

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

FELIPE VAZ DE QUEIROZ

**ATIVIDADE (ANA) CRÔNICA DO JUIZ
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre

2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Q3a Queiroz, Felipe Vaz de
Atividade (ana)crônica do juiz no processo penal brasileiro. /
Felipe Vaz de Queiroz. – Porto Alegre, 2009.
175 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade
de Direito, PUCRS.

Orientação: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Direito Penal. 2. Sistema Processual Penal. 3. Justiça
(Direito). 4. Juiz (Direito). 5. Ética. I. Giacomolli, Nereu José.
II. Título.

CDD 341.43

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MODERNIDADE: HISTÓRIA E SISTEMA	16
2 A MÁQUINA HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS CLÁSSICOS	38
2.1 ACUSATÓRIO.....	40
2.2 INQUISITÓRIO.....	62
2.3 MISTO – A METÁSTASE DO INQUISITÓRIO.....	86
3 RECEPÇÃO DOS SISTEMAS CLÁSSICOS NO BRASIL	95
3.1 ORDENAÇÕES DO REINO.....	96
3.1.1 Ordenações Afonsinas.....	98
3.1.2 Ordenações Manuelinas.....	102
3.1.3 Ordenações Filipinas.....	104
3.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO IMPÉRIO.....	109
3.3 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DA REPÚBLICA.....	115
3.4 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.....	116
3.5 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA DE 2008.....	120
4 PARA ALÉM DA INSERÇÃO SISTÊMICA DO JUIZ E SEU INDISPENSÁVEL COMPROMETIMENTO ÉTICO	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
REFERÊNCIAS	169

RESUMO

A investigação insere-se na linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos e tem por objetivo principal lançar discussão (do papel) da atividade do juiz no processo penal brasileiro, através de uma investigação histórica e sociológica, base do argumento majoritário da doutrina “dogmática” e “crítica”, e sobre a desconfiança de que tratam ambos os ramos doutrinários “antagônicos” dum racionalismo instrumental, em suma, totalitário. Para tanto há um apanhado histórico dos sistemas processuais com lastro em doutrina nacional e internacional, sua recepção no país, de uma maneira descritiva, o que permite entrever que falam os doutrinadores processuais penais, em sua maioria, do “mais do mesmo”. Ao depois, passa-se, perfunctoriamente, à análise da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e algumas categorias, num recorte de acordo com a economia do presente texto, a deixar nas entrelinhas a impressão de que a adoção daquela teoria na base de uma teoria jurídica processual penal também seria reiteração do “total”. Para, então, inserir a desconstrução de Jacques Derrida, de uma maneira também descritiva, com base na sua *différance* e na aporia da *epokhé* da regra, chamar à responsabilidade o juiz brasileiro, de que ele é um móvel da mutação das estruturas e para a imprescindibilidade da ampliação e qualificação da sua escuta, a possibilitar que, na anterioridade da regência ética de sua atividade, rompa com os laços modernos que não permitem a aproximação desta engrenagem (juiz) como a realidade do ser humano que está ali diante dele, nos autos, e aceitar a estranheza do diferente, do outro, do estrangeiro, a fim de que possa escutá-lo, dar-lhe voz, ainda que diante de todo o ruído moderno, e se arriscar, como um *louco*, na possibilidade da justiça, *endereçando-se* na sua decisão premente, porque *não há outra chance*.

Palavras-chave: Sistema Processual Penal. Atividade. Juiz. Diferença. Ética.

ABSTRACT

The investigation falls on the research line Penal-Judicial Contemporaneous System and has the main objective to bring the discussion of the Judge (function) activity on the Brazilian penal process, through a historical and sociologic investigation, based on the majority argument to the “dogmatic” and “criticizes” doctrine, and about the distrust that they treat both of the instrumental rationalism “antagonistic” doctrinaires’ branches, altogether, totalitarian. For that there is a total of a procedural system historic with a vast national and international doctrines, the reception in the Country, in a descriptive way, what permits to distinct what the penal procedural counselors, on your majority, to the “most of the same”. Later on, drives, perfunctorily, the System Theory of Niklas Luhmann and some other categories analyzing, the present article cut referring to the economy, to live on the interlines the impression that the adoption of that theory based on one penal procedure would also be the reiteration of the “total”. Therefore, to introduce the Jacques Derrida deconstruction, also in a descriptive way, based on the rule *difference* and on its own *epokhé*, call to responsibility the Brazilian Judge, that he’s the structure mutation mobility to the imprescindible structure ampliation and qualification of his hearing, allowing that on the prior of his activity ethic regency, brake the modern laces that prevents to approach this gear (the Judge) to the human being reality there is in front of him, on the files, and accept the different strangeness, the other’s, the foreign, aiming to hear him, giving him an opportunity to argue, even though therefore facing the whole modern noise, to risk himself, as a crazy, giving the opportunity of justice, *addressing himself on yours immediately* decision, because *there is no other chance*.

Keywords: Penal Process System. Activity. Judge. Difference. Ethic.

INTRODUÇÃO

“A minha alma tá armada e apontada para a cara do sossego, pois, paz sem voz, paz sem voz, não é paz, é medo.”

(O Rappa)

O fato de o Judiciário ser um poder hermético, e não há como negar, faz com que pouca gente o conheça.

Debater, numa pequena parte, a atividade do juiz criminal é pretensão do presente estudo. Uma preocupação atual do Judiciário (senão uma questão de sobrevivência) é o saber se comunicar, ser compreendido. Desde o processo de redemocratização do Brasil, o judiciário vem merecendo destaque. Num Estado Democrático de Direito, o Judiciário se torna o foco de tensão. Mas pouco se entende da organização do Estado, de democracia e do Poder Judiciário, muito menos da figura do juiz.

Nesse sentido, as mais recentes pesquisas encomendadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – uma pesquisa qualitativa realizada pelo Ibope sobre a imagem do Poder Judiciário e os resultados apresentados durante o XIX Congresso Brasileiro de Magistrados, em Curitiba, com o tema *Desenvolvimento: uma questão de justiça*, nos anos de 2004 e 2006, respectivamente –, trazem a necessidade de se desenvolver uma política positiva de comunicação e divulgar de forma transparente a opinião de juízes, desembargadores e ministros a respeito de assuntos urgentes e controversos da agenda nacional.

No que diz respeito ao âmbito penal, a última pesquisa mostra a realidade da violência que atinge as grandes cidades brasileiras e influencia o comportamento da magistratura. A categoria coloca-se como protagonista importante do combate à criminalidade e anseia pela instituição de formas mais poderosas para combatê-la, seja por meio de alterações legislativas ou da instrumentalização de

procedimentos que possam ser aplicados no combate ao crime. Os magistrados querem o endurecimento da lei penal.

Não coaduno com o pensamento (“prevalente”?) na magistratura, no que diz respeito ao campo penal.

As pesquisas pressupõem o juiz criminal como engrenagem do sistema penal; chefe, ator, que teria como finalidade curar todos os males sociais, principalmente para a questão da criminalidade/impunidade. Nem ao Direito Penal, ao Processo Penal e ao juiz criminal, segundo o nosso pacto constitucional, compete assumir este ônus. Esta mentalidade está ligada ao princípio sistêmico, e a sobrevivência do Judiciário, por sua utilidade. E o agir do juiz criminal nesse sentido estaria deslocado da contemporaneidade.

Qual é o *ethos* do juiz criminal? Pesquisadores vêm debatendo o assunto. Aqui se insere a pesquisa.

Algo me angustia!¹

A curiosidade pessoal e o inconformismo de um juiz (que estou) movem a pesquisa. O grau de tensionamento deste texto, certamente, revelará minha maldade e (in) felicidade do conhecimento desta parte do poder judiciário, que não sei se inteiramente a apreendi.

Dogmáticos e críticos, se é que posso utilizar estes termos classificatórios, estão do “mesmo lado”?

Digladiam-se pelo privilégio de Pontífice: Dono da “naturalização”; o habilitado; o descobridor do “ser” da coisa; o classificador; inclusive, entre os

¹ Novo Dicionário Aurélio Eletrônico – Positivo: Segundo Kierkegaard (v. kierkegaardiano), determinação que revela a condição espiritual do homem, caso se manifeste psicologicamente de maneira ambígua e o desperte para a possibilidade de ser livre. Segundo Heidegger (v. heideggeriano), disposição afetiva pela qual se revela ao homem o nada absoluto sobre o qual se configura a existência.

“filósofos da linguagem”.²

O processo penal é um grão de areia! É um nada, diante do real.

No meio jurídico ainda não se chegou a pensar seriamente na finitude constatada há um bom tempo. A questão da finitude guarda um debate na academia, mas no sentido de construção.

O que me faz lembrar que:

[...] somos todos narcisos, ou seja, mais preocupados em sermos gostados, amados e admirados pelos outros do que com deveres e princípios... lidar com a precariedade da presença e do amor dos outros. Mas não é tão simples assim, até porque, nessa tarefa, o mundo não nos ajuda. Narciso vive no país das maravilhas, diante de uma imensa vitrina de objetos que nos prometem o seguinte: ao alcançá-los, ganharemos o amor, a admiração e (por que não) a inveja de todos. E alcançá-los é fácil – basta comprar: chocolate, relógios, charutos ou pacotes de férias.³

Se o processo penal é uma quimera, que é uma peça da máquina moderna do direito, o que dizer da atividade do juiz como uma peça da engrenagem do processo penal?

Mas que absurdo o que digo! O juiz é real em sua atividade. O processo Penal também. Bem ainda o direito. E se eu algum dia dele precisar?

É nessa perspectiva que me atrevo a escrever.

O objetivo desta pesquisa é analisar os argumentos historicistas e, num

² SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões plurais, itinerários da racionalidade ética no século XX**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p.165-166. (Coleção de Filosofia, 169): “Eis aí a essência de muitas ‘filosofias da linguagem’ (e não só da linguagem): um instrumento de violência e manutenção de poder, aureolado pela ‘credibilidade’ inatacável da neutralidade, muito bem armada com uma pretensão de ‘rigor’ que é, em verdade, a rígida fidelidade ao seu sentido de domínio... medo de perder o controle do discurso... medo mortal da linguagem real... medo do outro... Enfrentar-se com esse medo: eis a questão por excelência de uma filosofia que não se contenta com pouco”.

³ CALLIGARIS, Contardo. Narciso no país das maravilhas. **Folha de São Paulo**, ilustrada, 22 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq2211200725.htm>>.

recorte, o argumento sociológico da teoria dos Sistemas, sem fazer uma leitura crítica e constitucionalmente comprometida, a fim de contribuir para a reflexão dos juízes criminais brasileiros e despertar para a premência de uma mudança de orientação desta atividade, de acordo com a contemporaneidade, em matéria processual penal.

O recorte bem delineado será o de levantar o debate de que o sistema processual não orienta a atividade do juiz criminal no âmbito do processo penal, ou seja, o juiz criminal na direção de um processo não guardaria orientação segundo um princípio de uma legislação infraconstitucional ou mandamento constitucional. Assim, não poderia se esconder atrás dessa justificativa para que sua atividade seja considerada “justa”.

Creio que a postura do magistrado no processo criminal não seja salvadora da democracia substancial e/ou legitimadora da credibilidade da própria função do juiz. A anterior postura ética, a atividade única a cada caso, numa autêntica ampliação e qualificação da escuta, é que propiciará ao juiz, dentro do limite normativo, olhar a possibilidade da justiça e, conseqüentemente, do futuro da sobrevivência humana, e não das estruturas, instituições, organizações e outras.

O primeiro capítulo trará considerações sobre a modernidade, sem nenhuma pretensão de esgotamento do tema, ou fixação de algum paradigma epistemológico; senão colocar a questão da narratividade, da temporalidade, da complexidade, fragmentação, entre outras.

Propiciada a visualização das ideias contemporâneas, no segundo capítulo será abordada a questão dos sistemas processuais, historicamente, e, de maneira descritiva, através dos estudos de doutrinadores processuais penais, como indicativo de uma justificativa retórica e não atenta ao rompimento com a ideia mecanicista moderna, esperado pela contemporaneidade.

Para, a seguir, no terceiro capítulo, um histórico dos sistemas processuais penais brasileiros, com a pretensão de mostrar a dificuldade de observação da estrutura jurídica do processo penal em nosso país. Este capítulo se apóia em duas

obras clássicas em história do processo penal, uma já exposta com as inserções da reforma do Código de Processo Penal de 2008.

Busca-se no período das ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e no Código de Processo Penal, ao longo de sua evolução, um esboço de como eram desenvolvidas as leis e a justiça. Com a vinda de D. João VI para o Brasil, a organização da justiça foi tomando corpo até a sua autonomia total.

No quarto capítulo, desenvolvo o trabalho tendo como paradigma a teoria da desconstrução em Jacques Derrida, a partir do texto *a força de lei, o “fundamento místico da autoridade”*. Nessa busca investigativa da sustentação de uma teoria jurídica processual penal com base na epistemologia sistêmica, inicio o epílogo do texto, forte nos ensinamentos de Giovani Agostini Saavedra, professor da Casa, diante da descrição da teoria sistêmica luhmanniana e suas categorias. Contudo, o pensamento luhmanniano se mantém ainda na mentalidade máquina/progresso e a busca da sobrevivência da sociedade que se confunde muito com o Estado, e não com o humano.

E, ao fim do capítulo, desfila o pensamento derridiano, com lastro no escólio de Ricardo Timm de Souza, filósofo e professor do Curso, além de inserções em Enrique Dussel e Alexandre Morais da Rosa, a permitir, entrevista, a insatisfação da solução funcionalista do sistema para atividade do juiz e chamá-lo à responsabilidade, à imprescindibilidade e premência de que sua atividade regida, em anterioridade, pela ética, por uma questão de sobrevivência humana.

Com respeito ao método de pesquisa, adota-se neste projeto a orientação e conceitos científico-metodológicos de Maria de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos. O método jurídico: cujo procedimento estabelece o objeto que deve ser controlado e que indicará as bases, o fundamento da sistematização jurídica. O método histórico também será utilizado na pesquisa, no que diz respeito aos sistemas processuais e seus princípios, a fim de investigar o alcance de fatos, processos e instituições do passado na sociedade atual, pois a evolução e a conseqüente alteração das instituições, ao longo do tempo, são influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época. A utilização do método dogmático

também será inevitável, em passagem pelos textos Constitucionais, Tratados e Legislação processual penal. E, ainda, o método bibliográfico-documental, com a pesquisa em livros doutrinários e na jurisprudência.

Em complementação, utilizarei os ensinamentos apreendidos em seminários, jornadas, congressos e aulas.

Gostaria que o juiz compreendesse que é visto como um papel abstrato, totalmente desvinculado da pessoa que ali ocupa o cargo, para uma maior previsibilidade, atendendo aos interesses tanto dos dogmáticos quanto dos críticos, a fim de afastar a incerteza, o risco. E assim age em nome sei lá de que... Menos da busca por justiça, em sua ação forense “normal”.

Efetivamente, aqueles que vivem no meio jurídico não suportam a ideia do imprevisível, da complexidade, da contingência. É preciso tudo normatizar.

E diante da morte do cargo de juiz, não do juiz que o ocupa; ou da iminente morte do processo penal, o que fazer?

A intenção é uma tentativa de demonstrar em que *ampliei e qualifiquei minha escuta*⁴, somente. Se isso colaborar para ampliação e qualificação da escuta de outrem...

No mais, nenhuma predicação. Talvez um indicativo para um desenvolvimento em outra oportunidade acadêmica.

A “milícia da ordem” de plantão, seja lá por qual razão, passará a bradar: “Você só quer desconstruir... é um nihilista...É um louco”⁵.

Hoje, sinceramente, não me envergonho.

⁴ Expressão retirada do texto de PESSIN, Liane. **A potência do trágico nietzschiano na clínica psicoterápica**. Dissertação de mestrado PUCSP, p. 4.

⁵ DERRIDA, Jacques. Louco por justiça. In: _____. **A Força de Lei. O “fundamento místico da autoridade”**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

É simples assim. O que me interessa é viver...

Não houve justificativa para Eichmann em Jerusalém, haverá para mim?

O instinto, pois, é de sobrevivência mesmo.

Os tempos são nebulosos! Dias estranhos!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A este ponto do texto cheguei. Quando o comecei nem imaginava esse desenlaço. Aqui posso me explicar em Ricardo Timm de Souza de que “não há na desconstrução, a inequivocidade das interpretações já acabadas”.⁴⁷⁴

Talvez agora possa me explicar um pouco (e só um pouco) a mim mesmo sobre o meu inconformismo, ou melhor, uma “rebeldia sem causa”. Iniciei o texto com uma questão de sobrevivência!

Visualizo agora o caminho percorrido e que não percorrerei mais, não do mesmo jeito. Digo que não o “assinei” antes de começar. A surpresa e o estranhamento a cada passo do texto. A minha intenção era de “base aliada”, acabo como um “fogo amigo”. E, repiso, não faria da mesma forma, senão com idêntica atitude de inconformismo, de subversão.

O roçar o conhecimento causa, efetivamente, estranheza. É entender que não me acho no comando de nada. O que me resta é viver, sobreviver. Como nasci, não comando nada e tenho que sobreviver, sigo o caminho da ruína, e “A ruína não é uma coisa negativa. Primeiramente, é claro que não é uma coisa”, na lição derridiana,⁴⁷⁵ é uma “coisa” que apreendi a amar, aliás, acho que sempre amei.

Gostaria de terminar também como Augusto Jobim do Amaral, em sua assertiva, com base em Agamben, e aqui faço (por que não?):

Studiare e stupire, ou se quiser, estudo e espanto. Duas idéias que remontam às mesmas raízes. Segundo Agamben, ao longo de sua obra a idéia da prosa, a palavra studium traz consigo uma raiz st ou sp, que designa o embate, o choque. Ou seja, aquele que se dedica a estudar se

⁴⁷⁴ SOUZA, Ricardo Timm. **Razões plurais, itinerários da Racionalidade Ética no Século XX:** Adorno, Bergson, Derrida, Levinas e Rosenzweig, coleção filosofia 169, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2004, p. 134.

⁴⁷⁵ DERRIDA, Jacques, **A força de lei**, op. cit., p. 101.

encontra, não raro, em estado semelhante ao de que recebe um choque, estupefato por aquilo que o tocou. Mais ainda: incapaz, tanto de levar as coisas até o fim como de se libertar delas.⁴⁷⁶

Enxergar a minha fragilidade, primeiro, a vulnerabilidade das estruturas, dos argumentos, das teorias, das instituições, é uma perspectiva do olhar que me move. Porque, se assim não fosse, acreditaria na minha infinitude e infalibilidade, enfim, deidade. E, amar é desconstrução. Amo o processo penal, ainda que em toda sua retórica. Mas será que é do mesmo processo penal que falamos?

Sobre o meu exercício diário na judicância acharia dispensável falar do meu amor, e quem ama, vive intensamente o instante. O instante do exercício, da experiência, do sentimento de que me arrisquei ao impossível, no meu dia-a-dia, que parece banal, ou que, efetivamente, é banal ou banalizado, mas que diante dos atos meus, considerados um nada para o real, em alguma hipótese, alguém diferente, distante de mim, pode necessitar de um processo penal e de um juiz, a fim de escutá-lo, no limite, disposto a ouvi-lo e com ele se comunicar, se endereçar.

Por mais surpreendente que para mim seja, termino aqui falando de amor, de vida, de sobrevivência, de justiça, de ser humano... Num trabalho acadêmico. Muito estranho!

Talvez possa ser compreendido o texto como uma “profissão de fé”. Não era esse o meu objetivo. Escrevo aos colegas magistrados, a fim de despertar-lhes que o que julga são seres humanos, e não animais, sob a etiqueta de “criminosos”, e que a diferença na atividade diária pode significar a sobrevivência de um ser humano do nosso “holocausto” carcerário. Existe o assassinato, e cada assassinato é a morte de um ser humano.

Mas dois assassinatos são realizados, um pelo homem, o de sangue, de nossas páginas policiais, e o outro por “deuses” (juízes-decisores), homens que têm o poder de decisão, sem sangue, mas no etiquetamento de uma privação de

⁴⁷⁶ AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e Processo Penal, crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.165.

liberdade, numa cadeia (masmorra) superlotada, ou numa câmara de gás. Que diferença faz? No sangue ao menos se tem um autor humano...⁴⁷⁷

O escrito aqui já não me basta mais. Quero que após apreendê-lo, possa sair de mim na prática diuturna. Ao momento deixo este escrito e uma esperança de, um dia, um exemplo e um futuro possível a quem necessitar do processo penal.

Tá aí mais um parto *a fórceps*, cordão umbilical rompido... mas a dor já não é tanta, diante da estranheza do mundo.

Finalizo como comecei, em Ricardo Timm de Souza:

A criança é a simplicidade que nem sua própria simplicidade conhece... A simplicidade choca... A criança é o inusitado que saiu do jogo da linguagem e se encontrou em um pequeno corpo; sua eterna curiosidade demonstra sua não-filiação à tautologia universal... Quando as crianças cansarão de nascer?⁴⁷⁸

Choro como uma criança recém-nascida que precisa se alimentar da mãe (vida/realidade) para sobreviver.⁴⁷⁹ Preciso me alimentar! A angústia agora é outra: será que vou caminhar?

⁴⁷⁷ “A violência divina, que é insígnia e selo, nunca meio de execução sagrada, pode ser chamada de soberana (*die waltende heissen*)”, Walter Benjamin – apud DERRIDA, Jacques, *A força de lei*, op. cit., p.134; Aqui, uma outra ligação, com o *espírito* citado por Leonardo Boff, na apresentação do Livro Manual dos Inquisidores, Frei Nicolau Eymerich, dominicano, comentários de Francisco Pena, doutor em direito canônico e civil, tradução Maria José Lopes da Silva, RJ, Rosa dos Tempos/UNB, Brasília-DF: Fundação Universidade de Brasília, 1993: “*Mudem os sinais (signos), mas não a lógica de um sistema totalitário e por isso repressivo de toda e qualquer diferença...buscar o bem comum e aterrorizar os outros...o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações...*” E, conclui, no item 5 sobre **o que tornou possível a inquisição e a continuação de seu espírito**. Fato relevante é que a fogueira com punição era realizada pelo braço secular, vide EYMERICH, Nicolau, comentários de Francisco Pena, doutor em direito canônico e civil, tradução Maria José Lopes da Silva, RJ, Rosa dos Tempos/UNB, Brasília-DF: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

⁴⁷⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. **Filosofia mínima: fragmentos de fim-de-século**. Pyr edições.

⁴⁷⁹ SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido, o pensar e o agir entre a vida e a filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2004.