que são realizadas as audiências e as sessões criminais nos tribunais, marcadas pelo primitivismo e pelo ritual inquisitório do sistema penal, como reconhece Aury Lopes Júnior.¹²²

É com essa visão que Aury Lopes Júnior questiona o ritual judiciário brasileiro, por externar algo de primitivo e inquisitorial, contido no sistema de Justiça criminal do Brasil, concebido pelo autoritarismo e pela estética da parcialidade. Para ele, quando o acusador, diferentemente do réu e do seu defensor, senta-se à direita do órgão jurisdicional, revelando parcialidade, esse espaço cênico reflete a inquisitorialidade do sistema penal. Para a efetivação de tal mudança, urge que o desenho da ritualística judiciária, como já acontece em outros países latino-americanos – tal qual afirmado no capítulo 1 da presente Dissertação – a fim de que se possa implementar alterações fundamentais à cultura e aos comportamentos dos agentes públicos, responsáveis pela instrução dos processos, pela realização das audiências e das sessões em que os réus são julgados. É com a inafastável atuação de juristas e doutrinadores, que mostrem a importância da luta pela eliminação de tão

121 Idem. p. 16.

122 LOPES JÚNIOR, Aury. Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório. **Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio#:~:text=N%C3%A3o%20percebemos%20o%20quanto%20nosso%20processo%20penal%20%C3%A9%20primitivo%20e%20inquisit%C3%B3rio&text=Por%20Aury%20Lopes%20Jr.,brasileiro%2C%20especialmente%20na%20esfera%20penal.>>. Acesso em 08/10/2022.

primitivo ritual cênico, que serão obtidas as mudanças comportamentais e culturais do Judiciário e fulminados o primitivismo e a retrógrada e tendenciosa preocupação do Processo Penal com a sua inquisitorial e antidemocrática Justiça penal. Consoante ensina Aury Lopes Júnior, nenhum país do mundo, que se inspire na democracia e que tenha uma Justiça criminal minimamente civilizada, aceita tão antidemocrático cenário. Por isso, sem a extirpação do quisto de excessos no ritual judiciário, mudando, radical e urgentemente, o espaço cênico das audiências e sessões criminais, não se salvará a Justiça criminal do primitivismo e do inquisitorialismo penal.¹²³

Não há clareza maior no trato deste questionamento, do que o modo pelo qual Aury Lopes Júnior no-lo apresenta: “pela imersão no problema, não somos capazes, muitas vezes, de fazer o esforço do afastamento, do estranhamento, em relação ao ritual judiciário brasileiro, especialmente na esfera penal. Não percebemos o quanto o processo penal do Brasil é primitivo e inquisitório. O que falta é uma preocupação com a estética de imparcialidade, uma aparência de estranhamento e afastamento de quem julga em relação a quem acusa (problemática já consagrada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em vários julgados)”¹²⁴. Em verdade, nunca o mundo esteve sob o pálio de operadores jurídicos empenhados em eliminar o aviltamento do cidadão comum, frente às medievaescas barras da Justiça, como chamavam os antigos.

A figura do réu nunca perdeu aquela maldição que o reduz à escala minimalista, que possa purgar os pecados sociais, como o bode expiatório do cordeiro imaculado dos livros sagrados. Afinal, o que difere a realidade que ora se vive, daquela testemunhada pelos ancestrais mais primitivos, ou mesmo da antiguidade recente do Brasil colonial?

Gabriela Thisen, em sua dissertação de mestrado ‘O Processo Penal e a Cerimônia Degradante’, revela, a mais não poder, que a principal característica dos rituais judiciários é a separação do indivíduo dos demais cidadãos do grupo. Essa separação é por demais visível e se encontra presente a todo instante, com permissões e proibições que lhe dizem respeito¹²⁵

Aliás, o Supremo Tribunal Federal debateu, em recentíssimo julgamento, tão importante tema. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4768, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questionava-se a constitucionalidade de normas que garantem a membros

123 Idem.

124 Idem.

125 THISEN, Gabriela Fernandes. **O Processo Penal e a Cerimônia Degradante**. Orientador: Aury Lopes Júnior. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4840/1/385960.pdf>>. Acesso em 31/08/22. p. 51.

do Ministério Público a faculdade de se sentarem à direita dos magistrados em sessões de julgamento e em salas de audiência.

A relatora da ação de controle concentrado de constitucionalidade, ministra Carmem Lúcia, manifestou-se pela improcedência dos pedidos, entendendo que a proximidade física entre o acusador e o magistrado não influencia e nem mesmo compromete a imparcialidade do responsável pelo julgamento do acusado ou réu, voto, este, que fora acompanhado pela maioria dos ministros da Suprema Corte¹²⁶.

Como se vê, o ranço inquisitorial, impulsionado pela formação autoritária dos membros do Poder Judiciário, encontra-se presente em todas as suas instâncias. Infelizmente, no Brasil, ainda há muito o que se evoluir no que diz respeito à democratização e à humanização do processo penal, objetivo que passa, necessariamente, pela reestruturação de um espaço cênico inundado de simbolismos que remetem à inquisitorialidade e ao autoritarismo.

3.2 – A HUMANIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O modelo bélico de investigação é aquele em que o profissional da segurança pública entende, com base na ideologia do poder punitivo, que o seu trabalho é produzir, utilizando uma lógica semelhante à do sistema capitalista. A produção, neste caso, é a de mais crimes, mais criminosos.

Com isso, o senso comum começa a pregar a necessidade de matar para acabar com a criminalidade. ‘Bandido bom é bandido morto’.

Como discutido no segundo capítulo do presente trabalho, ainda há acentuada dissensão entre os teóricos e processualistas penais, sobre a verdade no sistema processual penal. Por meio dessa discussão, busca-se evitar possíveis injustiças aos investigados, acusados ou réus, diante da inevitável falibilidade do ser humano, notadamente, do condutor da atividade jurisdicional. Para tanto, é preciso que o magistrado, para tomar como verdadeira, determinada situação fática, procure fazê-lo com base na teoria racional da prova, aliada a outros elementos de que possa dispor, para decidir, fundamentadamente, reconhecendo ou não a procedência da persecução penal a que

126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4768**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Julgamento: 23/11/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4233888>>. Acesso em 01/12/2022.

preside. É, exatamente, neste ponto, em que ganha espaço a teoria dos *standards probatórios*, que são conceituados como verdadeiros modelos de constatação, que possam

[...] nortear o raciocínio do julgador na apreciação dos enunciados fáticos. Em outros termos, a padronização de critérios objetivos a serem enfrentadas pelo magistrado para que se tenha determinada hipótese/e como evidenciada é o que pretende a ciência racional da prova. Ou seja, atingido o grau de *standard* necessário - que deve ter apoio em uma decisão de política criminal e numa teoria racional, e não na crença exclusiva do julgador - dá-se por provada a hipótese.¹²⁷

Para Nielson Noberto de Azerêdo, não se pode fugir da inafastável exigência “de perquirir o ideal contemporâneo de verdade, buscado na atual quadra do processo penal acusatório.”¹²⁸ Realmente, o que o sistema acusatório pode alcançar, no tocante à verdade pretendida pela acusação e pela defesa, é apenas um juízo de verossimilhança. De fato, as compreensíveis falibilidades humanas, jamais permitirão ao julgador imparcial, senão que se aproxime da verdade perseguida, até por estar sempre apoiado em meras probabilidades.

Nieva Fenoll assevera que todo processo gira em torno de uma dúvida. E os autores Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa, completando tão interessante observação, esclarecem:

Critérios para aferir a suficiência probatória, o “quanto” de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão. O *standard* é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado.¹²⁹

Nesse importante e, hoje, bastante conhecido *standard probatório*, concebido pela legislação dos Estados Unidos e importado pela Itália e pelo Chile, o juiz está autorizado a prolatar sentença condenatória se contra o acusado ou réu, houver suporte probatório, para além da dúvida razoável.

Na visão de Noberto Azerêdo, apesar das críticas endereçadas ao *standard probatório*, para além da dúvida razoável, “a superação do atual subjetivismo decorrente do modelo de ‘livre’ apreciação da prova, pela implementação de parâmetros racionais e controláveis do juízo fático, é passo fundamental para a construção de um processo penal democrático e legítimo.” É passo fundamental, diz ele, mas,

[...] ainda assim, a mera importação de standards, ainda que consagrados internacionalmente, a exemplo da prova “para além da dúvida razoável”, por sua falta de precisão conceitual, não tem sido capaz de superar os problemas decorrentes da íntima e subjetiva convicção do julgador. Sem reforma legislativa nem construção de uma teoria

127 AZEREDO, Nielson Noberto de. Standards probatórios e o controle intersubjetivo da decisão judicial. **Migalhas**. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/339439/standards-probatorios-e-o-controle-intersubjetivo-da-decisao-judicial>>. Acesso em 22/10/2022.

128 Idem.

129 LOPES JR, Aury, ROSA, Alexandre Moraes da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>>. Acesso em 21/09/2022.

racional adequada, a expressão - por si só, por não ser autoexplicativa -, sofre o risco de se transformar em mero discurso retórico para legitimar a decisão prolatada no case criminal.¹³⁰

O padrão de prova para além da dúvida razoável, defendido pelo direito anglo-saxão, foi importado pelos mais diferentes ordenamentos jurídicos estrangeiros, tais quais, como já mencionado, o da Itália e o do Chile. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já o utilizou em alguns procedimentos criminais e até a Suprema Corte brasileira o adotou em casos com o do Mensalão e em julgamento de habeas corpus, de que foi relator o ministro Celso de Mello. Dentre outros, poder-se-ia citar julgado do STF, referente ao HC 170117/SP, de que foi relator o ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 09/05/2020 e, além dele, seria possível citar a Ação Penal 676, relatada pela ministra Rosa Weber e julgada em 17/10/2017 e, ainda, as Ações Penais 521 e 580, respectivamente, julgadas em 06/02/2015 e 26/06/2017. Aliás, nesse último julgamento, a ministra Rosa Weber registrou que a prova além da dúvida razoável tinha maior probabilidade de acerto, de acordo com os modelos probatórios em que nos apoiamos.¹³¹

Ocorre, todavia, que, apesar da aceitação de alguns eminentes julgadores, há quem levante questionamentos, no concernente ao Tribunal Popular do Júri, de sua implementação, sob o argumento, descrito por Alessandro Rodrigo Argenta, membro do Ministério Público de Santa Catarina, de que, em tal mecanismo de julgamento, é extremamente difícil encontrar uma definição do que constitua uma dúvida razoável, especialmente porque se está a lidar com jurados sem, necessariamente, formação jurídica, humana e democrática.¹³²

A questão necessita um maior aprofundamento teórico e uma correta avaliação acerca das implicações da adoção da dúvida razoável como standard probatório. Adotar esse mecanismo de argumentação, com a inclusão de um importante predicativo ao elemento "dúvida", sem maiores reflexões, acaba por gerar certo contraste, notadamente quando se tenta convergir certeza e dúvida razoável em um mesmo contexto.¹³³

3.2.1 – O interrogatório por videoconferência analisado sob o espectro do processo penal humano e democrático

Já quase concluindo o terceiro capítulo do presente trabalho monográfico, afigura-se como imprescindível e pertinente tecer rápidas considerações sobre a humanização e a democratização da

130 AZEREDO, Nielson Noberto de. Standards probatórios e o controle intersubjetivo da decisão judicial. **Migalhas**. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/339439/standards-probatorios-e-o-controle-intersubjetivo-da-decisao-judicial>>. Acesso em 22/10/2022.

131 ARGENTA, Alessandro Rodrigo. Tribunal do Júri: A Dúvida Contida pela Razoabilidade. In: BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **A promoção da justiça no Tribunal do Júri**. Brasília: CNMP, 2021. (p. 21).

132 Idem. (p. 26).

133 Idem. (p. 21).

Justiça penal, no que concerne ao interrogatório por videoconferência, instrumento investigativo que tem se tornado comum na contemporaneidade e que, no contexto de pandemia em que se vive, teve intensificada a sua utilização pelo sistema de Justiça criminal brasileiro.

Todo e qualquer Estado de Direito deve ter, como pressuposto de sua existência, a obediência à lei. No Estado que, além de Direito, seja Democrático (garantidor de direitos fundamentais), a Constituição deve ser observada por todos os poderes e por todos os sujeitos a que ela se destina. Por isso, o interrogatório judicial, realizado por videoconferência, no processo penal, é tema que merece um olhar acurado sob a lente de um processo constitucionalizado. Se houver quem defenda que a questão é já ultrapassada, dir-se-ia que, ao se tratar de norma inválida perante a Constituição, o ponto é intransponível e o tempo é incapaz de validá-la. Ao revés, o tempo traz prejuízos imponderáveis, tendo-se a liberdade do ser humano como pressuposto de sua dignidade. Às considerações, porquanto, o direito posto não se equivale ao imposto: o direito é válido na exata medida em que é consensualizado e acatado pelos sujeitos de direito a quem ele se dirige. Somente assim poder-se-á falar de efetividade dos direitos fundamentais.

A proteção concreta dos direitos fundamentais é o maior motivo para que a Constituição brasileira seja entendida sob o prisma pós-positivista, salientando-se a força normativa da Carta e a vontade de Constituição, superior à vontade de poder. Daqui, fluem duas ideias: i) no conflito entre a norma constitucional e o fato, deve prevalecer a norma, por conta de sua força normativa; ii) a constituição surge como sistema aberto, em constante diálogo com a sociedade (superando-se, sem implicar substituição, o conceito puramente jurídico e hermético de Kelsen). Uma injustiça perpetrada por qualquer das funções estatais, não deve prevalecer, em menosprezo à norma constitucional. Deve-se imprimir a força da norma ao fato, para que esse, sim, amolde-se aos valores normativos constitucionais. Assim, dá-se uma Constituição aberta, material, porque constantemente legitimada pelos sujeitos de direito, seus reais destinatários. Pode-se citar como instrumentos desse diálogo legitimador entre Constituição e sociedade, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de lei, o *amicus curiae*, dentre outros. E, no caso de um país de dimensões continentais e de democracia incipiente, como o Brasil, surgem dois importantes atores na construção constitucional democrática: a hermenêutica constitucional e o controle de constitucionalidade.

Por óbvias e consistentes razões, os direitos e garantias fundamentais normatizados na Constituição, não podem mais ser vistos como meros conselhos ou expectativas. No neoconstitucionalismo ou pós-positivismo (aqui entendidos como sinônimos), as normas

constitucionais possuem juridicidade (são cogentes) e superioridade (material e formal), em relação às demais normas do ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade, decorrência lógica dessa superioridade constitucional, acaba por ser alçado a caro instrumento de efetividade dos direitos fundamentais. Ao Legislativo, no uso do Poder constituído, não é dado usurpar nem contrariar o Poder Constituinte. O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, assim, torna-se garantia de efetividade da vontade de Constituição. E a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe democraticidade para o processo. Veja-se o novo conceito de processo.

Foi a Constituição Italiana que abarcou a ideia de um *giusto* processo, acoplando democraticidade ao processo. A garantia do devido processo legal na Constituição Federal de 1988, ainda que não tenha expressado o sentido do “justo”, não pode ser vista simplesmente como limitação a um procedimento legalizado, o que seria mero respeito formal às regras processuais. O princípio-valor da liberdade impõe uma hermenêutica bem mais complexa e efetiva do que vem a ser o devido processo legal. Os direitos fundamentais que perpassam o processo penal garantem um processo justo, justamente porque imparcial. O devido processo legal, destarte, pode ser chamado também de processo justo. O justo esclarece a ideia de paridade entre as partes do processo, de igualdade mais que formal. Impõe-se, portanto, a igualdade material. A decisão judicial, em que a justiça deverá estampar-se, depende dessa paridade processual, que garante uma cognição, por parte do juiz, encontrada na dialeticidade entre partes iguais. A verdade surge assim construída, no âmbito processual penal.

E como fica a questão da verdade no processo penal justo? A busca da verdade surge da impossibilidade de se conhecer a realidade de modo direto. Se a cognição é imediata, a perquirição da verdade deve ser buscada pelos caminhos traçados pela normatividade constitucional. No processo penal, a frustração é-lhe inerente: o fato (delituoso ou não, a ser por isso descoberto) já ocorreu. Sua reprodução está inviabilizada, por via de consequência. Mas o Poder Judiciário necessitará conhecer a verdade. Como será ela “construída”? O processo penal não é detentor de uma máquina do tempo da qual possa o juiz utilizar-se para ter certeza dos fatos. Sua convicção será construída. Quanto mais democrática for a construção dessa verdade, mais justa será a decisão judicial que dela se produzirá. Por outro lado, sabemos que o processo penal terá que desembocar em uma verdade. A situação posta a juízo, em nome da segurança, necessita de uma definição, daí se entender a definitividade (formação da coisa julgada material) como característica exclusiva da função estatal jurisdicional. A definitividade relaciona-se diretamente com a pacificação social, que pressupõe segurança jurídica na resolução dos conflitos - escopo maior da jurisdição.¹³⁴

Então surge a pergunta, que é o cerne da questão de um processo legal: se há definitividade na jurisdição penal, se a verdade que embasa uma decisão relaciona-se com o poder, em que medida essa definitividade produz uma solução justa? Somente quando esse poder de encontrar a verdade

134 KHALED JÚNIOR, Salah H.. **A Busca da Verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

(poder do Estado) seja exercido de acordo com normas e princípios justos. Em um Estado Democrático, essas normas (regras do jogo do procedimento) e princípios estão na Constituição. A decisão definitiva, e justa, no processo penal, é aquela que tem por base uma verdade encontrada em um procedimento constitucionalizado e, por isso, decisão legítima, capaz de submeter os sujeitos de direito, inclusive, limitando sua liberdade. Substitui-se a ideia, há muito arraigada no processo penal, de uma verdade real por uma verdade processual. Processual aqui não é sinônimo de restrição à formalidade. Está-se a falar de um processo legal e, além disso, justo, como requisito de sua legitimidade, posto que só assim terá o condão de se produzir uma decisão definitiva para o acusado. Caso contrário, estar-se-ia falando de um processo penal, que também gera uma decisão definitiva, mas essa imposição não adviria de sua legitimidade, mas, simplesmente, da força estatal, da arbitrariedade do poder.

Surge, então, a verdade real como verdade absoluta e verdade formal como relativa. A primeira imposta pelo poder sem regras e controles, indiscutível e, por isso, absoluta; a segunda encontrada no amplo debate entre as partes e relativa a essa discussão travada por regras legítimas. Mas falar de verdade é falar de prova.

A prova é o instrumento objetivo pelo qual o juiz poderá conhecer a verdade processual. Então se pode dizer que as análises feitas até então de uma verdade processualmente legítima devem-se estender ao estudo das provas. O processo e todo o seu desenrolar, estando aqui as alegações das partes e as provas trazidas, devem ganhar uma visão necessariamente publicista. Uma prova não deve ser jamais afastada do processo sob a alegação de que se trata de uma prova cuja produção é cara e custosa. Basta recordar que verdade processual não é aquela conformada à determinadas formalidades. Verdade processual é aquela encontrada em um processo, que não pode abrir mão da mais ampla participação. A forma é válida somente e tanto quanto for necessária à efetivação dos valores processuais constitucionais, responsáveis por sua legitimidade.

A forma é posta a fim de tutelar a liberdade. No conflito entre liberdade e poder, a primeira é limitada apenas pela legalidade, enquanto o poder só pode ser entendido como legítimo se limitado. Assim é que temos, de um lado, o poder do Estado: poder de investigação na fase policial; poder de acusação do Ministério Público, como titular da ação penal; poder do Juiz de decidir. De outro, a fim de que a gama de poderes estatais não desdobre de suas finalidades voltadas ao interesse geral, a Constituição Federal institui vários direitos e garantias: processo acusatório; contraditório e ampla defesa; presunção de inocência; direito de audiência; imediatividade; direito ao silêncio; juiz natural, dentre tantas. Todas elas com um propósito, o de alcançar um processo justo que possa,

assim, produzir uma decisão justa, entendida essa como aquela tomada por um julgador imparcial, diante de realidades trazidas por partes que tenham paridade de poder na possibilidade de produção da realidade perseguida. Processo justo é aquele posto a serviço (não contra) da dignidade da pessoa humana, tendo-se que no Estado Constitucional a pessoa humana é sujeito (não objeto) de direitos. Os direitos fundamentais, que jorram da dignidade da pessoa humana, não merecem simples respeito formal. Devem ser eles vivenciados dentro do processo. No processo penal, esse respeito merece especial atenção nos atos processuais de exercício do mais amplo direito de defesa.

Ocorre que a lógica de guerra contra a criminalidade, incentivada por uma imprensa sensacionalista e por um Estado que ainda se satisfaz com resultados encontrados a qualquer custo, em oposição ao processo penal garantista. A fórmula do garantismo processual (processo que traz e respeita os direitos e as garantias fundamentais) é um limite ao legislador. A lei processual não pode olvidar-se da realidade do processo penal: a desigualdade material entre acusado e a máquina estatal, que exige a garantia efetiva de oportunidade real ao acusado de defender-se da acusação que lhe é dirigida. Os ritos processuais não estão autorizados a deixar de garantir direitos fundamentais. O procedimento deve ser instituído pela lei a fim de criar um embate em que as partes tenham, com igualdade de armas, ampla possibilidade de participação. Não se pode tolerar, em um Estado Constitucional Democrático, autoritarismos normativos, leis que sujeitem uma parte em relação à outra. O Estado tem o dever de efetivar a defesa do acusado, a fim de que o resultado do processo (a decisão) seja o produto de um diálogo construído, com paridade de armas.

Para que se tenha uma atuação estatal limitada pelos direitos fundamentais, é preciso aceitar-se uma verdade processual também limitada pelo exercício de tais direitos durante o procedimento. A busca de uma suposta verdade célere e alcançada em contraposição ao direito de defesa é típica atuação estatal arbitrária, causadora já de inúmeros males à humanidade. Somente quando se entender a verdade de modo limitado é que se terá a verdade como pressuposto de validade das decisões judiciais.

A Lei n.º 11.900/2009, que trouxe ao ordenamento jurídico o interrogatório por videoconferência, justificou-se, além de outras razões, pelos custos do deslocamento dos imputados presos para os fóruns e pelos riscos de fuga.

É necessário lembrar que o interrogatório possui duas fases distintas: na primeira, o foco é a pessoa do acusado; na segunda, são os fatos. A fase de individualização da pessoa do acusado, direito constitucionalizado, traz enormes consequências para a dosimetria da pena (circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal); para o conceito de coculpabilidade (desenvolvido por

Zaffaroni e implícito no art. 66 do Código Penal); para a configuração da exculpante de inexigibilidade de conduta diversa ou mesmo como elemento para identificar a atipicidade material da conduta, pela aplicação do Princípio da Insignificância. Na fase de aferição dos fatos apurados no processo (aferição do mérito), o réu pode exercer sua defesa direta, negando a materialidade delitiva ou a própria autoria do fato infringente da norma (indicando os verdadeiros autores); ou sua defesa indireta, admitindo a veracidade dos fatos e da autoria, mas alegando uma excludente de ilicitude; confessar ou indicar outros infratores em concurso de agentes.

Ainda sem adentrar a possível inconstitucionalidade do interrogatório eletrônico, já se pode afirmar que haverá abuso do instituto quando a administração da justiça, em prol da contenção de custos e de uma açodada eficiência, transformar a exceção – legal – em regra. Jamais podem justificar a excepcionalidade do instituto a economia administrativa ou a mera facilitação dos atos processuais. Tanto a excepcionalidade foi explicitada na lei que, em caso de haver “influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, utiliza-se o instituto, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência” (art. 185, §2.º, III)¹³⁵. É que no interrogatório, por ser meio de defesa, deve ser priorizada a presença física do magistrado em contato direto com o réu, enquanto a oitiva de testemunha e da vítima são meios de prova, entendendo o legislador que, tendo-se que optar, o interrogatório on-line deve ser usado com estas e não com o acusado. A norma deixou clara que a defesa do réu deve ser priorizada no processo penal. Os motivos autorizadores do instrumento eletrônico encontram-se na lei:

Art. 185, § 2o Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

(...)

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Grifo nosso).¹³⁶

Há que ser feita importante observação: risco à segurança pública e gravíssima questão de ordem pública são conceitos indeterminados, cuja construção legislativa possibilita propositadamente significados abertos, com ampla abertura semântica. Ocorre que para que um Estado seja democrático, é necessário que a separação entre as funções estatais torne-se garantia concreta: quem faz as leis não pode julgar nem executá-las, e o contrário também. O Estado

135 BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 29/09/2022.

136 Idem.

Democrático de Direito tem por fundamento a limitação do poder, através das recíprocas limitações de suas funções. O conceito indeterminado possibilita ao julgador dizer, no caso concreto, o que vem a ser a norma. É criação judicial do direito. Daí porque o uso de conceitos indeterminados, próprio de uma sociedade de risco, deve ser limitado a fim de que não se configure o abuso do poder. Diante disso, mais importante se faz um exercício do direito de defesa de modo amplo e efetivo no processo penal, onde a força da máquina estatal faz surgir uma discrepância entre as partes no processo.

A defesa deve ser a mais ampla possível no processo penal e em todos os processos, por mandamento constitucional. No processo penal, existem, obrigatoriamente, duas espécies de defesa ampla: a autodefesa e a defesa técnica. É preciso romper com o mito de que a defesa técnica é a mais importante. As duas têm igual valor e devem ser exercitadas em todas as oportunidades, que lhes são abertas no procedimento. É na autodefesa que o acusado poderá, frente a frente com o magistrado de sua causa, dado-lhe constitucionalmente (pelos critérios de um juiz natural e imparcial), argumentar, defender-se, delatar, confessar, mostrar-se para o seu juiz. Se a autodefesa é restringida, feridos estão a própria ampla defesa e também o estado de inocência. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento verticalizado a respeito dos direitos de comparecimento e de audiência do acusado, que se encontra preso. Ao estudo, entendimento do Min. Celso de Mello:

HABEAS CORPUS' - INSTRUÇÃO PROCESSUAL - RÉU PRESO - PRETENDIDO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA PENAL - PLEITO RECUSADO - REQUISICÃO JUDICIAL NEGADA SOB FUNDAMENTO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO - INADMISSIBILIDADE - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA: UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DA CLÁUSULA DO 'DUE PROCESS OF LAW' - CARÁTER GLOBAL E ABRANGENTE DA FUNÇÃO DEFENSIVA: DEFESA TÉCNICA E AUTODEFESA (DIREITO DE AUDIÊNCIA E DIREITO DE PRESENÇA) - PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS/ONU (ARTIGO 14, N. 3, 'D') E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/OEA (ARTIGO 8º, § 2º, 'D' E 'F') - DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR, AO RÉU PRESO, O EXERCÍCIO DESSA PRERROGATIVA ESSENCIAL, ESPECIALMENTE A DE COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS, AINDA MAIS QUANDO ARROLADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA OU GOVERNAMENTAL NÃO PODEM LEGITIMAR O DESRESPEITO NEM COMPROMETER A EFICÁCIA E A OBSERVÂNCIA DESSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL - NULIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - 'HABEAS CORPUS' CONCEDIDO DE OFÍCIO. - O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm - nem podem ter - precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência. - O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do

réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do 'due process of law' e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, 'd') e Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, 'd' e 'f'). - Essa prerrogativa processual reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu processado por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. Precedentes. (HC 86.634/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO).¹³⁷

A autodefesa, enquanto possibilidade de o réu interferir, pessoalmente, no interrogatório, engloba o direito de comparecimento e o direito de audiência. Tem o direito de falar livremente, sem qualquer coerção. Estando o réu preso, cabe ao Estado garantir a liberdade e espontaneidade desse ato processual de defesa, onde a autodefesa surge em sua máxima expressão. Constatar que o interrogatório feito no estabelecimento prisional pressupõe já ambiente por si constrangedor ao acusado é a crítica primeira ao interrogatório por videoconferência, quando se tem que o instrumental utilizado impede o contato direto e pessoal do réu com o juiz competente de sua causa. Parece patente que, no interrogatório por videoconferência, encontra-se um ato típico de um sistema inquisitorial.

A relação processual penal nasce já desigual: a investigação policial ou ministerial que é base da denúncia é feita por um forte aparato estatal, diante de um cidadão inteiramente incapaz de qualquer investigação. Na relação processual, tem-se, de um lado, o Ministério Público, instituição constitucional com amplas garantias e possibilidades de atuação (poderes que crescem a olhos vistos); de outro, o acusado que, quando não faz parte de uma ínfima parcela da população brasileira capaz de pagar os caros honorários advocatícios, será defendido pela Defensoria Pública. Destarte, o processo penal necessita de uma defesa ampla e efetiva mais do que qualquer outro processo. Porque a desigualdade material é flagrante entre acusação e defesa. Se bem jurídico é a relação de disponibilidade entre o sujeito titular e o seu bem, no processo penal, inexistente a possibilidade de disposição: o acusado é obrigado a defender-se, porque se assim não o fizer o processo desenvolver-se-á fundamentado na força de uma parte sobre a outra.

Processo penal acusatório não se limita à mera separação de funções de acusar e de julgar. É preciso que não se concentre no juiz o poder de prova, tendo-se em conta que a busca é pela verdade processual construída dialeticamente, já que não existe verdade real. Ocorre que quem decide pelo interrogatório por videoconferência é o magistrado, de acordo com as justificativas que

137 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.634/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/12/2006. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/758407>>. Acesso em 09/09/2022.

entende plausíveis. O juiz torna-se não só o dono da prova, mas o dono da decisão de como essa prova vai ser produzida. Isso marca um processo inquisitório. Juntamente com uma defesa que se presume deficiente com o interrogatório on line.

A desigualdade que se acentua entre as partes no processo penal que adotou o interrogatório on line, sob a justificativa de proteção da segurança, vai de encontro ao direito de liberdade do acusado ainda não culpado.

3.3 A NECESSIDADE DE UMA EFETIVA SEPARAÇÃO ENTRE AS FUNÇÕES DE INVESTIGAR, ACUSAR E JULGAR

A fim de fortalecer a estrutura do sistema acusatório e mitigar as repercussões negativas da fase preliminar de investigação, garantindo a imparcialidade objetiva dos que julgam, a Lei 13.964/19 trouxe, em seu art. 3º-B, do Código de Processo Penal, o instituto do juiz de garantias, como ferramenta democrática consentânea com a ordem jurídica vigente, no âmbito da Justiça Criminal brasileira.

Realmente, a figura do juiz de garantias, busca estabelecer a presença de dois juízes: um para cada fase da *persecutio criminis*. Com a adoção do juiz de garantias, preserva-se a isenção do responsável pelo julgamento meritório do acusado, para que não realize pré-valorização dos fatos, colhidos na fase investigativa, evitando, assim, a formação de uma reprodução mental dos acontecimentos investigados, mesmo que, inconscientemente.

Esse instituto, como já dito, procura garantir o maior distanciamento entre o juiz que vai julgar o mérito da ação penal, com os elementos colhidos na fase investigatória, para não contaminar o julgador, privilegiando a sua imparcialidade. Em verdade, com o juiz de garantias, se pode evitar o comprometimento do responsável pelo julgamento do mérito da causa penal, com os elementos coligidos na primeira fase da *persecutio criminis*, apreciados, analisados, homologados, ou não, pelo primeiro magistrado.

Com a atuação do juiz de garantias, na fase pré-processual, se pode evitar, que o magistrado que vai apreciar e julgar o mérito do conflito penal, ainda que inconscientemente, realize prejulgamento, incompatível com a sua jurisdição, isenta e democrática.

É importante ressaltar que o juiz, ao proceder a uma valorização positiva sobre a justa causa, estará, seguramente, fomentando, em seu íntimo, determinados prejulgamentos sobre a culpabilidade do investigado, podendo impossibilitar uma decisão imparcial. Por isso, é preciso que

na ação penal, haja dois juízes, sem os quais jamais se conseguirá a necessária isenção, que deve nortear o comportamento dos que julgam. Isto porque, na fase preliminar, que encerra uma série de medidas cautelares, em que o juiz de garantias pode decretar a prisão provisória, analisando os pressupostos da justa causa, ou seja, o suporte probatório mínimo, evitando, pois, que o juiz responsável pelo julgamento do investigado ou acusado, comprometa a sua isenção, por ocasião do adequado julgamento do réu.

O juiz de garantias, indubitavelmente, passa a exercer significativa função de garantidor, sem ficar alheio ao cenário de violações ou de ameaças de lesão aos direitos e garantias constitucionais do investigado. O certo é que, para o livre desempenho do papel de garantidor, não é admissível que se aceite uma mera ação formal desse juiz, por ocasião da investigação, mas que se permita a ele que analise, de forma minuciosa, o material indiciário colhido pela autoridade policial, como aconselha Nereu José Giacomolli que, sinteticamente, diz: “a essência de suas atribuições está no controle jurisdicional da legalidade da investigação e na proteção dos direitos e das liberdades fundamentais dos investigados”.

Para Nereu Giacomolli, os doutrinadores processuais penais mais respeitados, defendem como característica importante do sistema acusatório, a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, sustentando a necessidade da exigência da neutralidade do juiz, que deve se manter alheio aos interesses do órgão acusador e do defensor, porque, quando o juiz busca a prova, fragiliza a sua necessária imparcialidade. Daí a importância do juiz de garantias, existente, hoje, no sistema processual penal do Brasil. É também como pensa o penalista alemão, Claus Roxin¹³⁸, para quem a distinção entre o sistema inquisitivo e o acusatório está na nítida separação das funções de acusar e defender, esclarecendo, “quem acusa e julga não é a mesma pessoa” e, por isso, não se pode aceitar que o julgador tenha iniciativa probatória, em toda a persecução penal.

O jurista *Illuminati*, citado por Giacomolli, aponta duas características essenciais diferenciadoras do sistema acusatório e do inquisitorial: “a legitimação para acusar e os poderes do juiz para atuar de ofício. As dimensões do contraditório são outra marca do modelo acusatório. Contraditório formal e material, com submissão da prova ao confronto no espaço público do processo, cuja potencialidade há de superar a fase preparatória da imputação”. Já no sistema inquisitorial, que surgiu quando o Império Romano entrava em declínio e se agigantou, com a

138 ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 41

famigerada inquisição, não havia distinção entre as funções de acusar e de julgar, predominava o ativismo judicial e o imputado era tido como objeto da prova, e não como sujeito de direito”.¹³⁹

O certo é que, nos dias que correm, “podemos dividir os sistemas processuais de influência da *common law* e os sistemas de influência romano-germânica”¹⁴⁰, como diz o mesmo autor, bem como sistemas independentes. “Esses sistemas evoluíram da normatização ordinária a uma aderência às constituições dos seus países, aos diplomas internacionais e às realidades regionais, supranacionais. A compreensão de um determinado sistema há de considerar não só a normatização, mas a doutrina e as decisões dos respectivos tribunais, além de outros formantes, tal como os costumes e a cultura”.¹⁴¹

Realmente, não há dúvida de que a Carta da República de 1988, fez clara opção pelo sistema acusatório, buscando garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo o devido processo legal, gênero de que são espécies o contraditório, a ampla e plena defesa e a presunção de inocência do acusado, dentre outras. Essa opção, se nos afigura incompatível com o modelo inquisitivo. É como pensa Nereu Giacomolli, dizendo:

O sistema processual desenhado pelo constituinte é o acusatório, entendido como o de separação entre as funções de acusar e julgar, envolto por um manto de princípios e garantias, as quais afastam as características do sistema inquisitório, ainda presente na legislação, na doutrina, na jurisprudência e nas práticas judiciais. Isso porque o constituinte, expressamente, determinou a observância do devido processo legal, com todos os seus derivativos explícitos, tais como: o contraditório, a ampla e plena defesa, a publicidade, o estado de inocência, o silêncio não autoincriminatório, o juízo predeterminado legalmente, a prisão como extrema *ratio*, a exclusividade da ação penal pública pelo Ministério Público.¹⁴²

Citando Ferrajoli, mostra que ele “identifica no sistema acusatório o princípio democrático, diversamente do princípio autoritário do modelo inquisitório”¹⁴³. Com outras palavras, aponta a existência de preceitos implícitos, como o que trata o acusado como sujeito do processo e, ainda, o da dignidade da pessoa humana, que veda a tortura e os tratamentos cruéis e degradantes.

A consecução de um sistema de Justiça criminal humano e democrático passa, inevitável e obrigatoriamente, pela adoção do devido processo legal, gênero de que são espécies o contraditório e a ampla e plena defesa, do sistema acusatório, com todas as suas características, do juiz natural, do princípio da presunção de inocência, inscrito no Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

139 GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016. p. 95.

140 Idem.

141 Idem.

142 Idem.

143 Idem, p. 96.

3.4 – A NECESSIDADE DA FIXAÇÃO DE UM PRAZO MÁXIMO PARA A PRISÃO PROVISÓRIA

O Código de Processo Penal do Brasil, ao contrário do que acontece em outros países, não fixa prazo máximo de vigência da prisão cautelar. Apesar disso, já no recente ano de 2019, por força da lei 13.964, que alterou o já retalhado diploma processual penal brasileiro, passou a ser estabelecida a ela uma necessária e periódica revisão, acolhendo pertinente crítica doutrinária.

A revisão periódica prevista no artigo 316 do Código de Processo Penal busca o indispensável controle da prisão cautelar, que deve ser examinada, obrigatoriamente, de 90 em 90 dias, a fim de que se possa verificar o grau de risco gerado pela liberdade do investigado ou réu, com a fixação de revisão obrigatória, possibilitando a prevenção de certas ilegalidades, como o prolongamento da prisão processual, ferina aos interesses de uma justiça mais humana e democrática, como a defendida pelo estado constitucional.

Um interessante exemplo de diploma processual penal que estabelece, verdadeiramente, um prazo máximo para o ergástulo provisório é o CPP de Portugal. O Artigo 215º da lei que rege o procedimento criminal na antiga metrópole é claro ao determinar que a prisão preventiva será automaticamente extinta quando forem cumpridos os requisitos dispostos no mesmo dispositivo.¹⁴⁴

144

Art. 215º

1 - A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido:

- a) Quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação;
- b) Oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória;
- c) Um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1.ª instância;
- d) Um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado.

2 - Os prazos referidos no número anterior são elevados, respectivamente, para 6 meses, 10 meses, 1 ano e 6 meses e 2 anos, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou quando se proceder por crime punível com pena de prisão de máximo superior a 8 anos, ou por crime:

- a) Previsto no artigo 299.º, no n.º 1 do artigo 318.º, nos artigos 319.º, 326.º, 331.º ou no n.º 1 do artigo 333.º do Código Penal e nos artigos 30.º, 79.º e 80.º do Código de Justiça Militar, aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro
- b) De furto de veículos ou de falsificação de documentos a eles respeitantes ou de elementos identificadores de veículos;
- c) De falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equipamentos ou da respetiva passagem, e de contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento e uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, previstos nos artigos 3.º-A e 3.º-B da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro;
- d) De burla, insolvência dolosa, administração danosa do sector público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação económica em negócio;
- e) De branqueamento de vantagens de proveniência ilícita;
- f) De fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- g) Abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.

3 - Os prazos referidos no n.º 1 são elevados, respectivamente, para um ano, um ano e quatro meses, dois anos e seis meses e três anos e 4 meses, quando o procedimento for por

Pelo que se observa, o CPP português, embora permita a revogação da prisão preventiva, condiciona-a a inúmeras condições, como a demora no proferimento de decisão instrutória ou condenatória, ou mesmo a natureza do delito imputado e a preexistência, ou não, de alguma outra medida decretada contra o acusado – a qual não permite que sejam excedidos os prazos determinados no artigo.

Comparando-se legislações como a portuguesa à lei brasileira, entende-se, *data venia*, que a possibilidade de revisão nonagesimal não seja a medida mais adequada, visto que ela possibilita, em certa medida, uma análise sistemática de um posicionamento genérico do julgador, que pode fundamentar sua decisão com base nas mais variadas motivações de ordem política e social – e não de ordem processual. Ainda que a medida trazida pela lei 13.964 seja bem-vinda, o que os processualistas criminais comprometidos com o devido processo penal efetivamente exigem é que se estabeleça um prazo máximo para a vigência da prisão preventiva, a fim que tão contraditório instituto se compatibilize com a exigência constitucional e convencional que determina seja o acusado ou réu tratado como presumivelmente inocente.

Por fim, é de se reconhecer que o encarceramento em massa e a frequente decretação da prisão cautelar são uma realidade no Brasil e em outros países que ainda não se guiam pela constitucionalidade normativa e convencional da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, por isso, entende-se que a sua limitação temporal seria um importantíssimo elemento para se mitigar o inquisitorialismo na realidade processual penal do Brasil.

um dos crimes referidos no número anterior e se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

4 - A excepcional complexidade a que se refere o presente artigo apenas pode ser declarada durante a 1.^a instância, por despacho fundamentado, oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, ouvidos o arguido e o assistente.

5 - Os prazos referidos nas alíneas c) e d) do n.º 1, bem como os correspondentemente referidos nos n.os 2 e 3, são acrescentados de seis meses se tiver havido recurso para o Tribunal Constitucional ou se o processo penal tiver sido suspenso para julgamento em outro tribunal de questão prejudicial.

6 - No caso de o arguido ter sido condenado a pena de prisão em 1.^a instância e a sentença condenatória ter sido confirmada em sede de recurso ordinário, o prazo máximo da prisão preventiva eleva-se para metade da pena que tiver sido fixada.

7 - A existência de vários processos contra o arguido por crimes praticados antes de lhe ter sido aplicada a prisão preventiva não permite exceder os prazos previstos nos números anteriores.

8 - Na contagem dos prazos de duração máxima da prisão preventiva são incluídos os períodos em que o arguido tiver estado sujeito a obrigação de permanência na habitação.

3.5 – A LEI Nº 12.403/11 E A IMPORTÂNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO COMO MEIOS DE SUPERAÇÃO DO INQUISITORIALISMO PENAL

O Sistema Carcerário brasileiro, como é do conhecimento de todos, atualmente, vê-se a braços com sérios, asfixiantes e desafiadores problemas, que estão a exigir, dos que fazem a Justiça Criminal e o Judiciário a que se serve, com inextinguível zelo, inadiáveis, bem pensadas e inteligentes providências. Dentre as dificuldades com que se depara, se destaca a superlotação, com o crescente e incontrolável aumento do número de presos provisórios e dos que estão cumprindo pena, nas diversas unidades prisionais do Brasil.

A supracitada realidade passou a ser melhor enfrentada, com o advento da Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que trouxe importantes e substanciais alterações ao Sistema de Justiça Criminal brasileiro, criando as medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos arts. 319 e 320, do Código de Processo Penal brasileiro. Antes dessa significativa modificação, ao juiz criminal só restavam duas alternativas: decretar a prisão cautelar ou conceder a liberdade provisória ao investigado ou acusado. Por isso mesmo, por força do autoritarismo existente no Direito Penal e Processual Penal, marcado pela inquisitorialidade, a medida mais adotada era a prisão cautelar, especificamente a prisão preventiva. Esse reduzido conjunto de opções alternativas, de natureza pessoal, ocasionava evidente e grave prejuízo, quer à liberdade ambulatoria do autor do fato infringente da norma, quer à eficácia do próprio Sistema Processual Penal.

Com a já referida Lei 12.403, o investigado ou acusado tem, hoje, a oportunidade de permanecer em liberdade, desde que preenchidos os necessários requisitos, com algumas limitações impostas e devidamente justificadas pelo juiz criminal, para evitar a abusividade da prisão, podendo escolher a providência mais ajustada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e proporcionalidade.

Com o desaparecimento da bipolaridade que regia o ordenamento processual brasileiro, antes da Lei 12.403, a Justiça Criminal, através de decisão motivada e fundamentada, pode evitar os males da segregação, por intermédio do encarceramento desnecessário, porque a prisão passou a ser a “ultima ratio” e só não será substituída pelas cautelares diversas, se a decisão for fundamentada e apoiada em elementos concretos e individualizantes.

Logo que a Lei 12.403 entrou em vacatio legis, passou-se a ouvir, sobre ela, as mais diversas opiniões, muitas oriundas do senso comum, com os naipes da dúvida, da incerteza e, o que é pior, da crença em que se tratava de mais uma contribuição para a banalização de muitos crimes, que já

havam adquirido o privilégio da impunidade tácita. A possibilidade de se arbitrar fiança, em até 200 salários mínimos, para alguns, seria a maneira de o Estado tirar ainda mais proveito de sua desídia secular.

Mas até em que ponto uma lei é o reflexo da vontade do cidadão beneficiado? Aqui, caberia uma rápida recapitulação de alguns juízos capazes de nos situar melhor nesta quadra de inquietações.

O conhecimento, como ente gnosiológico, traz em si duas definições conceituais: o senso comum e a razão epistêmica. O senso comum é algo imposto pela tradição como verdade acrítica. É a coluna vertebral dos costumes e das normas consuetudinárias. Já a razão epistêmica é o resultado indubitável da objetividade científica e nesta faixa está situada a categoria da norma jurídica.

Hans Kelsen explica que a ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo, enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana, na qual não penetra comando ou proibição.

Em seu *O Direito dos Povos*, John Rawls trata do que denominou de ideal da razão pública. Em uma sociedade nacional, diz ele, esse ideal é realizado ou satisfeito, sempre que juízes, legisladores, executivos e outros funcionários do governo, assim como candidatos a cargos públicos, agem a partir da ideia de razão pública e em conformidade com ela e explicam aos outros cidadãos as suas razões para sustentarem questões políticas fundamentais, em função da concepção política de justiça, que consideram ser a mais razoável¹⁴⁵.

No trato de *As Prescrições e o Direito*, de sua *Teoria da Norma Jurídica*, Norberto Bobbio traz à baila um dos mais antigos questionamentos, que se relaciona aos destinatários da norma jurídica. Se a norma jurídica, ensina Bobbio, é um imperativo e por “imperativo” se entende uma proposição, cuja função é a de determinar o comportamento alheio, não há dúvida de que a norma jurídica se dirige a alguém. Ihering, por sua vez, mostra, convincentemente, que os verdadeiros destinatários das normas jurídicas não são os cidadãos, mas os órgãos encarregados de exercitarem o poder coativo.

A doutrina normativa do sábio jurista alemão vem colidir, frontalmente, com as doutrinas do Estado Democrático de Direito, em que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente. Os Direitos e Garantias Fundamentais, inscritos na Constituição Cidadã já mostram o grau de complexidade que reveste o ato de legislar no Brasil. Assim, por mais

145 RAWLS, J. **O Direito dos Povos**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 104.

pesada que seja a apreciação crítica de uma lei dessa natureza, deve-se salientar que num Congresso, nitidamente garantista, uma lei que altera o Código de Processo Penal, traz inovações e esforços, para o trato de problemas de extrema complexidade, como os que nos acicatham. Não é, nem poderia ser perfeita, mas traz valiosas contribuições, que tendem a melhorar o atendimento ao cidadão, nos dias em que se vive.

Não se pode esquecer de que, igualmente, vem sendo alimentado o esforço de muitos em busca de soluções, no campo paraprocessualístico. Além do mais, parece não serem boas as expectativas para aqueles que perseveram na crença de que a prisão resolve todos os problemas da criminalidade. O futuro da pena de prisão, como já dito em outra oportunidade, é a sua gradual substituição, por outras medidas alternativas, mais inteligentes, menos drásticas e menos cruéis.

É como pensam os processualistas penais de vanguarda e é, também, o que se pretende, humildemente, oferecer àqueles que se dispuserem a ler a presente dissertação, como mais um dos elementos indispensáveis para a superação do ranço do inquisitorialismo no processo penal brasileiro.

3.6 –A POSSIBILIDADE DA MITIGAÇÃO DO INQUISITORIALISMO PENAL ATRAVÉS DE DECISÕES JUDICIAIS HUMANISTAS E DEMOCRÁTICAS

Dentro da realidade processual penal brasileira, como já se afirmou, à exaustão, neste trabalho dissertativo, é necessário que se combata o inquisitorialismo a nível de legislação, a nível de jurisdição e a nível de execução penal. Assim, ao final desta proveitosa discussão, com o intuito de reforçar o arcabouço argumentativo que se pretende fornecer ao estudar tão tormentoso tema, traz-se, a seguir, exemplo de decisão judicial que, pautada no humanismo, na democracia, no respeito às regras do jogo democrático e aos direitos e garantias fundamentais do réu, afigura-se importante, assim como diversas outras, por oferecerem precedentes jurisprudenciais que contrariem o furor repressivista ainda presente no sistema de Justiça criminal do Brasil.

A primeira delas se trata de um voto-vista proferido em uma ação de revisão criminal, julgada no recente ano de 2019, pelas Câmaras Reunidas Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em que se discutia a possibilidade, ou não, da extinção da punibilidade de um acusado do crime de estupro de vulnerável:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP) – ABSOLVIÇÃO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – UNIÃO ESTÁVEL

ENTRE APENADO E VÍTIMA – DESNECESSIDADE DA PENA – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – DECISÃO UNÂNIME.

1. A sanção penal somente poderá ser aplicada quando os outros ramos do Direito se mostrarem insuficientes para a resolução do caso e quando for necessária à prevenção e à repressão da conduta considerada infração penal. Assim, ganham relevo os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, bem como os da insignificância e da irrelevância penal.

2. Nos crimes bagatelares impróprios, a conduta ou o resultado provocado são, de fato, relevantes para o direito penal. Ou seja, existe o crime, mas a pena é considerada desnecessária ou desproporcional, levando-se em conta a vida pregressa do acusado, sua conduta social, a ausência de antecedentes criminais e a colaboração que haja oferecido para a resolução do caso, com a reparação imediata do dano causado. Assim, considera-se a ínfima culpabilidade do condenado e o post factum delitivo, aplicando-se, no caso, o princípio da irrelevância penal, hipótese em que o crime existe para o ordenamento jurídico-penal, contudo, não existe a necessidade concreta da imposição da respectiva resposta penal.

3. Enquanto o princípio da insignificância não tem fundamento legal explícito, sendo uma decorrência dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, o princípio da irrelevância penal encontra seu fundamento no art. 59 do Código Penal.

4. Com efeito, em alguns casos, apesar da completa configuração do delito – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – pode ser que a pena se mostre desnecessária, tendo em vista as peculiaridades do fato concreto, quando então caberá ao juiz dispensar sua aplicação.

5. Na espécie, não se questiona a ocorrência do crime. Disso não há dúvidas, conforme assentado corretamente na ementa do acórdão proferido por este Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso (Apelação Criminal). No entanto, a incidência da teoria da desnecessidade da pena não contraria as teses firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao estupro de vulnerável.

6. Como se sabe, a sanção penal tem duas funções primordiais: primeiro, a repressiva e intimidadora, buscando demonstrar ao apenado que é mais vantajoso que ele se dedique a uma harmônica integração social do que à prática infracional; segundo, a preventiva, a qual visa afastar o agente dos fatores que o levaram ao cometimento do delito, denominados elementos criminogênicos. Por outro lado, a pena também é necessária à prevenção geral positiva, isto é, para estabilizar a confiança na ordem social e demonstrar à comunidade que não se pode admitir que alguém ande impunemente a praticar crimes.

7. In casu, a imposição da pena não cumprirá nenhum desses efeitos práticos. Conforme demonstram os documentos contidos nos autos, o requerente e a vítima, realmente, desde a ocorrência dos fatos que ensejaram a denúncia ministerial, passaram a manter uma relação conjugal, chegaram inclusive a estabelecer um contrato de união estável quando ela completou 18 (dezoito) anos.

8. Em verdade, a imposição da pena serviria tão-somente para desfazer a entidade familiar constituída, sólida e estabilizada, entre o requerente e a apontada vítima, por sinal, efeito este justamente contrário àqueles valores visados pelo ordenamento jurídico, de paz e harmonia social, prometidos pela Carta Cidadã de 1988.

9. Acrescente-se que o requerente não tem antecedentes maculados e não há registro de ação socioeducativa ou outro processo criminal, a demonstrar que o fato que lhe é imputado deve ser considerado como isolado em sua vida. Ademais, não se tem conhecimento de agressão ou ameaça de sua parte para a prática da relação sexual, a se concluir que se deu com o livre consentimento e vontade da vítima, corroborando, assim, sua boa conduta social.

10. A dogmática penal não pode servir de escusa para a prática de injustiças, notadamente sob a alegação de que a lei obriga o julgador a aplicá-la, mesmo diante das irrefutáveis evidências sobre a irrazoabilidade, a desproporcionalidade e a desnecessidade de sua incidência, como os autos estão a demonstrar.

11. Por fim, é de se ressaltar que a incidência do princípio da irrelevância penal e a constatação da desnecessidade da pena têm a mesma natureza jurídica da decisão que concede o perdão judicial ao condenado (art. 107, IX, do CP).

12. Revisão Criminal conhecida e julgada procedente para reconhecer, in casu, a incidência do princípio da irrelevância penal e a consequente desnecessidade da imposição da pena,

fazendo-se então cessar todos os efeitos da sentença condenatória (súmula 18 do STJ).
Decisão unânime.

(TJPI | Revisão Criminal Nº 0700925-50.2018.8.18.0000 | Relator: Pedro De Alcântara Da
Silva Macêdo | CÂMARAS REUNIDAS CRIMINAIS | Data de Julgamento:
12/07/2019)¹⁴⁶

Como se nota, o caso trazido à discussão diz respeito a um tema complexo e tormentoso, como é típico dos delitos contra a dignidade sexual, sobretudo aqueles que envolvem crianças e adolescentes. Após o pedido de vista na sessão de julgamento do processo, ocasião em que fora professado por alguns dos julgadores o entendimento que, inicialmente, seria pela total improcedência do pedido revisional, buscou-se proceder a uma detida e cuidadosa análise da situação, o que se fez tendo como alicerce os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da desnecessidade da pena – também conhecido como princípio bagatelar impróprio –, sempre respeitando-se os direitos e as garantias fundamentais de todas as partes envolvidas na ação revisional.

No inteiro teor do voto-vista, em diversos pontos, fundamenta-se o provimento do pedido revisional no fato de que, muito embora a existência da conduta típica, antijurídica e culpável não pudesse ser questionada, a aplicação da pena, no caso, mostrava-se completamente desnecessária:

Como se observa, os entendimentos acima tratam do delito sexual praticado contra crianças e adolescentes até 14 (quatorze) anos, ou seja, reafirmam a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade da conduta, sendo irrelevantes o eventual consentimento ou experiência sexual anterior da vítima, ou ainda a existência de relacionamento amoroso entre vítima e agente.

Todavia, ao contrário do que possa parecer, nenhuma destas teses está sendo rediscutida aqui. Realmente, como já dito acima, houve o crime e não existem causas excludentes, justificantes ou dirimentes a serem aplicadas.

O que enfrentamos na presente revisão é se, diante do fato típico, ilícito e culpável acontecido, há ou não necessidade da aplicação de uma sanção penal.

E eu, respeitosamente, em relação a este específico caso concreto, entendo que não.

Realmente, todos sabemos que a sanção penal tem duas funções primordiais: primeiro, uma função repressiva, intimidadora, visando demonstrar ao apenado que é mais vantajoso ele se dedicar a uma harmônica integração social do que à prática infracional; segundo, uma função preventiva, visando afastar o agente dos fatores que o levaram à prática do delito, denominados elementos criminogênicos.

Ademais, a pena também é necessária para a prevenção geral positiva, isto é, para estabilizar a confiança na ordem social e demonstrar à comunidade que não se pode admitir que alguém ande impunemente a cometer crimes.

Ocorre que, na hipótese dos autos, a imposição da pena não cumprirá nenhum destes efeitos práticos.

Realmente, conforme comprovam os documentos trazidos pelo requerente, ele e a vítima, desde a ocorrência dos fatos que ensejaram a denúncia ministerial, mantinham uma relação conjugal, inclusive tendo estabelecido um contrato de união estável recentemente, quando ela completou 18 (dezoito) anos.

146BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **Revisão Criminal Nº 0700925-50.2018.8.18.0000**. Relator: Pedro De Alcântara Da Silva Macêdo. Câmaras Reunidas Criminais. Data de Julgamento: 12/07/2019. Disponível em: <<https://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/visualizar/423922>>. Acesso em 21/09/2022.

A propósito, além da Declaração de União Estável devidamente registrada em cartório, constam também declarações dos vizinhos do casal, confirmando a relação familiar duradoura e ainda a Declaração da casa prisional onde ele se encontra recolhido, atestando que a vítima o visita todas as semanas, na qualidade de companheira.

E estas são duas constatações vitais para o caso. Ele não negou os fatos imputados em nenhum momento, ao contrário, desde o inquérito sustenta a mesma versão, de que realmente manteve o intercuro sexual. Ela, a suposta vítima, por seu turno, após todo o ocorrido, mantém uma relação marital com o requerente, inclusive visitando-o regularmente na casa penitenciária, como sua efetiva companheira.

No caso, portanto, a imposição da pena serviria apenas para desfazer a entidade familiar constituída entre o requerente e a apontada vítima, sólida e estabilizada, por sinal, efeito este justamente contrário àqueles valores visados pelo ordenamento jurídico, de paz e harmonia social.¹⁴⁷

O referido voto-vista foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais julgadores das Câmaras Reunidas Criminais do Tribunal de Justiça do Piauí e o autor da Revisão Criminal teve extinta a sua punibilidade, nos moldes do que determina o Art. 107 do Código Penal.

O certo é que, na atividade judicante, muitas vezes o magistrado se encontra diante de situações em que a norma, fria e abstrata, indica um determinado posicionamento a ser seguido, enquanto a situação concreta, por diversos e importantes fatores, sinaliza que a decisão a ser tomada é, em verdade, outra que não aquela que se imaginava. Como já dito no subtópico 3.4 do presente trabalho, a respeito da importância das Escolas de Magistratura para a formação de magistrados humanos e democráticos, não se deixa de reconhecer a importância de o magistrado saber o Direito. No entanto, há muitos momentos cuja complexidade exigem do julgador virtudes outras, como a coragem moral e cívica, a verticalidade funcional e de caráter, além da sensibilidade humanística. É este o papel que incumbe aos membros do Poder Judiciário nesta difícil missão de superar o ranço inquisitorial que tanto atrasa a realidade do sistema de Justiça criminal brasileiro.

3.7 – A IMPORTÂNCIA DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO HUMANA E DEMOCRÁTICA DO MAGISTRADO EM NÍVEL CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL: UMA DISCUSSÃO ALÉM DA ESFERA PENAL.

Ninguém desconhece a importância do juiz, seja ele atuante ou não na esfera criminal, saber o direito. Mesmo porque isso é importante até mesmo para não subjetivar a escolha do magistrado. O conhecimento sobre a pletora de leis e seus reflexos, das mais variadas decisões das cortes superiores, e dos princípios que norteiam o comportamento dos que julgam, em dado momento,

147 OST, François. **Júpiter, Hercules, Hermes:** três modelos de juiz. Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, v. 7, n. 17, p. 109-130, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/41790>>. Acesso em: 26 set. 2011.

bastariam, para a escolha de bons juízes. Mas diante de tantos e complexos desafios que o direito penal e processual penal da contemporaneidade apresentam, especialmente em razão dos ranços inquisitoriais que ainda persistem nos dias que correm, verifica-se, cada vez mais, que a objetividade, conquista adequada à correta seleção do magistrado, exigida pelo princípio constitucional da impessoalidade, não se revelou satisfatória para a seleção daquele candidato que apresente o perfil apropriado e coerente ao exercício pleno da ingente e nobre função de julgar. Isso porque não cabe à jurisprudência resolver somente a lide processual mas, também, a lide sociológica, de grande amplitude. E, para isso, mostra-se imprescindível que quem se submete ao certame público para o exercício de tão difícil missão ostente habilidades outras, que ultrapassem o conhecimento específico das disciplinas jurídicas do curso de Direito – embora sejam estas, repita-se, igualmente relevantes ao bom desempenho da função judicante –, como, por exemplo: a filosofia, a sociologia, a antropologia, a psicologia, a deontologia, a literatura, dentre outras áreas da formação humanística, para a mais completa formação do magistrado, como defendem os grandes ídólatras do humanismo

Estas observações a respeito da importância da formação humanística do magistrado, buscam mostrar que a filosofia, como disciplina propedêutica, oferece aos que irão desempenhar a tarefa sublime de julgar, uma visão muito mais ampliada e panorâmica do fenômeno jurídico. Muitas vezes, nos embates do dia a dia, subestima-se a importância da reflexão filosófica. Os que lidam com as questões jurídicas nem sempre param para refletir sobre o quanto a filosofia está presente na vida das pessoas. Por isso, antes de se questionar o papel, ou para que serve a filosofia, é preciso que examinemos, com visão global, fugindo das considerações genéricas, todos os pontos críticos com os quais o operador jurídico, principalmente, o magistrado, se defronta a cada instante, na sua ingente missão de julgar. Para a mestra Marilena Chauí, “essa disciplina se interessa por aquele instante em que a realidade natural e a realidade histórico-social tornam-se estranhas, espantosas, incompreensíveis e enigmáticas, quando as opiniões estabelecidas disponíveis, já não nos podem satisfazer”¹⁴⁸.

Então, para que a filosofia?

A Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que uma decisão judicial deve ter fundamentos coerentes. Dessa afirmação, pode-se concluir que uma decisão não pode ser um mero ajuntamento de razões. Certa ou errada, ela deve ser um arranjo, e não um feixe aleatório de ideias. Para unir razões, é necessário usar a razão – o fio do pensamento. E qualquer um pode fazê-lo.

148 CHAÚÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2000. p. 16.

quem ainda não costurou, nem aprendeu a costurar, não é por falta de fio. E a razão não caminha sozinha. Ela tem ao seu lado a consciência. Esta é o repositório dos valores humanos, e merece lugar de destaque tanto quanto a razão. Mas a consciência tem um defeito. Talvez ciosa demais de seu papel de relicário, a consciência é ensimesmada. Não se dá aos embates. Não deixa sua muralha para interceptar inimigos que ameaçam assediá-la. Permanece num imobilismo perigoso, pois no interior de uma muralha assediada, por mais seguro que se esteja, se está cercado, confinado.

Mas a razão serve como uma corte de apelação não só contra opiniões e hábitos de outras pessoas da comunidade, mas contra as peculiaridades da perspectiva pessoal. É algo que cada indivíduo pode encontrar dentro de si mesmo, mas que, ao mesmo tempo, tem autoridade universal.

E o juiz, ser humano como qualquer outro, consegue isso? Por que o juiz conseguiria domar seu pensamento tão perfeitamente, se ninguém consegue?

O juiz – como qualquer pessoa – é capaz de domar o pensamento, dando vitória à razão, se o quiser e tentar. Para entender essa possibilidade, é necessário examinar o cenário do combate: a mente do juiz. Nesse cenário, dois exércitos se confrontam. De um lado, as forças aliadas da razão, que protegem a fortaleza onde se guarda a consciência. De outro, alinham-se as forças adversárias. O curioso é que, no meio do campo de batalha, há também um combatente indeciso, que não sabe de que lado deve ficar.

A razão está na mente, que está na cabeça, que está atada ao corpo, no qual um coração bate. Por mais elementar que isso seja, muitas sentenças ruins seriam evitadas se, antes de julgar, o magistrado refletisse sobre essa obviedade, e verificasse se está ou não em momento adequado ao raciocínio. Oscilações sobre o ânimo do magistrado ocorrem a todo momento e sendo o juiz ser humano, não há como evitar tais oscilações, nem é preciso. Basta que ele as conheça e saiba identificar em si a ocorrência de qualquer viés, ponderando tal fato no momento de decidir. Portanto, tais inimigas – as oscilações – podem ser neutralizadas pelas forças da razão. Além das oscilações, outro problema são as paixões. Paixões são sentimentos que arrastam consigo o pensar. São de muitos tipos, e recebem diversas classificações: paixões com origem no corpo; paixões com origem em algum pensamento ou ideia e ideologia; etc. Classificadas ou não, explicadas ou não, sua lista é imensa: amor, orgulho, ódio, necessidade, vaidade, curiosidade. Todas têm força colossal, e os redemoinhos que formam, sobretudo quando se juntam, podem arrancar edifícios. Mas é possível concentrar-se na razão mesmo com turbilhões à volta. Basta seguir duas regras. Primeira, não deixar as paixões chegarem de surpresa. Deve-se estudá-las previamente com objetividade e sem meias palavras: “És tu sujeito à cólera, ao medo, à audácia ou a qualquer paixão? [...]. Anota cada um dos

teus defeitos e vigia-te, em consequência”. Segundo, boas ou más as paixões são ventos, e ventos propõem. A pulsão não precisa ser compulsão, mas propulsão, e não há vento ruim para um bom jogo de velas e um marujo acostumado ao seu manejo, às quebradas do mar, e que sabe aonde quer ir. A paixão mais nefanda pode levar a uma boa baía, se o coração de quem veleja o desejar. Assim, ninguém deve se deixar arrastar por paixão alguma. Ela, se assim o quiser, que nos carregue.

Se a ideia da propulsão soou estranha, basta pensar no judô. Um judoca treinado, mesmo pequeno, pode levar um grandalhão à lona por uma armadilha. Distraidamente, o pequeno posiciona seu pé no caminho do grandalhão. Este, distraído, tropeça e fica à mercê do pequeno. Isso não exige força, basta inteligência, e um pé. É assim que o lutador técnico, ainda que menor, vence no judô. Soma a força do adversário à sua própria. Por tudo isso, as paixões são inimigas muito perigosas, mas que podem ser neutralizadas. Mais até seu poder pode ser voltado contra elas próprias, se a razão souber como agir.

Os paradigmas, como uma visão de mundo padronizado, é apenas um ponto de vista, que acaba empobrecendo o intelecto. O juiz deve reformá-lo constantemente, porque o juiz, em suas decisões, ao mesmo tempo em que é influenciado pelo ambiente cultural, contribui para reforçar ou reformar paradigmas. E os paradigmas são inimigos muito poderosos da razão. O pseudorraciocínio ocorre na justaposição de enunciados que tratam do mesmo tema, mas a conexão não leva a nenhuma conclusão, havendo uma grande carga emocional nesta ou naquela ideia. Atualmente, com as pessoas lendo cada vez mais depressa e sem reflexão alguma, principalmente na internet, esses arremedos de razão acabam sendo levados como coisa séria.

Como aliada da razão, tem-se a intuição, apesar de não ser fácil sobre ela falar. Mas para se ter uma boa intuição, é preciso treino obsessivo. Talvez a melhor declaração curta sobre isso seja a de Herbert Simon, que estudou mestres de xadrez e concluiu que depois de milhares de horas de treino eles começavam a enxergar as peças no tabuleiro diferente de nós. Esse tema merece ser bem esclarecido. A intuição é de fato a responsável pela maior parte das boas ideias de um juiz. Mas nisso, não há qualquer diferença entre o magistrado e as demais pessoas. A diferença é que o juiz deve apresentar os fundamentos da sentença. Para isso, fará a mesma coisa que o cidadão comum faz quando sua intuição lhe joga uma ideia: analisá-la com a razão para buscar seus fundamentos, raciocinando do fim para o começo. Ao fazê-lo, poderá concluir que a ideia não era tão boa assim, embora parecesse, num primeiro momento. Outras vezes, essa análise da solução constatará a existência de bases sólidas. São essas bases que servirão de fundamento da sentença judicial. São fundamentos encontrados num raciocínio às avessas, é verdade, mas não são menos sólidos por

isso. O grau de ligação e pertinência dos fundamentos para com a decisão não deve ser aferido pela sequência com que as coisas se passaram na mente. Portanto, a alegação de que os juízes decidem primeiro e fundamentam depois é, frequentemente, verdadeira. Entretanto, essa digressão mental ou construção reversa do argumento é a mesma que todos os seres humanos executam nas mais diversas áreas profissionais, artísticas, etc.

A sociologia, analisada juntamente com a história e política, também mostra-se indispensável na formação do magistrado. A relação direito e sociedade é imprescindível para a compreensão do contexto em que se decide.

E, especialmente no Brasil, a lei ordena aos juízes que saiam em busca da história. O art. 231 da Constituição Federal protege os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Já o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante aos remanescentes dos quilombos a propriedade das terras que ocupam. Em ambos os casos, para se demarcar as terras indígenas e para se determinar que comunidades negras são remanescentes dos núcleos de resistência à escravidão – os quilombos – o juiz deve se enveredar por pesquisas históricas a que não está habituado; a que tampouco foi treinado. Mesmo quando a lei não o exige explicitamente, é prudente que os operadores do direito, sobretudo os juízes, que darão a palavra final sobre as questões, conheçam bem o passado. Há necessidade de preservação de uma memória coletiva, além do próprio caso exigir conhecimento de história para que seja resolvido adequadamente.

Quando o processo chega ao juiz, passaram-se meses, anos, décadas e, em alguns casos, séculos desde os acontecimentos. Há, no Brasil, casos em que o raciocínio do magistrado deve retroagir ao período colonial, ao Brasil Império, exatamente para a apuração de todos os fatos.

Deve-se dizer que uma das funções primordiais do juiz, senão a mais importante, é a reconstituição do passado. Só depois de apurá-los o juiz pode divagar sobre a norma aplicável, ou como aplicá-la. Quem inverte as fases constrói castelos no ar. O respeito a essa sequência é tão importante que, para que não se desperdiçassem trabalho e tempo, recomendava-se já na Índia antiga, que o juiz dissesse o direito só depois de apurados os fatos.

Mas essa busca pela verdade – que, como já dito na presente dissertração, não é a verdade correspondente, mas sim a verdade analógica – requer coragem e resolução, pois o juiz não pode optar por desconhecer os fatos. Se chegar ao magistrado brasileiro um processo concernente às terras da etnia caiapó, não poderá ignorar que, vivendo hoje principalmente no alto de Mato Grosso e no Pará, a etnia caiapó é parte da nação jê, antigamente chamada tapuia. Dessa nação, quando os

européus chegaram, havia poucos no litoral. Já haviam sido expulsos pelos tupi em suas duas facções: tupinambá e tupiniquim: Havia, portanto, à chegada dos europeus, uma extensa frente de conflito indígena opondo tupis e jês, com estes últimos recuando para o sertão. Quando portugueses e franceses instalaram-se no litoral, precisaram aliar-se às tribos tupis que o dominavam. Em consequência, todos os brancos tornaram-se indistintamente inimigos dos jês. Foi nesse quadro que os tapuias fugiram, entre outras coisas, da escravidão que seguia a pleno vapor apesar de haver esforço da Coroa Portuguesa por controlá-la. Em meados do século XVIII, segundo registros específicos sobre os caiapós, seu território chegava à região do Triângulo Mineiro e ao Mato Grosso do Sul, passando por Goiás e pelo que hoje é o Distrito Federal. O limite de suas terras, cerca de duzentos e cinquenta anos atrás, estava há milhares de quilômetros de onde está. Embora se possa alegar que a noção ancestral caiapó de território não pressupunha continuidade, o fato é que, segundo a própria noção de território mais difundida hoje, a terra deles era bem maior. Pode o magistrado ignorar tudo isso? Não. O que lhe cabe é, com base na lei, determinar os efeitos jurídicos dos fatos. São inúmeros outros casos que exigem do magistrado o conhecimento da história.

Também, direito e política estão tão atados um ao outro que talvez seja correto dizer que são as duas faces de uma mesma moeda. Sem o direito, a força do dominante sobre o dominado é instável e pode dissipar-se a qualquer momento. Sem o direito, mesmo o mais poderoso não se torna soberano.

Em política, mesmo as atitudes mais irritantes do adversário, não devem tirar do sério o julgador. Ele deve seguir raciocinando, medindo prós e contras com frieza, e sendo capaz de ver o jogo pelo lado do adversário, ainda que lhe arda o fígado. Além disso, o equilíbrio entre os poderes é imprescindível. O ideal mesmo, é que cada uma esteja em seu lugar e cumpra a sua função, tendo em mente que uma dessas funções é de vigiar as outras, a ver se estão cumprindo com o que deveriam e se não estão, acidental ou intencionalmente, movendo a cerca de lugar, assenhorando-se de terra alheia. E o Judiciário tem um papel fundamental, visto que, contra as paixões políticas, o magistrado serve como freio. Mas para isso, precisa estar por dentro de todo o contexto de como o poder político tem funcionado perante a sociedade.

A antropologia, por cooperar com a questão da concepção do homem, ser biológico, social e cultural irrepetível, neste processo evolutivo. A diversidade cultural não pode deixar de ser compatibilizada com a diversidade jurídica, existente em um país de dimensão continental, como o Brasil.

Importante é a formação do magistrado nas questões da psicologia também. O juiz deve conhecer suas limitações pessoais, bem como deve levar em consideração a psicologia para análise do comportamento das partes. Aliás, a psicologia permeia diversas nuances a ser analisada na área da magistratura.

Em relação a si mesmo, o magistrado deve agir com cautela. Pessoas que estão em posição de poder correm o risco de tentar impor aos outros a sua maneira de lidar com o certo e o errado, mesmo quando o parâmetro que deveriam utilizar para separar o certo do errado devesse ser objetivo, como a lei. É o caso de alguns juízes, a quem se pode chamar de egocêntricos.

Há outro embaraçoso aspecto sobre o qual nem todos gostam de falar. Trata-se da consciência, que com o tempo vai se instalando no espírito até dos juízes mais racionalistas, de que muitas de suas decisões são puramente instintivas. Usar a intuição, em si, não é um problema. O que diferencia a profissão de magistrado não é que ele não possa usar a intuição, mas o fato de que é obrigatório fundamentar as decisões, e essa fundamentação não pode ser um mero embuste. Um arrazoado “de fachada” é um arremedo de decisão, e um juiz que assim procede afronta o art. 6, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante a todos o direito a uma decisão racional.

Há problemas que nem a intuição vence. São as chamadas “dúvidas monolíticas”. No alucinante mundo judicial, não é incomum que o juiz tenha de decidir imediatamente sobre uma matéria que simplesmente ignora. Bem, a primeira coisa que se deve fazer é admitir que eles existem, apesar da constante tentativa de aprimoramento como profissionais. E não são tão poucos. A segunda coisa que se deve fazer é fundamentar da melhor maneira as decisões, por mais primitiva que seja a ideia sobre o tema. As razões soarão genéricas, pobres, confusas e contraditórias. Acontece, e não só com juízes. O melhor que um profissional pode razoavelmente conseguir fazer em determinadas condições pode, em muitos casos, ficar aquém do nível qualitativo necessário sem que isso signifique que ele foi negligente, ou que seja um profissional ruim. Isso é especialmente sentido pelos magistrados, pois, na imensa maioria dos países, estão jungidos à norma da inafastabilidade da jurisdição, que determina que o juiz não pode se escusar de julgar, se afastar do problema se não encontrar solução.

O afastamento do magistrado também costuma ser um problema. Tabu ou não, o certo é que o juiz costuma se afastar gradativamente do meio social ao longo da carreira. De certo modo, não há como ser diferente, os códigos de ética da profissão costumam exigir dos juízes tamanha discrição e isenção para falar de tantos assuntos, fazem tantas exigências sobre o comportamento do

magistrado, que não é de impressionar que, conforme o tempo passe, os juízes se tornem um pouco ermitões.

Entretanto, por mais que seja difícil ter uma vida normal, principalmente para os juízes que se dirigirão para cidades pequenas em estados longínquos, todos devem se lembrar de que o isolamento empobrece tanto o espírito quanto o intelecto. Onde quer que passem a morar, os juízes devem manter viva sua vida social e o debate jurídico, o que hoje é fácil pela internet.

Uma característica do bom juiz é a capacidade de se envolver profundamente com o problema analisado naquele momento e, depois, passar ao problema adiante como se fosse o primeiro que examinasse naquele dia. Não que os juízes não devam refletir e aprender com casos passados, mas é preciso ter essa capacidade de seguir adiante, pois os dramas são muitos. Quando o juiz perde essa capacidade, várias anomalias podem acontecer. Juízes que ficam marcados demais por um caso passado tendem a revivê-lo inconscientemente, de tal modo que, ao julgarem um caso presente, estão na verdade rejuizando aquele caso passado, que não lhes sai da cabeça. Para os juízes de hoje que se sintam demasiado marcados por algum caso anterior, o correto é que busquem apoio terapêutico e aconselhamento, que devem ser proporcionados por seus tribunais de maneira facilitada e sem constrangimentos. É preciso que se lembre que todos os humanos são igualmente suscetíveis a abalos dos quais só será possível recuperar por meio de ajuda profissional.

No que se refere ao bom desempenho psicológico do magistrado nas suas funções, há dicas de psicologia para entender a si, às testemunhas e demais depoentes:

1. Evitar a criação de uma impressão positiva ou negativa da pessoa com quem fala. Para se ver a realidade com objetividade, deve-se levar em consideração a existência dessa distorção inata;

2. Não sobrevalorizar a negatividade. Quando a mente humana compara hipóteses positivas ou negativas sobre algum fato futuro, tende a gastar mais tempo analisando as negativas.

3. Analisar o caso concreto: se uma testemunha não responde exatamente como esperado, deve-se levar em consideração que cada pessoa é única. Crença comum sobre eventos traumáticos é de que eles deixam lembranças que terão efeito duradouro na vida daquela pessoa. Ocorre que às vezes eles deixam lembranças assim, outras vezes não, e para muitas pessoas, na verdade a maioria, não deixam lembrança alguma.

4. Tomar cuidado com o “efeito de mera exposição”. As pessoas tendem a ver coisas a que estão acostumadas como boas; aquelas a que foram mais expostas, mesmo não tendo a menor compreensão sobre elas.

Já a ética, em que deve se inspirar o julgador, precisa ser encarada como exigência inafastável à realização do justo. Essa palavra, como é do conhecimento de todos tem outro nome, menos conhecido e mais sofisticado: deontologia, ramo da ética e da filosofia preocupado com o estudo dos princípios, dos fundamentos e dos sistemas de moral.

Ao lado de tudo isso, exige-se, ainda, que os julgadores tenham em conta paradigmas que, pouco a pouco, com a complexidade das relações pessoais e sociais, trazem pré-compreensões importantes para as decisões judiciais, na atualidade. Entre eles, avulta em importância, a real preocupação com a preservação dos bens primários, como a liberdade, a integridade física, a honra, a dignidade humana, a proteção ambiental, a invulnerabilidade pessoal e coletiva, a propriedade e a vida, dentre outros, em que se funda o Estado de Direito, sempre com a consciência de que, assim como não pode objetificar as partes, não deve agir subjetivamente. Na verdade, o juiz que se adapta à concepção humanística de julgar ultrapassa barreiras de interpretações literais dos textos normativos, jamais admitindo que a subjetividade penetre em suas decisões.

Outras tantas matérias devem fazer parte da formação do magistrado, como a Criminologia, ciência de natureza causal explicativa, que estuda o crime e os seus determinantes fatores; a Vitimologia, que analisa a participação da vítima no processo delitivo; a Medicina Legal, conjunto de conhecimentos científicos e práticas médicas necessárias à elucidação de fatos de interesse jurídico, notadamente, àqueles ligados ao âmbito criminal; a Criminalística e os seus diversificados segmentos técnicos, que se utilizam de informações metodológicas, desde os vestígios encontrados no local do crime, para a individualização e a identificação dos sinais que possibilitem a obtenção das conclusões sobre os fatos ocorridos, a fim de que se saiba como eles se verificaram e quem, de fato, os cometeu?

O juiz da contemporaneidade, pelo que se entende, tem que ser portador, para o desempenho fiel de sua missão, de todas as habilidades a que nos referimos.

Em 1993, François Ost, professor belga de Filosofia do Direito, publicou interessante ensaio intitulado *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*, sugerindo como deveria ser o magistrado contemporâneo. Neste importante trabalho, segundo Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, Ost sustenta a inexistência de qualquer modelo de juiz ou definição homogênea “de uma profissão que tenda a tornar-se tão multiforme e pluralista”. No entendimento desse dois autores brasileiros são enormes as dificuldades para se descrever as múltiplas funções do magistrado, porque os modelos apresentados, “não são entanques nem compartimentados mas, muitas vezes se sobrepõem, acrescentando”: “o mesmo juiz pode ser, em cada momento da sua

atividade jurisdicional, jupiteriano (que respeita a vontade do legislador, do texto legal), herculiano (engenheiro social), ou hermesiano (comunicador, flexível, multifacetado e aberto às múltiplas fontes do direito)". Por fim, asseveram que ainda hoje há juízes que fazem questão de defender, como adequada, a ideia de que ao julgarem se norteiam pelas suas consciências, assumindo uma postura "nascida do positivismo legalista, ainda presente em grande parcela do Judiciário brasileiro"¹⁴⁹.

Na verdade, Ost vinculou cada tipo de juiz a um formato político: Júpiter representaria o Estado Liberal, com forte apego às leis positivadas. Estado Liberal, fruto da vitoriosa Revolução Francesa, que implantou o império da Lei, criando pautas objetivas de responsabilidade, para governantes e governados, e o liberalismo econômico, que não permitia a intervenção do Estado no domínio econômico e privado, em defesa dos interesses da classe burguesa, ou seja, o "*laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*". Esse modelo de Estado, instituído pela Revolução Francesa, sepultou o absolutismo monárquico, assentando-se na absoluta autonomia da vontade individual, idolatrando o individualismo utópico, mas reduzindo a sociedade, conforme ensina o professor Paulo Bonavides, à poeira atômica dos indivíduos.

Já Hércules seria a representação do Estado Social, que apesar de negar sua característica solipsista, muito se prende às decisões dos tribunais, e em mecanismos do ordenamento jurídico positivado, para preservar os direitos individuais dos cidadãos, crente de que, assim procedendo, alcançaria a justiça a que todos almejam. É o Estado Liberal, com nova indumentária, como já afirmado em trabalho apresentado na Universidade Federal do Ceará, denominado *A trajetória e a humanização do Estado Liberal*.

Hermes, ou juiz contemporâneo, faz o papel do Estado Democrático de Direito, ou melhor, atua sem solipsismo e se utiliza da mediação dos diversos discursos internos e externos, de interesse das partes em conflito, norteado por uma sociedade pluralista, relativista e hipercomplexa.

Hoje, o que se tem de concreto é que a preparação do magistrado para que a representação do Hermes seja efetivada, torna-se bastante difícil, por exigir conhecimentos extrajurídicos, como frisado, dos mais diferentes matizes, nos campos da epistemologia. O juiz Hermes precisa possuir muitas habilidades exigidas pela pós-modernidade e conhecimentos literários e extrajurídicos, que lhe permitam solucionar conflitos, realizando o justo para, às vezes, pacificar os seus contendores. Além disso, esse tipo de juiz atua como administrador, gestor de recursos, fiscalizador, assistente

149 OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes:** três modelos de juiz. Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, v. 7, n. 17, p. 109-130, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/41790>>. Acesso em: 26 set. 2011.

social, psicólogo, profissional de relações públicas e estimulador de ações comunitárias direcionadas à solução das mais diferentes e complexas controvérsias individuais e coletivas¹⁵⁰. É o juiz que não atua subjetivamente e nem julga como o juiz Hércules, que segundo Ost, reflete o direito como sendo uma pirâmide invertida ou um funil, no qual o próprio juiz e o caso concreto são o limite e também a possibilidade de atuação judicial, agora de natureza indutiva. Para ele, o direito se reduz à decisão, cuja efetividade é suficiente para sua validade. A validade e a legitimidade do direito não estão no vértice da pirâmide, mas agora nos fatos, na decisão judicial a ser tomada.

Hércules e Júpiter, consoante nos ensina Ost, não são outra coisa senão duas imagens do Direito, dois modelos, dois tipos ideais, bastante alijados da realidade jurídica. Todavia estão presentes no imaginário jurídico, a conformar práticas que não se coadunam com o atual paradigma jurídico-constitucional.

Em verdade e pelo que se pode extrair das irrepreensíveis lições desse notável professor, esses dois paradigmas de juiz enfrentam desafiadora crise, há algum tempo, por duas claras razões: porque apresentam uma representação inadequada e falha da situação que desejavam descrever e por não resolverem, satisfatoriamente, as exigências de um direito sintonizado com as preconizações da pós-modernidade.

Apresentando o modelo de juiz ideal, François Ost mostra que Hermes “se relaciona com o Direito na figura de uma rede, interligando uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos”, agindo “como mediador e comunicador, capaz de conectar os diversos discursos, esparsos e concorrentes, na construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos”, pontificando: “É um juiz prudente, que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando sempre de discursos de verdade únicos e imutáveis”.

Finalmente, sustenta que o juiz Hermes jamais se apoiará, exclusivamente, em uma postura dogmática ou, em outro extremo, realista. Não há polos, mas pontos que estruturam um direito cujas as verdades não pertencem a nenhum dos atores envolvidos, mas que é mutável e construído intersubjetivamente.

Por tudo isso, convém destacar o importante papel das escolas de Magistratura, como institutos indispensáveis à seleção, à formação inicial e ao aperfeiçoamento contínuo do julgador, como um efetivo elemento de combate ao inquisitorialismo e ao autoritarismo que ora permeia o pensar e o agir de boa parte de tão importante classe no Brasil.

150NALINI, José Renato. **A rebelião de toga**. Campinas, São Paulo: Ed. Millennium, 2006, p. 290.

E essa formação específica que se prega e que se deve subscrever em sua integralidade, somente pode ser associada à humanidade no exercício da árdua atividade magistratura. O julgador tem que estar carregado de sentimento humano, com uma postura ética, norteadas pelo humanismo, jamais podendo ser um mero solucionador de lides. A carreira de juiz deve ser movida pela vocação e não pelo impulso de ter um cargo de *status*, de boa remuneração, sem apresentar a exigência correspondente a ele.

E, como se vê, não há órgãos mais preparados e indicados para o desempenho desse mister, do que as escolas de Magistratura. Além da própria exigência para assumir o cargo público, a formação continuada do juiz levará em conta a vivência dos já magistrados, a demanda social da região em que atuarão, e a obediência aos princípios constitucionais de respeito à soberania, à dignidade humana, aos direitos dos cidadãos, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como ao pluralismo político.

Todas essas questões têm que ser observadas, tão logo a pessoa tencione assumir o cargo de juiz. Devem ser objeto de curso que explique e evidencie todas as nuances da magistratura, antes de qualquer prova de conhecimento técnico. Somente após frequentar aulas sobre o que, de fato, a carreira de magistrado traz como funções gerais e específicas, é que o candidato estaria apto a inscrever-se no concurso público para o aludido cargo.

Conforme vem se admitindo na seleção de magistrados, em outros países, há de ser considerada a especificidade do caso brasileiro, já que, aqui, há uma multiplicidade de fatores diversificados, própria da “brasilidade”. O contexto social pluricultural do Brasil também faz parte da humanidade com que o Judiciário deve se preocupar na formação do seu magistrado. A adoção de novos caminhos pode resolver muitos problemas, como ocorre, há algum tempo, em países como Portugal, França, Espanha, Estados Unidos, Alemanha e Japão. Enquanto este último, seguido pela Coreia do Sul, premido por necessidades peculiares, adota rigorosa seleção para o exercício da magistratura, do ministério público e da advocacia, em um concurso anual que seleciona o percentual aproximado de 3% (700 aprovados em um universo de 26.000 concorrentes) para o ingresso em instituição pública, que irá prepará-los durante dois anos, a Alemanha, mais ou menos na mesma linha dos Estados Unidos, após rígido curso universitário, investe mais na reciclagem contínua, com cursos de curta duração que observam eficiente planejamento. Mais adequados à realidade com que se tem contato, França, Portugal e Espanha dividem os seus sistemas em dois segmentos, a saber: um que seleciona e forma; outro que aprimora e recicla, sendo de notar que a Espanha, em novembro de 1996, reconhecendo as vantagens do sistema francês (Paris/Marselha),

veio a desdobrar a sua tradicional ‘Escuela Judicial’, ficando a funcionar em Madri o centro de formação continuada e em Barcelona o de formação inicial. A Itália, por sua vez, após sediar em Roma, em 1958, o ‘Primeiro Congresso Internacional de Magistrados’, no qual, sob o tema ‘A preparação do juiz para o exercício da função jurisdicional’, entre outras *risoluzioni* aprovou ‘a necessidade da criação de centros de preparação, pesquisas e estudos, quase 40 anos depois, segundo informe do Professor Giuseppe Tarzia, vem a ocupar-se mais atentamente da preparação dos seus *magistrati* (judiciais e do Ministério Público), o que bem demonstra a força da ideia geratriz e a indispensabilidade dessa instituição no mundo atual”¹⁵¹.

No Brasil, o sistema de funcionamento das escolas da magistratura tem tido certa variação. Mas, como destaca Nancy Andrichi,

os cursos de seleção de magistrados não podem assumir as características de estudos com natureza de pós-graduação, apenas destinados ao desenvolvimento técnico de anterior aprendizagem na Faculdade de Direito. Hão de preparar o candidato para as múltiplas dimensões que envolvem o desempenho da função jurisdicional, principalmente a formação humanística, salientando aqui a bem-sucedida experiência das Escolas de Magistratura do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais que adotaram método moderno e, seguramente, mais eficiente na seleção dos vocacionados¹⁵².

Destaque-se que há um motivo particular que justifica a participação das escolas de Magistratura no processo de seleção dos magistrados: elas estão diretamente ligadas às funções que o novo magistrado terá de exercer. As escolas atuam em uma área que demais institutos de aprendizagem não conseguem adentrar e nem atuar satisfatoriamente, porque há conhecimentos de práticas exitosas, que são disseminadas em seu ambiente, com rapidez e presteza, que não serão encontradas em outros âmbitos. E os cursos de aperfeiçoamento também devem fazer parte da formação continuada do juiz, visto que a atualização regular também é imprescindível à boa função judicante.

Assim, entende-se que a exigência de formação técnica e humanística do magistrado, através das escolas de Magistratura deve se dar em, pelo menos, três momentos: I) por ocasião do curso de preparação para a carreira de magistrado, aberto a qualquer pessoa, que almeje ocupar o referido cargo e que conhecerá peculiaridades da carreira; II) quando do concurso de provas e títulos, com cobrança de conhecimentos específicos e a respeito de matérias que enfatizem reais informações do ser humano e, finalmente, III) na seleção, na formação inicial e no aperfeiçoamento do magistrado, mesmo durante o exercício da judicatura, de forma regular, contínua e reiterada.

151 TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **A formação do juiz contemporâneo**. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/340/r137-13.pdf?sequence=4>>. Acesso em 08out.22.

152 ANDRIGHI, Fátima Nancy, No I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Justiça Federal, de 11 a 13 de junho de 1997.

No primeiro momento, as escolas se empenham em detectar se o aluno, cuidadosamente selecionado, manifesta ou não a sua vocação para o árduo exercício do sacerdócio judicante.

Na concepção de Cristovam Daiello Moreira, essas escolas poderão verificar, antes do concurso, através do curso de preparação à magistratura, se os futuros candidatos possuem ou não pendor para tão ingente missão. Aliás, o próprio candidato ao certame público, durante a realização do curso, após uma conscienciosa análise, tem como perceber se possui ou não a necessária vocação, podendo desistir de ingressar na vida magistratura e ganhando, com isso, o Poder Judiciário e a sociedade a que se deve servir.

Caso o candidato não vocacionado venha a ser aprovado nas provas escritas, ele poderá ainda ser eliminado, por ocasião do exame oral, da investigação social, em que se conhece a sua vida pregressa, e no curso de formação inicial, de que participa, também, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Tudo isso, para que se forme bem o magistrado, em cumprimento às mais importantes exigências constitucionais, com o fim de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, se garanta o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses objetivos jamais poderão ser perdidos de vista pelo Poder Judiciário.

Finalmente, entende-se como absolutamente fundamental, que as escolas de Magistratura, associativas ou judiciárias, como protagonistas do modelo de magistrado exigido pela pós-modernidade, para o enfrentamento dos desafios com que o mundo já se deparou no Século XXI, terão que ser chamadas a participar da comissão do concurso, realizado por empresa técnica legalmente escolhida pelos tribunais.

Perto de se concluir, não se pode deixar de registrar, por oportuno, que em Santa Catarina, a Escola Associativa e a Academia Judicial, perfeitamente sintonizadas com a pregação de Cristovam Daiello Moreira, buscando encontrar o magistrado, de fato, vocacionado, em iniciativa exitosa e pioneira, instituíram o Curso de Residência Judicial, que vem produzindo sazonados frutos para o Judiciário daquela importante unidade federada.

Advoga-se, ainda, que se existirem duas escolas, uma associativa e outra judiciária, como acontece em Santa Catarina e em outros estados, o curso de preparação, os de formação inicial e de aperfeiçoamento continuado, sejam por ambas realizados, em saudável parceria, a fim de que se possa preservar os interesses da Magistratura e do Judiciário e se forme, assim, aquele magistrado

moral, intelectual e funcionalmente vertical. Esse é o juiz com que sonham todos os que têm compromisso com um judiciário respeitado, ágil, eficiente e justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade jurisdicional, como mostra Aury Lopes Jr., é fundante do sistema processual penal. Significa dizer que o processo penal, enquanto sistema de distribuição de justiça, estrutura-se a partir da posição assumida por um julgador que seja, de fato, imparcial. Nesta estrutura dialética o papel daquele que diz o direito no caso concreto é crucial para o equilíbrio, a harmonia de todo o sistema de administração da justiça. A isenção do magistrado, portanto, como princípio supremo em que se funda a jurisdição, para Aury Lopes, só existe no sistema processual penal acusatório, que possibilita decisões justas, humanas e democráticas. Por isso, é de se admitir, que somente no sistema processual penal acusatório, o único a manter o julgador afastado da iniciativa e gestão probatória, do início ao término do procedimento criminal é que enseja a existência de julgador imparcial.

A historiografia revela, a mais não poder, que na estrutura do arcabouço normativo do processo penal dos dias que correm, não mais existem, como no passado, sistemas processuais penais puros. O que se sabe é que o inquisitorialismo, com as suas características, pelo menos a partir de determinado momento histórico, com a famigerada Santa Inquisição, fez-se presente, com certa primazia, na estrutura do sistema de Justiça Criminal e nos seus três subsistemas.

Aliás, Salah Khaled, a esse respeito, revela que a configuração inquisitória sempre foi e ainda é a predominante, pelo menos no âmbito do que o autor concebe como direito continental, permanecendo a maior parte dos debates centrada na intensidade do autoritarismo e não na sua existência.¹⁵³ A partir de tal entendimento, deve ser enfatizado que o problema da definição dos sistemas processuais penais não é somente acadêmico, nem mera questão de divergência doutrinária que conduz à dubiedade quanto à caracterização dos sistemas. Ao contrário, é na definição radical do entendimento dos sistemas acusatório e inquisitorial que está contida boa parte da esperança de superação da enlouquecida ambição de verdade que, ao longo dos tempos idos e vividos, tem sido predominante sobre as tentativas de estabelecimento de um processo criminal justo e democrático, como se espera em um Estado Democrático de Direito.

153 KHALED JÚNIOR, Salah H.. **A Busca da Verdade no Processo Penal:** para além da ambição inquisitorial. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 133.

O certo é que, como se buscou demonstrar ao largo do presente trabalho, fruto de longos anos de incansável e árdua pesquisa científica, não é tarefa impossível, utópica ou inconcebível a erradicação do ranço inquisitorial no processo penal brasileiro. Em verdade, apesar de ser muito difícil modificar conceitos, práticas e ideologias que já se encontram enraizadas no pensar e no agir dos que fazem a Justiça criminal do Brasil, muitos são os doutrinadores, magistrados, membros do Ministério Público, juristas, defensores públicos, agentes políticos e intelectuais em geral, que têm trabalhado em busca de soluções para a extirpação do autoritarismo do sistema penal pátrio. Nomes como Salah Khaled Júnior, Nereu José Giacomolli, Aury Lopes Júnior, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Amilton Bueno de Carvalho, dentre muitos outros, desempenham um papel importantíssimo na consecução de tão importantes alterações.

Caso se mantenha o atual sentimento mudancista no processo penal brasileiro, num futuro próximo, oxalá, um tema recorrente em novos estudos acadêmicos possa ser, em vez de alternativas para superar o inquisitorialismo, os grandes progressos que já tenham sido atingidos a fim de que o Brasil se aproxime de ter uma Justiça penal verdadeiramente humana, justa e democrática, na medida de sua correta aplicação. É como se pensa e, também, o que se espera.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Formação de Magistrados** (lecture). I Fórum Nacional de Debates sobre o Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça e Conselho de Justiça Federal, 1997. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/Volume-VII-.pdf>>. Acesso em 09/05/22.
- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica: Teologia - Deus - Trindade**. Vol. I. São Paulo: Loyola, 2009.
- ARGENTA, Alessandro Rodrigo. Tribunal do Júri: A Dúvida Contida pela Razoabilidade. In: BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **A promoção da justiça no Tribunal do Júri**. Brasília: CNMP, 2021.
- AZEREDO, Nielson Noberto de. Standards probatórios e o controle intersubjetivo da decisão judicial. **Migalhas**. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/339439/standards-probatorios-e-o-controle-intersubjetivo-da-decisao-judicial>>. Acesso em 22/10/2022.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Legitimidade do Poder. In: BRASIL. Senado Federal. **Revista de informação legislativa** : v. 22, n. 86 (abr./jun. 1985). p. 13. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181611/000416863.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 07/07/2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. (Acesso em 21/09/22.)
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 29/09/2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 24/03/2022.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009**. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 30/01/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4768**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Julgamento: 23/11/2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4233888>>. Acesso em 01/12/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.634/RJ**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/12/2006. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/758407>>. Acesso em 09/09/2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. **Revisão Criminal Nº 0700925-50.2018.8.18.0000**. Relator: Pedro De Alcântara Da Silva Macêdo. Câmaras Reunidas Criminais.

Data de Julgamento: 12/07/2019. Disponível em:

<<https://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/visualizar/423922>>. Acesso em 21/09/2022.

CHILE. **Ley19696 - Ministerio de Justicia**. Establece Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>>. (Acesso em 23/09/2022).

COSTA FILHO, Venceslau Tavares da. Tobias Barreto e a questão racial no Brasil pré-republicano. **ConJur**. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/venceslau-filho-tobias-barreto-questao-racial-brasil> >. (Acesso em 04/10/2021).

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

CUNHA Jr, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012.

EYMERICH, Nicolau. **Manual da Inquisição**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FARELL, Santiago. **Tudo o que você precisa saber sobre a Primeira Guerra Mundial**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018. p. 144.

FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a “teoria do autoritarismo”**. São Paulo: Hucitec, 1979. (p. 44).

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal**. Trad. espanhola de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FREITAS, Renato Alexandre da Silva, MISAKA, Marcelo Yukio, VALLE, Nathália do. Uma reflexão crítica aos movimentos de lei e ordem – teoria das janelas quebradas. **Revista Juris UniToledo**. V. 03, n. 04, p.146-162. Araçatuba, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. São Paulo: GEN/Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Uma Nova Teoria das Nulidades: Processo Penal e Instrumentalidade Constitucional. **Acervo Digital da UFPR**. Curitiba, 2010. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/24494>>. Acesso em 24/01/2022

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GOETTERT, Jones Dari. “Sobre o espaço”: elementos para uma leitura das Transformações espaciais do corpo e da casa a partir do Processo civilizador, de Norbert Elias. **XI Simposio Internacional Proceso Civilizador**. Buenos Aires, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso, I e II**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Eutopa-América, 1961.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**, Trad. Miguel Fenech. Barcelona, Labor, 1943. p. 21.

GUARNIZO, Catalina Niño. **La reforma a la Justicia em América Latina: las lecciones aprendidas**. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. **Código de processo penal: breves anotações**. Imprensa: Rio de Janeiro, Livr. Jacintho, 1942.

HACKER, Friedrich, apud MOURA, Edvaldo Pereira de. **Violência Urbana**. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1990.

INGENIEROS, José. **O Homem Mediocre**. São Paulo, 1913. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/217817367/O-Homem-Mediocre#download>>. (Acesso em 19/01/2022).

INSTITUTO Brasileiro de Ciências Criminais. **Boletim**. Ano 30 – nº 351. São Paulo, 2022.

JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Trad. por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 1. São Paulo: Manole, Coleção Estudos de Direito Penal, 2003.

KHALED JÚNIOR, Salah H.. **A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JÚNIOR, Salah H.. **Ordem e Progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury. Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório. **Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio#:~:text=N%C3%A3o%20percebemos%20o%20quanto%20nosso%20processo%20penal%20%C3%A9%20primitivo%20e%20inquisit%C3%B3rio&text=Por%20Aury%20Lopes%20Jr.,brasileiro%2C%20especialmente%20na%20esfera%20penal.>>. Acesso em 08/10/2022.

LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

- LOPES JR, Aury, ROSA, Alexandre Moraes da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>>. Acesso em 21/09/2022.
- MOURA, Edvaldo Pereira de; FERREIRA, Janaína Parentes Fortes Costa. O interrogatório por videoconferência flagrado pelo processo penal constitucional. **Revista Faete**. Ed. 07, 2015. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/papers/27>>. Acesso em 14/09/2022.
- NALINI, José Renato. **A rebelião de toga**. Campinas: Ed. Millennium, 2006, p. 290.
- OST, François. **Júpiter, Hercules, Hermes**: três modelos de juiz. Juizado da Infância e da Juventude, Porto Alegre, v. 7, n. 17, p. 109-130, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/41790>>. Acesso em 11/11/2022.
- PADILHA, Tarcísio Meirelles, apud MOURA, Edvaldo Pereira de. **Violência Urbana**. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1990.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Direito e Poder**. São Paulo: Forense, 1981.
- PLATÃO. **A República**. Organização: Daniel Alves Machado. Brasília: Editora Kiron, 2012.
- PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/87**. Código de Processo Penal (CPP) – Artigo 215º. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075-174878706>>. Acesso em 30/09/22.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RAWLS, J. **O Direito dos Povos**. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código do Processo Penal**. Imprensa: Campinas, 2000.
- ROSAS, Paulo; SILVA, Suely Braga da. **Mira y López e a psicologia aplicada no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1997.
- RODRIGUES, Raimundo Nina. **Mestiçagem, degenerescência e crime**. Faculdade da Bahia. v.15, n.4, p.1151-1182, out.-dez. 2008.
- RÚA, Gonzalo. Argentina. La reforma penal. In: GUARNIZO, Catalina Niño. **La reforma a la Justicia em América Latina**: las lecciones aprendidas. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2016.
- SHELDON, Natasha. “The Man who Saved Hitler”: How Hitler Hijacked a British War Hero’s Reputation. **History Collection**. Disponível em: <<https://historycollection.com/man-saved-hitler-hitler-hijacked-british-war-heros-reputation/>>. Acesso em 19/01/2022.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. *Bulas Medievais, Cultura Punitiva e Processo Penal: sobre as raízes da mentalidade inquisitória*. In: **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**. Vol. 3. São Paulo: Empório do Direito, 2019.

TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. **A formação do juiz contemporâneo**. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/340/r137-13.pdf?sequence=4> > . Acesso em 08/10/22.

THISEN, Gabriela Fernandes. **O Processo Penal e a Cerimônia Degradante**. Orientador: Aury Lopes Júnior. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4840/1/385960.pdf>>. Acesso em 31/08/22.

TORNAGHI, Helio. **A relação processual penal**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de, apud MOURA, Edvaldo Pereira de. **Violência Urbana**. Rio de Janeiro: Escola Superior de Guerra, 1990.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de inocencia en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 1993

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZISMAN, Chaia. **O Espelho**. 1. ed. Rio de Janeiro: 7letras, 2006.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br