

PUCRS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS –
MESTRADO
SISTEMAS JURÍDICO PENAS CONTEMPORÂNEOS**

THAISE MATTAR ASSAD

O (NÃO) LUGAR DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PORTO ALEGRE

2021

GRADUAÇÃO



**Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul**

THAISE MATTAR ASSAD

O (NÃO) LUGAR DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Ciências Criminais, sob a orientação do Prof. Dr. Aury Lopes Jr.

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

PORTO ALEGRE

2021

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho aos amores, que me fazem caminhar.

AGRADECIMENTOS

Impossível contar a história do processo penal brasileiro sem passar pelo nome de Aury Lopes Jr. Frequentar suas aulas e ouvir suas construções, será sempre um privilégio. Por Guimarães Rosa, aprendi que o que a vida quer da gente é coragem. Aury é um visionário. No seu mister do ensinar, atinge com louvor a missão de um professor: transmitir aos seus alunos a coragem necessária para seguir. Assim, ao meu orientador, rendo todas as homenagens e agradecimentos, *ex toto corde*.

Agradeço à minha vó Hilda, pela doçura transmitida em vida.

Aos meus pais, Elias e Tânia, por terem me conduzido a ser a mulher que sou hoje.

E, por fim, agradeço a Deus, por toda serenidade e forte presença em minha vida.

“O inquisidor realiza mecanicamente sua função, trazendo pela instituição uma Salvação; não é sensato zombar dele, pois ele não pode ouvir nem entender a crítica”.

(LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro, Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 28).

ASSAD, Thaise Mattar. **O (Não) Lugar do Juiz no Processo Penal Brasileiro.** Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2021.

RESUMO

A presente pesquisa visa explorar o suposto desaparecimento progressivo do terceiro, por meio da virada antropológica, dos lugares e não lugares em Marc Augé e do papel do juiz no processo penal, a fim de analisar se o magistrado está inserido em um não lugar. Assim, se abordará o juiz enquanto sujeito processual, com olhos voltados ao sistema de matriz acusatória, delineado pela Constituição Federal de 1988. Com a delimitação do julgador como não-parte processual, busca-se demonstrar a urgente necessidade da reunião de condições de possibilidades para que o juiz consiga exercer a jurisdição com imparcialidade, afastando-se, totalmente, da iniciativa probatória. Assim, trabalha-se com a ideia de que a imparcialidade é princípio reitor do processo penal guiado por inspirações democráticas e realiza-se breve análise da postura e dos principais argumentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) em casos emblemáticos. Ainda, se abordará a gestão de expectativas e o discurso manipulador no processo penal, por meio de uma amostra das conversas divulgadas pelo site "*The Intercept Brasil*" e expostas pela operação "*spoofing*". E, por fim, pretende-se demonstrar as aproximações existentes entre a construção da alma coletiva e da perversidade do discurso que reflete a paranoia de uma magistratura lavajatista.

Palavras-chave: Não lugar. Papel do Juiz. Imparcialidade objetiva. Paranoia.

ASSAD, Thaise Mattar. **The (Non) Place of the Judge in the Brazilian Criminal Procedure**. Master in Law. Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, 2021.

ABSTRACT

This research aims to explore the supposed progressive disappearance of the third party, through the anthropological turn, of places and non-places in Marc Augé and the role of the judge in the criminal process, in order to analyze whether the magistrate is inserted in a non-place. Thus, the judge will be approached as a procedural subject, with eyes focused on the accusatory matrix system, outlined by the 1988 Federal Constitution. so that the judge is able to exercise jurisdiction impartially, moving away entirely from the evidentiary initiative. Thus, we work with the idea that impartiality is the guiding principle of criminal proceedings guided by democratic inspirations and a brief analysis of the posture and the main arguments of the European Court of Human Rights (ECHR) in emblematic cases is carried out. Still, the management of expectations and the manipulative discourse in the criminal process will be addressed, through a sample of the conversations disclosed by the website “The Intercept Brasil” and exposed by the operation “spoofing”. And, finally, it is intended to demonstrate the existing similarities between the construction of the collective soul and the perversity of the discourse that reflects the paranoia of a Lavajatist magistracy.

Keywords: No place. Role of the Judge. Objective impartiality. Paranoia.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	09
1	VIRADA ANTROPOLÓGICA, LUGARES E NÃO LUGARES EM MARC AUGÉ E O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL.....	12
1.1	O juiz como sujeito do processo penal.....	26
1.2	Uma releitura ao papel do juiz no processo penal.....	34
2	A EXPRESSÃO DA DIALÉTICA NO PROCESSO PENAL.....	46
2.1	Jurisdição enquanto poder.....	53
2.2	A imparcialidade como princípio reitor do processo penal democrático ante a impossibilidade de seu exercício efetivo no Brasil.....	67
2.2.1	A imparcialidade estrutural e estética aparente sob a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	83
3	A GESTÃO DE EXPECTATIVAS E O DISCURSO MANIPULADOR NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DAS CONVERSAS DIVULGADAS PELO SITE “THE INTERCEPT BRASIL” E EXPOSTAS PELA OPERAÇÃO SPOOFING.....	94
3.1	Discurso e consenso: a ausência de causa específica de suspeição no direito processual penal brasileiro.....	99
3.2	A relação entre a contemporaneidade das mensagens reveladas pela operação <i>Spoofing</i> com os atos processuais e o discurso utilizado.....	108
3.3	Pinceladas na alma coletiva e na perversidade do discurso que reflete a paranoia de uma magistratura lavajatista.....	125
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143

INTRODUÇÃO

Em razão do desaparecimento progressivo do terceiro – coletividade – diante de imposições de vontades pessoais, parecemos estar envolvidos em uma sociedade que tenta romper o laço entre o indivíduo e o coletivo. A partir daí, nasce a necessidade de se considerar a virada antropológica, os lugares e não lugares em Marc Augé e o papel do juiz no processo penal.

Porém, sob a égide de tal consideração, o que esperar do Direito enquanto Estado-juiz? Enquanto a revelação e consequente consolidação do “dizer o direito”, sob a perspectiva da racionalidade neoliberal, é colocada sobre os ombros de um ser-no-mundo (pessoa do magistrado, que pode ser completamente dissociada da instituição judiciário e de sua real missão), passível de preterir à coletividade em nome de uma singularidade (de um gozo singular)? Em sendo o **não lugar** um espaço dos outros sem a presença dos outros, um suposto espaço constituído em espetáculo¹, está o magistrado, enquanto exerce sua jurisdição em um caso penal, inserido em um não lugar?

Para buscar as respostas desses questionamentos, analisaremos o juiz como sujeito processual, bem como a real compreensão da natureza jurídica do processo, em sua constituição e representação, conjugada com uma urgente releitura do papel do juiz, com olhos voltados ao sistema de matriz acusatória, delineado por nossa Constituição Federal.

A presente pesquisa abordará a necessária separação das figuras responsáveis por acusar e julgar, sob o aspecto crítico de que isto não é suficiente quando não há a clara delimitação das funções² entre o julgador e as partes. Tal delimitação, conforme se demonstrará, além de determinar a ideia de juiz como não-parte, ainda que sujeito processual, pode ser considerada como pressuposto para se (tentar) preservar a imparcialidade³ como pilar de um processo penal democrático.

Ainda que a “verdade” não seja objeto do presente trabalho, buscará se constatar sua pretensão, no campo do processo penal, mitológica e utópica, pois

¹ AUGÉ, Marc. **Le sens des autres**. Actualité de l'anthropologie. Paris: Fayard, 1998, p. 167.

² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

³ “Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127).

inalcançável no plano da realidade humana. Sendo assim, analisaremos como possível a pretensão de justiça, por ser tateável no mundo dos autos, diante das provas e valorações jurisdicionais, demonstrando como não deve pertencer ao julgador a análise do campo da verdade.

Assim, busca-se confirmar que o que é realmente necessário em um processo penal democrático e de matriz acusatória é a reunião de condições de possibilidades para que o juiz consiga exercer a jurisdição com imparcialidade⁴. De nada adianta um sistema com um aspecto esteticamente imparcial, mas que em verdade não permita que o magistrado o seja. Por exemplo, o sistema em que estamos inseridos no Brasil não propicia a preservação da originalidade cognitiva do julgador, ou seja, nossa sistemática processual reinante confronta abertamente o ideal acusatório desenhado por nossa Constituição Federal, fundado nas garantias da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Nesse sentido, parece ser necessária a plena ciência das reais atribuições do magistrado no processo penal, inclusive nas hipóteses de atividade probatória insuficiente ou incompleta das partes, da qual o magistrado deve se conformar e não buscar por supri-las, mesmo que seja para eventualmente colaborar com a defesa: por questão de respeito às esferas de exercício de poder⁵, eis o preço a ser pago pela manutenção de um sistema acusatório, vaticinado por Aury Lopes Jr.

Assim, buscaremos abordar a insuficiência da preservação da originalidade cognitiva do juiz, por meio da mera separação das funções de acusar e de julgar a órgãos distintos; precisa-se de mais para se demonstrar a plena possibilidade de preservação do caráter cognitivo do processo, para que este não se transmude em espécie de processo ofensivo⁶, em que o juiz se posta como inimigo do réu⁷.

Ainda, se trabalhará com a ideia de que o processo, em verdade, para ser devido e reunir condições mínimas para ser considerado legal precisa ter o interesse de se desligar⁸ por completo de sua função atual dos quadros de expectativas criados.

⁴ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. “Afim, se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei”. **Conjur**, 05 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-05/limite-penal-jogo-nao-juiz-nao-jogada-fora-lei>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 73.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535.

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 46.

⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100.

Portanto, a premissa com a qual trabalharemos é a de que a imparcialidade é uma garantia fundamental do processo penal, em especial prevista nos pactos internacionais aderidos formalmente ao ordenamento brasileiro, mas não há, na prática, uma efetiva proteção aos jurisdicionados brasileiros, considerando a extensão de que as Cortes internacionais de direitos humanos dão a esta cara garantia. Com isso, na intenção de demonstrar que a imparcialidade é o grande princípio reitor de um processo penal guiado por inspirações democráticas, realizaremos breve análise da postura e dos principais argumentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) em casos emblemáticos, em franca demonstração de como é a posição pela preservação da imparcialidade jurisdicional e estabilidade do artigo 6º da Convenção Europeia.

Pelo fato de nosso próprio sistema não reunir meios disponíveis que permitam ao juiz se distanciar da causa em julgamento, em adequada posição de equidistância, pretende-se se analisar se estamos inseridos em um contexto de uma crise⁹ que pode ser interpretada como uma crise da legitimidade enquanto tal¹⁰.

Busca-se, pela presente pesquisa, analisar a propensa problemática possibilidade de manipulação da lei e do discurso pelo juiz, contra a qual, já vaticinou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹¹, todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram. Para isso, se analisará a gestão de expectativas e o discurso manipulador no processo penal, por meio de uma análise das conversas divulgadas pelo site “*The Intercept Brasil*” e expostas pela operação “*spoofing*”.

E, por fim, pretende-se demonstrar as aproximações existentes entre a construção da alma coletiva e da perversidade do discurso que reflete a paranoia de uma magistratura lavajatista.

⁹ “O que chamamos de crise de legitimidade remete bem a isto: reconhecer que existe um programa, uma tarefa a ser cumprida, cuja justificação derradeira não poderia ser encontrada no nível em que se situam os protagonistas envolvidos”. (LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 23).

¹⁰ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 22.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 32. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

1 VIRADA ANTROPOLÓGICA, LUGARES E NÃO LUGARES EM MARC AUGÉ E O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

“Como viver juntos respeitando e até favorecendo as singularidades de cada um?”. É com este questionamento que o psicanalista Jean-Pierre Lebrun abre o tópico denominado “uma virada antropológica” em sua obra “A perversão comum: viver juntos sem outro”¹².

Tal questão posta, antigamente, se dava de um modo diverso da atualidade, uma vez que os lugares na sociedade eram dados de antemão¹³. Tanto na Grécia antiga, quanto no Império Romano ou mesmo na Idade Média, não se encontra rastros da questão da singularidade.

O autor se vale de um interessante exemplo do historiador Jérôme Baschet: na Idade Média, ser cristão não é questão de escolha, sequer de crença. É antes de tudo uma questão de fato: é cristão quem nasceu no seio da Cristandade¹⁴.

Não havia lugar para a discussão da singularidade e da escolha do “querer ser cristão”. Apenas com o início do século XIX e com o advento do romantismo é que se reconhece o lugar da singularidade do sujeito, via lugar da emoção subjetiva¹⁵. Até então, a trajetória de cada ser era delineada pela sociedade sendo extremamente tênue a possibilidade da intervenção do destino para que pudesse alterar o rumo da vida.

Com a implementação e sustentação de um sistema democrático, a cada um é reconhecido o direito de questionar o que se quer fazer de sua própria existência. A questão e a reflexão proposta por Lebrun é: a partir dessa mudança radical, quais são os efeitos sobre a vida dos sujeitos?

Inicialmente, o autor traça como premissa a seguinte indagação: “quem poderia, a priori, não ficar feliz com o que parece um processo de libertação individual?”, ocorre que, sob um segundo e mais cauteloso olhar, nasce a sensação de que as consequências podem não parecer tão simples, ao passo em que tal evolução pode ter nos elevado, enquanto sociedade, a um nível alto demais até o

¹² LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008.

¹³ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 203.

¹⁴ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 203.

¹⁵ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 203.

ponto em que perdemos de vista em nome de que uma pretensão à escolha singular podia ser limitada¹⁶. Eis o ponto: limites.

Assim, a grande problemática que permeia a reflexão de Lebrun, neste tópico, é onde encontrar, hoje, o fato determinante que vai decidir entre uma escolha singular que se preocupa e está intimamente ligada às exigências da vida coletiva e uma escolha singular que se legitima apenas em reivindicações próprias do ser-no-mundo¹⁷?

Ante tal evolução, que desagua em uma verdadeira virada antropológica, nos deparamos com a possibilidade de que a singularidade favoreça a dissolução do coletivo¹⁸, o que, inevitavelmente, caminha de mãos dadas com a crise de legitimidade inédita na qual estamos inseridos¹⁹.

O indivíduo não mais incumbe ao Estado a tarefa de carregar a dimensão coletiva²⁰, como premissa maior de sua sobrevivência social. Hoje, o sujeito outorga a si o direito e os meios de optar e poder recusar o Estado que estabeleça limites que confrontem com o que o próprio sujeito reivindica como sua liberdade²¹.

Em realidade, o que se passa hoje, quadra histórica que o antropólogo Marc Augé já havia denominado como sobremodernidade²², é a tradução dos excessos de acontecimentos, imagens e referências espaciais e individuais, é a perda da categoria do outro.

Sendo a referida sobremodernidade – conceito criado por Marc Augé – uma forma de se referir aos fenômenos de circulação, consumo e comunicação²³, em oposição às dimensões identitárias, históricas e relacionais que caracterizam os

¹⁶ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 204.

¹⁷ A noção de ser no mundo foi desenvolvida pelo filósofo alemão Martin Heidegger no tratado Ser e Tempo (Sein und Zeit), de 1927.

¹⁸ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 204.

¹⁹ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 204.

²⁰ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 206.

²¹ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 206.

²² AUGÉ, Marc. **Pour une anthropologie des mondes contemporains**. Paris: Aubier, 1994.

²³ SÁ, Tereza. Lugares e não lugares em Marc Augé. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 26, n. 2, p. 221.

lugares antropológicos²⁴ (espaços em que o indivíduo habita e percorre em que se vincula a sua cultura e a sua história).

O antropólogo Augé, no esteio da sobremodernidade, desenvolve o termo não lugar em contraposição ao conceito de lugar/lugares antropológicos. A referência a não lugares, ao longo de suas obras, é uma tentativa de elucidar de que forma determinados espaços, cujo principal objetivo é permitir “fazer cada vez mais coisas em menos tempo”, estão nos transformando em outros, sob o sentido de que “todos nós temos a impressão de estarmos sendo colonizados, mas sem que saibamos ao certo por quem”²⁵.

Ao passo em que não lugares proporcionam uma intensa circulação de pessoas, coisas e imagens em um único espaço, este não identitário, não histórico e não relacional (o autor se refere a figura dos shopping centers como exemplo inicial), da mesma forma também transformam o mundo em um espetáculo e nós em espectadores de um lugar profundamente codificado, do qual ninguém faz verdadeiramente parte²⁶. Assim, define o autor que “o não lugar é o espaço dos outros sem a presença dos outros, o espaço constituído em espetáculo”²⁷.

Se é verdade que a história da humanidade é um acentuar de transformações que ocorrem ao longo do tempo, o autor alerta para a quantidade e a rapidez de certas transformações atualmente em curso. Essa situação permite cada vez menos vermo-nos simultaneamente enquanto ator e espectador, pois o ritmo das mudanças ultrapassa o ritmo da vida – nada está parado à nossa espera, tudo muda constantemente.

De tal modo, isso tudo se passa como se nossa sociedade sobremoderna, segundo denominação de Marc Augé²⁸, tivesse se desapegado da necessidade de um vazio, da subtração do gozo, do limite²⁹. Em uma primeira e rasa impressão, poderíamos concluir que finalmente entramos em um estágio de libertação do limite,

²⁴ SÁ, Tereza. Lugares e não lugares em Marc Augé. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 26, n. 2, p. 221.

²⁵ AUGÉ, Marc. **A guerra dos sonhos**. Oeiras: Celta, 1998, p. 7.

²⁶ SÁ, Tereza. Lugares e não lugares em Marc Augé. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 26, n. 2, p. 211.

²⁷ AUGÉ, Marc. **Le sens des autres**. Actualité de l'anthropologie. Paris: Fayard, 1998, p. 167.

²⁸ Augé, em capítulo de livro publicado em 2006, apresenta o termo “sobremodernidade”, em vez de “supermodernidade”, como defendeu em 1994. Neste trabalho, usaremos a expressão mais recente proposta pelo autor, considerando que ela representa as suas reflexões mais atuais.

²⁹ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 94.

limite este que sempre representou um impedimento à felicidade (a qual hoje todos estariam aptos a pretender).

Ocorre que, de acordo com Lebrun, não é difícil demonstrar que isso se trata de uma aparência enganosa, provavelmente se constituindo na fonte de uma grande confusão³⁰ social. Para o autor, fato que merece a devida atenção é a análise de como chegamos a essa ruptura de solidariedade entre nossos ‘andares’ que privou de visibilidade a necessidade de perda. Na análise, Lebrun elenca como responsáveis por tal ruptura a conjunção de três fatores³¹ (ou forças):

- a) o discurso da ciência;
- b) a deriva da democracia em democratismo e;
- c) o desenvolvimento do liberalismo econômico sem rédeas.

Com o acúmulo e convergência de tais fatores, toda a noção de limite tende a ser abolida³². A primeira força descrita, relativa à ciência, se deve ao fato, segundo Lebrun, de que houve a necessidade da instalação de um discurso da ciência para possibilitar o aparecimento de uma inovadora forma de distribuição do poder para os sujeitos (leia-se também tecnociência, consistente na ampliação da produção de mecanismos de consumo voltados a preencher o vazio existencial³³). Tal discurso encontrou sua revelação política com o surgimento da democracia moderna.

Tem-se que aí, para o autor, o desenvolvimento progressivo da democracia a conduziu à confusão de sua figura com a dita degenerada organização social denominada “democratismo”, movimento coerente e que converge com a última força acima referida, traduzida no desenfreado neoliberalismo econômico reinante.

E o se observar a base do neoliberalismo reinante, identifica-se que sua âncora está na autorregulamentação do mercado e na iniciativa privada, partindo da divisão do trabalho e dos níveis de produção. Ou seja, a mão invisível reguladora do mercado, fundamentada nos escritos de Adam Smith³⁴, que descarta a interferência do Estado na divisão do trabalho, é o que verdadeiramente infere na produção de

³⁰ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 94.

³¹ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 94.

³² LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 94.

³³ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 95.

³⁴ SMITH, Adam. **A Mão Invisível**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Camonhia das Letras, 2013.

valores, bem-estar e mercadorias³⁵. Ainda, o neoliberalismo carregou consigo a tarefa de, diferentemente da máquina Estatal, demonstrar eficiência (eis o anúncio dos seus efeitos em matéria processual penal), não por meio de coação com força física ou a imposição positivada de regras, mas de maneira cooperativa e consensual, sendo associado a questões econômicas, de interesse coletivo e tomadas como de ordem natural.

Dessa forma, a eficiência somente se efetiva com uma produção maior que se vale de menor quantidade de recursos, ou ainda que produza mais com recursos mais baratos, revelando-se como finalidade principal a potencialização do lucro. No campo processual penal, revela-se pela ampliação dos mecanismos de consenso em contraponto com direitos e garantias fundamentais defensivas, por ilegítima abreviação dos ritos processuais.

Em uma perspectiva de sobremodernidade, no que tange a convergência das três forças acima citadas, cabe aqui a sóbria análise realizada pelo professor Sandro Chignola, em seu artigo intitulado “A toupeira e a serpente”³⁶ em que reflete a respeito do biopoder, principalmente a partir de estudos de Foucault e Deleuze, interrogando a série de elementos configuradores das tecnologias voltadas ao “governo da vida”, tanto em relação ao controle dos corpos, quanto da população, para apontar a profunda mutação do capitalismo como sociedade de controle biopolítico, destacando como o fluxo único e ininterrupto de informações é gerenciado para fins de segurança (riscos) ou de valorização imediata (dados)³⁷.

Segundo Chignola³⁸, quando Foucault³⁹ introduz em sua pesquisa o termo biopoder, o faz em alusão a uma série de transformações relacionadas à implementação do capitalismo. Trata-se de uma organização do poder sobre a vida,

³⁵ “O maior progresso na capacidade de produção do trabalho, e a maior parte do talento, aptidão e critério com os quais ele é conduzido ou aplicado em toda parte, parece, ter sido o efeito da divisão do trabalho”. (SMITH, Adam. **A Mão Invisível**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Camonhia das Letras, 2013, p. 07).

³⁶ CHIGNOLA, Sandro. A toupeira e a serpente. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 19(3), 239-269. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i3.1599>. Acesso em: 10 out. 2020.

³⁷ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

³⁸ CHIGNOLA, Sandro. A toupeira e a serpente. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 19(3), 239-269. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i3.1599>. Acesso em: 10 out. 2020.

³⁹ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

que consiste, de um lado em uma “inserção controlada dos corpos” e, de outro, em um “ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos”⁴⁰. Sem esses dois componentes do biopoder, o capitalismo não poderia se consolidar⁴¹.

Em Chignola se inicia a análise dos elementos configuradores das tecnologias voltadas ao “governo da vida” apontando que Deleuze foi o primeiro a repensar, destacando os pontos de ruptura, a transição do controle disciplinar para o controle biopolítico⁴². As sociedades disciplinares são sociedades em que as diferentes instituições são separadas e fechadas e nas quais o sujeito por elas atravessado é produzido, como um indivíduo, cada vez a partir do zero⁴³. Escola, exército e fábrica, para citar os lugares e os tempos da identificação curricular do sujeito, segmentam seu processo de montagem e trabalho⁴⁴.

São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares⁴⁵. “Controle” é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo⁴⁶. Passou a importar a singularização do sujeito e a se avaliar a capacidade de adaptação às circunstâncias; a um mundo que, a partir da crise das representações homogêneas de classes, nas palavras de Boltanski⁴⁷ e Chiappello⁴⁸, emerge agora como

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁴² FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁴³ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁴⁷ BOLTANSKI, L. e CHIAPPELLO, E. **Le nouvel esprit du capitalisme**. Paris: Gallimard, 1999 [O novo espírito do capitalismo. Tradução de Ivone C. Benedetti e Revisão Técnica Brasília Sallum Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2009].

⁴⁸ BOLTANSKI, L. e CHIAPPELLO, E. **Le nouvel esprit du capitalisme**. Paris: Gallimard, 1999 [O novo espírito do capitalismo. Tradução de Ivone C. Benedetti e Revisão Técnica Brasília Sallum Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2009].

“fragmentado, fracionado, composto unicamente de uma justaposição de destinos individuais”⁴⁹.

Trata-se de uma transição entre uma organização corporativa, uma divisão do trabalho traduzida e organizada por conhecimentos e poderes disciplinares, e uma sociedade de controle, na qual outros dispositivos e outras tecnologias são enfrentados⁵⁰.

Nesse cenário, Deleuze⁵¹ introduz as figuras da toupeira monetária e da serpente. Chignola⁵² explica que a toupeira é adaptada à profundidade, à terra, traduzindo-se em uma forma de vida de estratificação e seu cruzamento. É monetária porque se alimenta de salários e sobre o salário constrói os túneis que cava, desestabilizando-os até implodirem as hierarquias que sua jornada laboral e a medida de salário se fundam. A serpente, por outro lado, é um animal das ondulações e da superfície, adepto às mudanças, constituindo-se em um exercício vivo de desterritorialização e imagem fugaz da potência do devir⁵³.

Ainda, com base em Deleuze, Chignola⁵⁴ declara que a mudança de um animal ao outro – da velha toupeira monetária para a serpente - marca a transição entre duas formações jurídicas diferentes, que corresponde a uma “mutação” profunda do capitalismo, a qual pode ser exemplificada da seguinte forma: a disciplina sempre confiou em uma moeda cujo valor se refere ao ouro; o controle, por outro lado, diz com flutuações, “modulações” que, como valor de referência, assumem porcentagens e margens de câmbio entre as moedas individuais⁵⁵.

⁴⁹ BOLTANSKI, L. e CHIAPPELLO, E. **Le nouvel esprit du capitalisme**. Paris: Gallimard, 1999 [O novo espírito do capitalismo. Tradução de Ivone C. Benedetti e Revisão Técnica Brasília Sallum Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2009].

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁵¹ DELEUZE, G. Post-scriptum sur les sociétés de contrôle. 1990. In Pourparlers 1972-1990. Paris: Minuit, 2003, p. 240-247. Post-scriptum sobre a sociedade de controle. In: DELEUZE, G. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Perbart. Rio de Janeiro: 34, 1992, p. 219-226.

⁵² CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁵³ DELEUZE, G. Post-scriptum sur les sociétés de contrôle. 1990. In Pourparlers 1972-1990. Paris: Minuit, 2003, p. 240-247. Post-scriptum sobre a sociedade de controle. In: DELEUZE, G. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Perbart. Rio de Janeiro: 34, 1992, p. 219-226.

⁵⁴ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁵⁵ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

Assim, compreende o autor que as sociedades disciplinares trabalham no nó indivíduo-massa, isto é, a disciplina trabalha na compatibilização-sincronização do indivíduo com a organização coletiva do processo ao qual o indivíduo está subsumido, enquanto as sociedades de controle quebram esse nó no indivíduo, referindo-se não à subjetividade que a modernidade legou (autorreflexão), mas ao fluxo ininterrupto de informações que o quebra e o cifra.

Chignola cita Deleuze o qual escreve que os indivíduos tornaram-se ‘dividuais’, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou ‘bancos’, os algoritmos que processam informações formam “dados”, “amostras”, “bit”, irradiáveis por instituições segmentares, mas separáveis, customizáveis e vendáveis de acordo com as variações de fluxo, das quais se pode fazer mercado ou “bancos de dados” em que as ondulações podem ser preservadas⁵⁶. Em outras palavras, os indivíduos tornaram-se variações contínuas de dados numericamente processáveis que podem ser montados, na pista de um indivíduo ou de certas populações recortadas como bandas de consumo, índices estatísticos, ressonâncias ou listas de dados, para fins de marketing, benchmarking de serviços e funções organizacionais ou mesmo *profiling* securitário⁵⁷.

Aqui entra a questão do biopoder de Foucault⁵⁸, pois enquanto nas **sociedades disciplinares** o processo de individuação “sempre começa de novo” – o sujeito individual é depurado em relação ao animal, ao corpo desordenado e inútil que à escola, ao exército e ao sistema de fábrica está disponível como matéria-prima, em um processo que faz do fechamento e da descontinuidade de suas instituições seu próprio segredo e limite –, nas **sociedades de controle** é um fluxo único e ininterrupto de informações que é gerenciado e tratado como uma série de possíveis, para fins de segurança (riscos) ou de valorização imediata (dados)⁵⁹.

⁵⁶ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁵⁷ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

Ainda, enquanto nas sociedades disciplinares a norma atua verticalmente como encerramento do circuito da disciplina, como uma “palavra de ordem”, nas sociedades de controle, gerenciam-se fluxos por “senhas” e por cartões digitais que deslocam continuamente a fronteira. Algoritmos para rastreamento, extração e dados de combinação cruzada, segundo Chignola, são as tecnologias que estas linhas de Deleuze antecipam. O novo monstro ao ver de Burroughs e o nosso futuro próximo, de acordo com Foucault.

Partindo para o segundo ponto da análise dos elementos configuradores das tecnologias voltadas ao “governo da vida”, Chignola reflete sobre a noção de “risco”, a partir da qual Foucault constrói a passagem que requer a sociedade de segurança e que, em última análise, não se constitui em um perigo nem uma probabilidade, mas uma realidade imanente aos processos de socialização⁶⁰.

De acordo com Chignola, a “norma” reenvia a um molde ou a uma forma, a um modelo para dirigir, endireitando uma conduta ou comportamento e, “normalizar” significa instalar um espelho relacional em que cada indivíduo, subsumido ao genérico e à circularidade autorreferencial na qual se oblitera a referência ao legislador – seja ele a natureza, a *ratio*, soberano ou Deus –, torna-se a medida e a imagem de todos os outros⁶¹.

Dessa forma, a normalização biopolítica – algoritmo que traça e trata o risco assumindo sua recorrência como não-neutralizável e não exorcizável – deve ser entendida em sua especificidade, que é a de desenhar uma parábola que distribui, sobre a superfície do campo de aplicação, pontos individuais de passagem⁶². No âmbito das disciplinas, é a regra que estabelece, antecipadamente, o critério para a normalização de atitudes, gestos ou condutas; no âmbito do biopoder, a própria normalidade, ou seja, a curva que se evidencia assume a medida na relação entre

⁶⁰ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁶¹ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁶² CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

os sujeitos para elevar-se à amostra, à média estatística, à regularidade imediatamente dada como norma⁶³.

Nesse sentido, Chignola aponta que foi Quetelet que cristalizou a noção de “*homme moyen*” (homem médio), não como um objeto indescritível e indeterminado, mas sim a sociedade enquanto se objetiva, como sua própria variação, no espelho da probabilidade e da estatística. Segundo o autor, com a teoria do “homem médio”⁶⁴. Quetelet⁶⁵ propõe um meio para pensar e representar o indivíduo não em relação a uma essência ou a uma natureza, mas em relação ao agrupamento estatístico no qual expressa uma simples variável numérica, sem a necessidade de uma referência a algo diferente da massa dos dados em si.

Após Quetelet, Chignola explica que, em meados de 1978 e 1987, Foucault gradualmente muda o foco de sua atenção do “biopoder” para “governo” ou “governamentalidade”⁶⁶. Segundo o autor, “*Governare*”, na genealogia do liberalismo que progressivamente é produzida, significa ajustar a regulação à dinâmica que interesses e liberdade desenham, como troca e forma imanente da sua relação⁶⁷.

Assim, quando Foucault fala de liberalismo, é a uma teoria de governo como regulação imanente e como impossibilidade de se distanciar do jogo que a realidade tem consigo mesma que faz referência⁶⁸. Deixar fazer, deixar passar significa certificar-se de que a realidade ocorra de acordo com um processo, da mesma forma que é o processo da realidade, como uma relação entre os elementos que a descrevem. Isso justifica a centralidade da análise sobre risco e segurança⁶⁹.

⁶³ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁶⁴ QUETELET, A. Sur l’homme et le développement de ses facultes. 1835. Paris: Fayard, 1891 [Física social o Ensayo sobre el hombre y el desarrollo de sus facultades]. **Revista española de investigaciones sociológicas**, n. 87, p. 305-324, 1999.

⁶⁵ QUETELET, A. Sur l’homme et le développement de ses facultes. 1835. Paris: Fayard, 1891 [Física social o Ensayo sobre el hombre y el desarrollo de sus facultades]. **Revista española de investigaciones sociológicas**, n. 87, p. 305-324, 1999.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

Citando Foucault, Chignola⁷⁰ escreve que um risco pode ser tratado como desvio ou como limite objetivo da tensão social, ou ainda como recurso que deve ser avaliado para ser desenvolvido. Na primeira forma, o risco constitui um dos eixos do dispositivo político moderno. Na segunda forma, o risco que o indivíduo terá que se responsabilizar torna-se o princípio da lógica empresarial e, em termos de “conversão da contingência em custo fixo”, o princípio do seguro.

Nesta dupla perspectiva, conclui Chignola⁷¹, o risco, inerente ao exercício de uma liberdade cujos efeitos podem ser os mais perniciosos, pode ser assumido como termo de referência para políticas setoriais, cuja proliferação se estende junto à construção de *profiling* de situações de “risco” - seguro social, políticas ambientais, estratégias de segurança: todos eles designam “politicamente” o que seja o risco, corrigindo a curva do que é socialmente determinado e aceito como tal, dado que os riscos, por si e enquanto tais, não se dão naturalmente, ou pode ser proposto como filosofia global a partir da qual a modernidade em si é conduzida a repensar a política e suas instituições.

Partindo, finalmente, para o terceiro ponto da análise dos elementos configuradores das tecnologias voltadas ao “governo da vida”, Chignola destaca que, dentro do triângulo soberania, disciplina, biopoder, os trânsitos e contaminações dão acesso a dimensões e ritmos de diferentes grandezas institucionais e jurídicas na contemporaneidade.⁷²

A partir de então, Chignola reflete sobre duas modalidades de “governança da vida”⁷³. A primeira traduzida em algoritmos de controle biopolítico que modulam fluxos de informação, filtram e canalizam a mobilidade de indivíduos e populações, mas também produzem desterritorializações, espaços fechados, guetos e

⁷⁰ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷¹ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷² CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷³ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

*bidonvilles*⁷⁴. A segunda, consistente em bancos de dados e pacotes de informações que descrevem estilos de consumo ou capturam formas de vida e de cooperação gratuita, que podem ser valorizadas naquilo que se acordou chamar de “*platform capitalism*”.⁷⁵

O autor parte da análise em torno das novas teorias e práticas da penalidade nos EUA e no Reino Unido, pois, segundo ele, uma nova “governança” de punição passou a ser definida e organizada ao lado da prisão, enquanto sua gestão se tornou cada vez mais empresarial⁷⁶. No discurso da penalidade americana, o eixo tradicional estabilizado sobre a retribuição, dissuasão e recuperação dá lugar a uma descentralização significativa em relação à história individual e um reinvestimento fundamental no ambiente geral que atua como referência para regulação, prevenção, redução de danos e gerenciamento do risco⁷⁷.

Para Chignola, não se trata apenas de fechar o círculo subjacente entre punição e expiação aplicando a lei ao caso individual, mas de fazer deslizar o controle para tantos pontos de aplicação quanto possíveis, revertendo a diretriz temporal das funções da punição⁷⁸. Não se castiga um ato que realmente tenha sido realizado, mas se governa o potencial criminógeno das situações, avaliando o risco como possibilidade – portanto, como proveniente do futuro – e desencadeando a característica recursividade entre o futuro e o presente em que a realidade é desmaterializada (o risco, que é uma forma de percepção social, não possui realidade em si) e redesenhada como modulação das operações que a controlam.⁷⁹

⁷⁴ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷⁵ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷⁶ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷⁷ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷⁸ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁷⁹ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

Ressalta o autor que, nesse cenário, a ameaça não tem um referente real, pois é o alarme que a nomeia, isolando e intensificando uma das muitas dimensões do risco.⁸⁰

Dessa forma, o dispositivo penal não identifica, persegue ou pune os indivíduos, mas funciona, de forma sistêmica, para reduzir a complexidade de seu funcionamento, resfriando o potencial criminógeno dos eventos, descrevendo curvas de normalização e prevenindo a determinação de nós ou acelerações que se revelam particularmente “arriscadas”, mesmo quando sua ocorrência efetiva se demonstre pouco provável.

Também nesse cenário focado na estratégia de controle, Chignola destaca a troca de informações que ocorre entre agências e expertises as quais, abdicando de sua especificidade educacional, psicológica ou social, podem ser recrutadas para o trabalho de rastreamento e modulação de situações “de risco”, em uma espécie de processo de terceirização de autoridade que desloca continuamente os limites entre público e privado⁸¹.

De acordo com o autor, a “nova penalogia”, entendida como o conjunto de saberes, de tecnologias e de práticas que trabalham para reduzir os custos sociais de detenção e para tratar o risco ao modo de uma economia, assume o controle de fluxo que é fornecido, além de algoritmos para processamento e processamento de dados, de ferramentas de geolocalização e vigilância (braceletes eletrônicos, dispositivos de senha, prisão domiciliar), de modelos para extração e classificação de informações para fins de prevenção e de redes de classificação para redistribuição e redesignação, com efeito imediato de recolonização interna, de segmentos e segmentos populacionais em espaços supervisionados⁸². O controle de fluxo funciona como um algoritmo de administração e gerenciamento do social

⁸⁰ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁸¹ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁸² CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

(riscos, problemas, questões) e não está mais vinculado ao indivíduo para puni-lo e recuperá-lo.⁸³

O autor atribui como consequência relevante desse entendimento e controle de fluxo, o descarte da noção de risco “probabilístico” próprio do conhecimento estatístico e a transição para uma noção de “possibilidade” que torna a ameaça inseparável, precisamente, porque é sempre iminente.⁸⁴

Segundo Chignola, do ponto de vista das estruturas temporais implícitas neste deslocamento da noção de risco da “probabilidade” para a “possibilidade” – isto é, das estatísticas ao controle – há uma passagem decisiva. Se a lógica disciplinar inscreve-se lançando a norma ao indivíduo no qual seu efeito é produzido, no tratamento biopolítica do risco, ele é decifrado nas assinaturas que o antecipam, é a propagação de uma lógica de precaução que se rende operativa. Isso ocasiona o esvaziamento de uma sociedade de seguro que antes tinha a responsabilidade individual e, em seguida, a prevenção como suas figuras fundamentais. Rompe-se o contrato social e o algoritmo que torna possível o governo do futuro, gerencia antecipadamente a diferenciação de populações ou classes cujo acesso é bloqueado ou são coletadas informações que podem ser valiosas para fins de segurança e produção.

Ao concluir o artigo, Chignola enfatiza que, nas últimas décadas, o modo de produção capitalista tem visto a logística adquirir uma progressiva centralidade. A ruptura do contrato social do século XX não se limita a legar o risco de deixar o indivíduo transformado em empreendedor de si mesmo, mas implica sua decomposição – sua “dividuação” – em dados que permitem a extração de valor da cooperação sem diretamente organizá-la. Na relação contemporânea do capital, a cooperação biopolítica e cognitiva em muitos aspectos é autônoma, pois não necessita de organização e excede a medida social definida pelo dia útil e pelo salário. Para o autor, enfim, a serpente deixou a toupeira para trás.

Com a perspectiva atual exposta, de desaparecimento progressivo do terceiro – coletividade – diante de imposições de vontades pessoais, parecemos estar envolvidos em uma sociedade que tenta romper o laço entre o indivíduo e o coletivo.

⁸³ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

⁸⁴ CHIGNOLA, Sandro. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

Nasce aí o que, segundo Lebrun, agora se espera do Direito: que siga bem de perto a evolução dos modos, que regule as trocas entre os diversos atores da sociedade preenchendo, com leis e regulamentações tudo o que hoje é designado como um vazio jurídico⁸⁵.

Mas o que esperar do Direito enquanto Estado-juiz? Enquanto a revelação e consequente consolidação do “dizer o direito”, sob a perspectiva da racionalidade neoliberal, é colocada sobre os ombros de um ser-no-mundo (pessoa do magistrado, que pode ser completamente dissociada da instituição judiciário e de sua real missão), passível de preterir à coletividade em nome de uma singularidade (de um gozo singular)?

Em sendo o não lugar um espaço dos outros sem a presença dos outros, um suposto espaço constituído em espetáculo⁸⁶, está o magistrado, enquanto exerce sua jurisdição em um caso penal, inserido em um não lugar?

1.1 O juiz como sujeito do processo penal

Talvez não haja forma mais oportuna de se iniciar esse tópico, trazendo uma crítica proferida por Lenio Streck⁸⁷, com a propriedade que lhe é peculiar: “... atuar como magistrado, que não tinha lado, o seu lado era o da lei e a Constituição, doa a quem doer. Pena que isso venha sendo esquecido”.

Para se conceber o juiz como sujeito do processo penal se faz necessária a real compreensão da natureza jurídica do processo, em sua Constituição e representação. Para tanto, importante destacar a determinação dos vínculos que unem juiz, acusador e réu, como também a natureza jurídica de tais vínculos⁸⁸.

Mas antes, é crucial uma digressão histórica na formação de uma determinada forma de pensamento jurídico, que de certa forma já carrega em si, ideias procedimentais básicas de comportamento e consequentemente de atuação⁸⁹. É busca de respostas na origem, desvelando o que é dado como certo e

⁸⁵ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 206.

⁸⁶ AUGÉ, Marc. **Le sens des autres**. Actualité de l'anthropologie. Paris: Fayard, 1998, p. 167.

⁸⁷ STRECK, Lenio. **Precisamos falar sobre direito e moral**. Florianópolis: Tirant Lo blanch, 2019, p. 74.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

⁸⁹ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 132.

aprimorando o desenvolvimento dos institutos, ou seja, revisitar os fundamentos e os fundamentos dos fundamentos⁹⁰.

Com maestria, Augusto Jobim do Amaral⁹¹, afirma que: “o disfarce do estilo autoritário ao longo da história processual penal tem grande profundidade. A metástase das antigas práticas possui os portões abertos”. De certa forma é simples, basta observarmos o modelo de código processual italiano de 1930 que serve de mola propulsora para o nosso código de processo em vigor desde 1941.

Para se analisar a natureza jurídica do processo citaremos as três principais teorias existentes: processo como relação jurídica (Oskar Von Bülow⁹²); processo como situação jurídica (James Goldschmidt⁹³) e; processo como procedimento em contraditório (Elio Fazzalari⁹⁴).

O processo como relação jurídica, pela perspectiva de Oskar Von Bülow⁹⁵, consiste na compreensão de uma relação jurídica diferente da estabelecida no campo das relações do direito material, principalmente por ser uma relação triangular entre autor, réu e juiz com jurisdição (poder)⁹⁶ dotada de reciprocidade de direitos e obrigações.

Pelo (então) inovador panorama trazido por Bülow em sua obra “*La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*”, publicada em 1864, que traz a ideia de “pressupostos processuais” (de existência e de validade), onde o processo passa a ser visto como uma relação jurídica de direito público, autônoma e

⁹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?”. **Conjur**, 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁹¹ AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 132.

⁹² BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

⁹³ GOLDSCHMIDT, James. “**Prozess als Rechtslage**”. Berlim: J. Springer, 1925.

⁹⁴ FAZZALARI, Elio. “**Instituzioni di Diritto Processuale**”. Padova: Cedam, 1983.

⁹⁵ BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964, p. 1-2 [Tradução livre de: —*Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública*].

⁹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 30. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

independente deslocada da relação jurídica de direito material, que se estabeleceria entre as partes e o juiz⁹⁷.

Assim, dada a natureza pública da relação – vinculação a um órgão público da administração da justiça – surge a reciprocidade de direitos e obrigações entre os sujeitos. Com isso, o acusado deixa de ser mero objeto⁹⁸ no processo e passa a ser um ser dotado de direitos, em igualdade de condições com a acusação, bem como o processo deixa de ser observado como mero instrumento para a aplicação do jus puniendi estatal⁹⁹.

Observamos aqui, de forma nítida a influência dos ensinamentos de Bülow no desenvolvimento teórico dos juristas que “beberam em sua fonte”. Tanto que, neste mesmo sentido é a posição de Vincenzo Manzini¹⁰⁰:

A relação jurídico-processual penal é a particular situação recíproca, regulada pelo decreto, em que, vêm a encontrar-se a consequência do exercício das suas atribuições ou do cumprimento de suas obrigações jurídicas, os sujeitos competentes ou autorizados para fazer valer sua vontade no processo penal em relação à ação penal ou a outra questão de competência do juiz penal. É uma relação jurídica análoga, mas não idêntica, a do processo civil e, como todas as relações de direito público, se distingue por vários aspectos das relações comuns de direito privado. É uma relação jurídica sui generis, que não perde sua legalidade unicamente pelo efeito das particularidades que o diferenciam das outras relações de direito. Por nenhuma razão se poderia negar seriamente a natureza jurídica das relações subjetivas reguladas pelo direito. Assumiu um caráter jurídico-subjetivo por efeito do ordenamento da justiça penal no Estado moderno. Os interesses de liberdade e de incensurabilidade do imputado estão reconhecidos e garantidos pela Constituição (art. 24.º, n.º 27, primeiro parágrafo) e pelas outras leis. O acusado não é um mero objeto do processo, mas um sujeito que exerce direitos próprios e se beneficia de condições favoráveis em virtude de normas de direito objetivo. (tradução nossa)¹⁰¹

⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

⁹⁸ Diga-se de passagem, um grande avanço que supera a posição de objeto do processo.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

¹⁰⁰ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Traducción de Santiago Sentís Meledo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires / Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

¹⁰¹ Do original: “*La relación jurídico-procesal penal es la particular situación recíproca, regulada por el derecho, en que vienen a encontrarse, a consecuencia del ejercicio de sus facultades o del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, los sujetos competentes o autorizados para hacer valer su propia voluntad en el proceso penal en relación a la acción penal o a otra cuestión de competencia del juez penal. Es una relación jurídica análoga, pero no idéntica, a la del proceso civil y, como todas las relaciones de derecho público, se distingue por varios aspectos de las relaciones comunes de derecho privado. Es una relación jurídica sui generis, que no pierde su juridicidad por el solo efecto de las particularidades que lo diferencian de las otras relaciones de derecho. Por ninguna razón se podría negar seriamente la naturaleza jurídica a relaciones subjetivas reguladas por el derecho. Ha asumido carácter jurídico-subjetivo por efecto del ordenamento de la justicia penal en el Estado moderno. Los intereses de libertad y de incensurabilidad de imputado están reconocidos y*

Ao analisar o processo em seu aspecto interior, em sua natureza, maneira de ser e valor, Hélio Tornaghi¹⁰² o concebe como relação jurídica – uma relação de movimento que, embora complexa, é una e não estática, mas dinâmica¹⁰³ –, já ao analisar seu aspecto exterior, como procedimento, considera o processo como uma verdadeira sucessão de atos em que os subsequentes são continuação dos antecedentes e estão na dependência destes¹⁰⁴.

Assim, tem-se que o processo tido como relação jurídica, sob a perspectiva de Bülow, se revela como função de oficiais públicos ao reunir direitos e obrigações processuais que se dão entre funcionários estatais e cidadãos. Ou seja, as partes se vinculam em cooperação com a atividade judicial, em típica relação de direito público. Assim, o processo é considerado uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenrola passo a passo.

Eis a crítica: como conciliar/compatibilizar direitos fundamentais e indisponíveis da pessoa humana, no caso, o acusado, em situação de conflito com as obrigações impostas pela relação jurídica obrigacional adotada? Por isso a importância do constante aperfeiçoamento do estudo e da pesquisa.

Já sob a perspectiva de James Goldschmidt, que em sua obra “*Prozess als Rechtslage*”, publicada em 1925, apontou diversas falhas de Bülow, o processo deveria ser enxergado como situação jurídica. Para Goldschmidt o processo é, em verdade, pautado pelo risco e a incerteza, revelado em um conjunto de situações processuais que as partes enfrentam durante o caminhar para uma sentença definitiva favorável¹⁰⁵, onde inexistem relações de obrigações mútuas entre as partes.

garantizados por la Constitución (art. 24, 27 primer párrafo) y por las otras leyes. El acusado no es un mero objeto del proceso, sino un sujeto, que ejercita en él derechos propios y se beneficia de condiciones favorables en virtud de normas de derecho objetivo”.

¹⁰² TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. 1. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1956, p. 13.

¹⁰³ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. 1. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1956, p. 31.

¹⁰⁴ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 109. O saudoso professor afirma que, em breve síntese sobre as teorias ora examinadas, concordando com Bülow em que o processo existe por si e sem dependência do direito chamado substantivo (material). Mas entendem que a ação é a razão de ser do processo, ou seja, sem ação não existe processo, mas sem direito material, não deixa de existir processo, ou seja, pouco importa que o autor tenha ou não razão, mesmo porque, o processo existirá de qualquer forma. O que se exige é que ele tenha ação, que tenha o direito de ingressar em juízo para compor a lide, onde mesmo com a noção de abstração inerente ao direito de ação, para o seu exercício compete apenas àqueles cuja demanda é juridicamente relevante e que preenchem um requisito de ordem subjetiva, a boa-fé, ou seja, de fato, só tem ação o cidadão que se apresenta no meio social como honesto, isto é, que funda sua asserção na boa-fé e que acredita sinceramente fazer jus ao que pleiteia em juízo.

¹⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

Goldschmidt traz a ideia de processo como uma complexa situação em que defesa e acusação, durante a sucessão de atos no caminhar processual, acabam tendo chances propiciadas. Tais chances, quando bem aproveitadas, liberam a parte de uma determinada carga – como por exemplo a probatória – e fazem com que a expectativa por uma sentença favorável seja maior¹⁰⁶. Inclusive, o desperdício das denominadas chances e a não liberação das cargas geram uma situação processual desvantajosa que pode conduzir a uma sentença desfavorável¹⁰⁷.

Registro importante é a inexistência de distribuição probatória no processo penal¹⁰⁸. Ou seja, às partes não incumbem obrigações, mas cargas processuais das quais podem se liberar, de acordo com a estratégia a ser adotada¹⁰⁹. O que existe é a atribuição de provar o alegado pela acusação, responsável por sustentar – ou não – a premissa inicial acusatória trazida na peça inaugural do processo, tendo em conta o princípio da presunção de inocência como grande balizador de um processo penal democrático.

Eis a resposta à crítica feita à teoria da relação jurídica: não impor obrigações ao acusado que se contraponham aos seus direitos é essencial para que o processo penal alcance a sua finalidade de limitar o poder e garantir direitos¹¹⁰.

Em certa continuidade aos estudos de Goldschmidt¹¹¹, que trata do processo como “complexo de expectativas, ônus e possibilidades de agir, não deveres ou direitos”¹¹² (tradução nossa), Elio Fazzalari estrutura a teoria do processo como procedimento em contraditório que busca a equânime participação das partes processuais em iguais condições de informação e reação, sendo o contraditório o grande norte da caminhada processual e núcleo imantador e legitimador do poder jurisdicional¹¹³.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

¹⁰⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Labor, 1936, p. 68. Ou seja, a chamada “Teoria da situação Jurídica” de Goldsmith que em síntese afirma não haver uma relação de direitos e deveres entre as partes do processo, mas sim, um conjunto de situações processuais pelas quais as partes atravessam caminham em direção a uma sentença definitiva favorável, e neste trajeto, cada parte possui a possibilidade de se livrar de cargas processuais, que uma vez praticado o ato, coloca a parte em posição confortável.

¹⁰⁸ Situação essa que coaduna com a ideia de presunção de inocência.

¹⁰⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38.

¹¹⁰ OMMATI, José Emílio Madauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 57/58.

¹¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

¹¹² Do original: “*complejo de expectativas, cargas y posibilidades de actuar, no deberes o derechos*” (GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936, p. 34).

¹¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

Dividindo o contraditório nas dimensões de direito à informação (conhecimento) e reação (um agir em igualdade de oportunidades entre as partes), Fazzalari constrói uma teoria que reúne condições de possibilidade para uma real eficácia dos direitos e garantias fundamentais no processo¹¹⁴, fazendo com que todos os atos do procedimento se revelem na democratização do processo penal, em verdadeira alternância da jurisdição como núcleo imantador do processo para o efetivo contraditório¹¹⁵.

No sentido de enaltecer o contraditório, Geraldo Prado exarou judicioso voto na Correição Parcial n. 0246643-78.2010.8.19.0001¹¹⁶, julgada pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

O processo é “procedimento em contraditório” e é o contraditório, regulando a participação ativa de sujeitos interessados e contra-interessados, que confere validade jurídica às decisões dos tribunais, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹¹⁷, por compor a relação processual, além de exercer poder – inerente a sua função jurisdicional – o juiz, apesar de ser sujeito de direitos, se subordina aos interesses das partes possuindo, assim, direitos e deveres para com as partes. Neste sentido, ocupa a posição de órgão super partes¹¹⁸

Para Coutinho¹¹⁹, a posição do juiz deve ser equidistante das partes, o que não equivale a dizer que o magistrado esteja acima das partes mas sim para além de seus interesses individuais, no afã de representar o próprio Estado (raciocínio que remete à noção de Estado-juiz).

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 223.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 223.

¹¹⁶ RIO DE JANEIRO. TJRJ. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **CP 0246643-78.2010.8.19.0001 FM**. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B8791F30EBC148CC3D5C9CD60A883D3E3FC434366115&USER=>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 31. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

¹¹⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 211.

¹¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 31. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

Neste sentido, a figura do magistrado é de parte de um órgão estatal, não de mero representante do Estado.

Ainda, para Tornaghi¹²⁰, além de não ser verdadeira a afirmação de que juiz não tem interesse no processo, eis que o Estado deve ser o primeiro a se preocupar em evitar a vingança privada (geradora de desassossego social), o fato de o juiz estar superposto às partes pouco importa, pois ainda assim existirá subordinação das partes ao magistrado enquanto Estado, da mesma forma em que existe em todas as relações de Direito público.

Continuando com as críticas: seria suficiente o binômio conhecimento e reação proposto por Elio Fazzalari com a teoria do procedimento em contraditório?

O porquê da referida crítica: o processo penal, assim como todos os ramos do direito, está sob a luz das normas insculpidas na Constituição Federal, que é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, que por sua vez, se certifica um controle de convencionalidade com documentos internacionais que tenha se comprometido a seguir e respeitar. A Constituição consagra de forma descritiva um expressivo rol de direitos e garantias constitucionais do processo que exercem papel fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito.

Pois bem, como bem aponta Thiago M. Minagé¹²¹:

O princípio do contraditório não pode permanecer no discurso abstrato, distanciando-se sua aplicação, em razão das funcionalidades punitivistas do sistema, provocando sua reinterpretação, a contrário sensu, para manutenção das estruturas de viabilização do exercício arbitrário do poder estatal de punir. Em outras palavras, não se pode adaptar o princípio do contraditório à regulamentação legal do exercício do poder desmedido, para satisfação de um conjunto de expectativas criado ou manipulado que busca uma resposta punitiva.

Eis o ponto a ser compreendido e superado, uma vez que, é preciso entender e aplicar o contraditório em 4 níveis, ou seja, para além do binômio conhecimento e reação, vejamos¹²² :

¹²⁰ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. 1. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1956, p. 29.

¹²¹ MINAGÉ, Thiago M. A. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 929-964, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.85> Acesso em: 10 out. 2020.

- (1) a oportunidade de postular a prova em igualdade de condições;
- (2) a possibilidade de se pronunciar sobre a admissão das provas requeridas, antes da decisão sobre os pedidos;
- (3) a participação e assistência na produção da prova, incluindo, a presença pessoal e defesa técnica em todos os atos; e
- (4) a possibilidade de aportar considerações sobre a validade do elemento probatório gerado pela produção, bem como as razões para sua valoração, antes que se convertam em resultados probatórios.

Observamos que: falar sobre o contraditório é mais do que obter informação e reagir ao que foi dito, é mais complexo, deve-se partir da ideia de que se trata de uma garantia política, que deve habitar o cerne do processo penal, ao lado da ampla defesa¹²³, onde e quando, qualquer restrição de seu pleno exercício descaracteriza e macula, de maneira irreversível, a essência do sistema processual penal. Deste modo, um processo em que se amesquinha a possibilidade de informação ou reação, se vê gravemente ferido em sua própria existência, não podendo, em hipótese alguma, ser considerado como democrático e muito menos garantidor de direitos e limitador do poder.

Tal perspectiva é mais bem sintetizada por Minagé¹²⁴, quando ele afirma que:

Assim sendo, a lógica adotada é de que o poder nasce da informação (na dita busca pela verdade), porém, ainda que exista igual acesso às informações (respeitando o primeiro momento descrito por Fazzalari), não haverá contraditório sem a manifesta possibilidade de reação imediata do indivíduo (violando o segundo momento), prejudicando esse poder de resistência à pretensão acusatória, pela quebra na paridade de armas e pela ausência de oportunidade de resposta, na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade, onde todos esses fatores que compõem a substância do contraditório devem ser respeitados para sua efetivação.

A necessidade de compreensão do contraditório, como garantia política, transcende a esfera processual para ser elevado ao nível máximo de respeito e

¹²² SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Interceptação das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. **Segurança Pública**. Brasília: IDP, 2015, p. 7-34.

¹²³ BINDER, Alberto M. **Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática**. Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 34.

¹²⁴ MINAGÉ, Thiago M. A. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 929-964, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.85> Acesso em: 10 out. 2020.

observação de suas premissas e contornos, ou seja, cria-se uma ânsia de punição rápida, no curso de uma investigação ou processo, sob alegação de demora no trâmite processual e necessidade de uma resposta desmedida.

O desafio é: qual a posição e função a ser exercida pelo juiz no processo penal. E de fato, todas as premissas abordadas: relação jurídica, situação jurídica, procedimento em contraditório atendem aos quadros de expectativas criado para com o processo penal? Ou deveriam atender à finalidade de garantias de direitos e limitação do poder?

Certo é: a teoria adotada viabilizará o lugar de posição do juiz e forma pela qual o exercício do poder será exercido em face dos envolvidos.

1.2 Uma releitura ao papel do juiz no processo penal

Temos que a posição do juiz dentro do processo deva ser a de mero espectador¹²⁵, que possibilite situações igualitárias de participação às partes – pautadas no contraditório e na democratização processual¹²⁶ –, inerte e à espera da iniciativa probatória das partes¹²⁷ para, no decorrer dos atos que se sucedem durante o caminhar processual, assistindo o desempenho das partes e o aproveitamento (ou não) das chances propiciadas, de acordo com o conteúdo reunido e cotejado, formar seu juízo de valor e exercer seu poder-dever¹²⁸ de sentenciar¹²⁹.

Tal poder-dever de julgar tem seu conteúdo expresso pelas próprias partes, eis que a peça inaugural da ação, consistente em uma proposta acusatória, nada mais é do que um “projeto de sentença de uma das partes” que dá início ao procedimento, sendo, a peça que antagoniza com esta, um “projeto de sentença apresentado pelo réu”¹³⁰, no afã de dissuadir o magistrado¹³¹.

¹²⁵ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A ‘estrutura acusatória’ atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. **Conjur**, 03 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 4 abr. 2020.

¹²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 77.

¹²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 77.

¹²⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 10.

¹²⁹ Não exercer o poder-dever de punir. Por isso a necessidade de compreender a natureza jurídica do processo e sua finalidade.

¹³⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 10.

Interessante o fato de que, apesar de as partes delimitarem o objeto da decisão do juiz¹³², em seus pleitos, as mesmas não possuem tal prerrogativa (de delimitar) quando se trata sobre a determinação do conteúdo e do sentido da decisão¹³³. Para Frederico Marques¹³⁴, no afã de defender a discricionariedade jurisdicional, o conhecimento e convicção que o magistrado tenha sobre o significado e extensão de uma norma jurídica não podem ser influenciados pelo comportamento das partes. Totalmente descabido na atual conjuntura constitucional e processual.

Ocorre que, mesmo que com tal discricionariedade jurisdicional defendida por Frederico Marques, por ele tida e conceituada por Vincenzo Micelli¹³⁵ como “a amplitude concedida ao órgão judiciário para aplicar a norma legal em harmonia com os fins do direito. Como a lei não pode prever nem a tudo prover, outra vontade é chamada a colaborar com a *volutas legis* para que a norma jurídica melhor se adapte ao caso concreto”, enquanto inseridos em um Estado Democrático de Direito, custa-nos a conceber a ideia de discricionariedade enquanto percepção de que o magistrado pautará seus atos sem ser influenciado pelo comportamento das partes, acima trazida por Frederico Marques.

O ato de sentenciar (para o próprio Frederico Marques) representa o cumprimento da prestação jurisdicional¹³⁶. E para que se chegue a uma decisão legal pautada dentro de princípios democráticos, necessário se dizer que as partes devem sim influenciar e delimitar o desfecho da prestação jurisdicional¹³⁷. Necessário que se exista coerência entre o que foi pedido, o que foi efetivamente produzido e entre o que foi decidido. Eis a importância da real compreensão do contraditório.

Em nome da independência do Poder Judiciário não pode, de nenhuma forma, a magistratura emanar atos arbitrários ou ainda impossibilitar de que se

¹³¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 78.

¹³² O contraditório também exerce essa função delimitadora, evitando sentenças que transcendam o que foi exposto pelas partes

¹³³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 10.

¹³⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 10.

¹³⁵ MICELLI, Vincenzo. **Principii di filosofia deel diritto**. Milano: Societa Editrice Libreria, 1928, p. 281 e seguintes.

¹³⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 10.

¹³⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 10.

coloquem dúvidas quanto à sua imparcialidade. Em um contexto racional – sob a perspectiva do plano da consciência¹³⁸ –, magistrados não querem ser parciais e cuidam para que seus atos tenham respaldo técnico, porém, em verdade, o que não se quer por trás do discurso, é que se coloque em dúvida sua imparcialidade¹³⁹.

O juiz, enquanto órgão de um poder que pertence à soberania nacional, possui um status diferenciado de um mero funcionário público, com garantias constitucionais previstas que o deferem vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. O juiz é um personagem político. Inevitavelmente, decidir, é um ato político¹⁴⁰.

A vitaliciedade do magistrado está garantida constitucionalmente, em seu artigo 95, de forma expressa e também por exclusão das hipóteses que enumera de perda do cargo. Bem como a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, previstas mesmo artigo.

Todas as garantias acima referidas e constitucionalmente asseguradas, revelam-se como algo essencial ao desimpedido e sadio desempenho da atividade jurisdicional, eis que torna o magistrado a salvo de perseguições políticas e/ou governamentais e também acaba por assegurar o exercício do poder (enquanto jurisdição) de forma imparcial e livre de influências externas.

De tal forma, as garantias destinadas aos juízes visam possibilitar ao Poder Judiciário independência jurídica, a qual consiste na não subordinação da magistratura quando no exercício das funções conferidas, exceto à lei¹⁴¹. Assim, conclui-se que o juiz, no exercício de suas funções jurisdicionais, não deve curvar-se a qualquer obediência hierárquica, a não ser a de órgãos censors da magistratura acerca da conduta do magistrado¹⁴².

¹³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 33. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

¹³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 33. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

¹⁴⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 15.

¹⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 15.

¹⁴² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961, p. 15.

O que nos importa, de fato, além de como o juiz enquanto sujeito no processo penal irá se pautar, é como se pode questionar sua atuação destemperada de forma efetiva no processo penal brasileiro.

Ao passo em que nos aproximamos de um sistema de matriz acusatória, temos maior reunião de possibilidades da aplicação processual de aproximar da realização de uma pretensão de justiça, em lógica oposta da pretensão de afirmação de verdade, que é típica de um modelo guiado pelo viés inquisitivo¹⁴³.

Como exemplo, basta analisar o fato de que existe uma íntima relação entre a ambição da verdade real, que impõe ao acusado o dever de se autoincriminar, e os abusos típicos de um procedimento inquisitorial¹⁴⁴. A ideia de que a verdade deve ser implacavelmente perseguida pelo juiz, dominou grande parte do pensamento dos operadores conservadores do direito e, até mesmo, tornou-se a regra e o objetivo do processo penal em um passado marcado pelo derramamento de sangue¹⁴⁵.

Os conceitos de verdade e justiça são dotados de um grau perigoso de subjetividade, vez que travestidos dos mais diversos interesses (inclusive escusos), podem ser utilizados como justificção para que se realizem as mais absurdas barbáries, ainda que em prol de um suposto fim “justo”.

Os juízes, assim como qualquer outro mortal, são seres de carne e osso, dotados de paixão e sentimento, defeitos e virtudes, com crenças e ideologias (por vezes até contrárias às leis que devem aplicar aos jurisdicionados)¹⁴⁶, dessa forma, ainda que inconscientemente, sempre que têm a oportunidade, acabam por aproximar a lei de suas crenças pessoais e maneira de ver o mundo, e toda essa sistemática jurisdicional, ao lado de nossa imperfeição legislativa, na prática, é encoberta pelo próprio sistema de justiça criminal, vez que à margem de interpretação criada pelas leis, dá lugar à paixões e crenças pessoais¹⁴⁷.

A estreita vinculação do juiz à lei (ou ao Direito, em seu sentido amplo), segundo Francisco Muñoz Conde¹⁴⁸, apesar de importante, não garante que o

¹⁴³ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 105.

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 46-51.

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 46-51.

¹⁴⁶ MAYA, André M. **Imparcialidade e processo penal**. São Paulo: Lúmen Juris, 2011, p. 56-72.

¹⁴⁷ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99, p. 9.

¹⁴⁸ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99, p. 13.

conteúdo de justiça de suas decisões. Para isso, segundo o autor, é necessário estabelecer uma vinculação do juiz além da lei, mas à implacável realidade dos fatos. O que é absurdamente perigoso.

Tal observação de Muñoz Conde é fundamental, dessa forma, o juiz deve não apenas aplicar a letra da lei de forma fria e distanciada da realidade, mas deve realizar todo um exercício de tentativa de reconstrução dos fatos, por meio da compreensão da instrução probatória produzida exclusivamente pelas partes, não no sentido de se alcançar a verdade, pois como já foi exposto, é inatingível, mas no sentido de tentar analisar todas as situações que circundaram os fatos.

Ocorre que, lógica diversa acomete o Brasil, eis que, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁹ nos revela ser o “princípio da verdade real” o grande orientador¹⁵⁰ do processo penal brasileiro.

O acúmulo das funções de acusar e julgar, apesar de estarem na essência do sistema inquisitório, não são sua única característica. Um dos principais fundamentos que ancorava a força do inquisidor e o investia de poderes para alcançar a verdade – tida como a realidade – era sua (temerária) infalibilidade. Fato que, por si só, já garantia ao inquisidor inquestionável posição ativa e reinante no processo.

Em um processo de matriz acusatória, a separação das figuras responsáveis por acusar e julgar não é suficiente quando não há a clara delimitação das funções¹⁵¹ entre o julgador e as partes. Tal delimitação além de determinar a ideia de juiz como não-parte, ainda que sujeito processual, é pressuposto para se (tentar) preservar a imparcialidade¹⁵² como pilar de um processo penal democrático.

Não se deve, entretanto, confundir a imparcialidade com neutralidade. Exigir neutralidade de qualquer ser humano é ignorar todos os estudos da psicanálise, uma vez que inseparável a relação do homem com seu meio social¹⁵³. O juiz

¹⁴⁹ Cita-se, como exemplo, os seguintes julgados do STF: HC 119.315/PE; HC 123.779/MG; INQ 4023/AP e; RE 425.734-Agr, de relatoria da Min. Ellen Gracie.

¹⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 479.

¹⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

¹⁵² “Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127).

¹⁵³ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 70.

enquanto ser neutro é um mito, de tal sorte que a imparcialidade não pode ser assim conceituada. Este raciocínio é exprimido pelo ensinamento de André Maya¹⁵⁴:

Todo julgador é humano, inserido em um contexto e uma realidade, um ser-no-mundo, que parte de suas experiências e vivências. O que não se pode admitir é que o julgador saia de sua posição equidistante das partes e se aproxime dos interesses de algum dos lados.

Condição inerente a todo ser humano é constituir-se de uma somatória de suas experiências, traumas e emoções vividas ao logo de sua trajetória terrena. A ninguém é reservado o dom de dissociar-se por completo daquilo que o constitui.

Na prática, a grande problemática jurisdicional está inserida na plena possibilidade de manipulação da lei e do discurso pelo juiz, contra a qual, já vaticinou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁵⁵, todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram.

A exemplo disto, temos no princípio do livre convencimento a possibilidade processual que traveste de legalidade sentenças que, ao se esconderem por trás de fundamentos e requisitos teóricos, refletem uma decisão pautada na mera vontade do magistrado, muitas vezes calcada em uma tomada de decisão prematura e contaminada.

Ou seja, temos a sentença penal como instrumento voltado a legitimar um discurso manipulado e uma mera aparência que possuem como base conceitos absolutamente vagos – e que servem a qualquer senhor – como o da “segurança jurídica” e o da “verdade”¹⁵⁶.

No esteio do “indevido processo ilegal”, sob o tacão das vontades pessoais, temos Tribunais das mais altas hierarquias legitimando desvirtuamentos e a subversão da ordem constitucional, em verdadeiro viés de Pilatos no ato de “lavar as mãos” diante de ilegalidades.

¹⁵⁴ MAYA, André M. **Imparcialidade e processo penal**. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 56-72.

¹⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 33. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

¹⁵⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 33. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

A partir da visão tradicional, que se engana ao conceber a magistratura como a reunião dos conceitos de órgão estatal desinteressado; neutralidade; imparcialidade; independência jurisdicional, dentre outros incapazes de exprimir a real missão os juízes, temos um panorama irreal¹⁵⁷ do efetivo papel jurisdicional.

Pois bem, prosseguindo. A partir da análise da dogmática jurídico-penal em sua aplicação prática, destituída de influências interdisciplinares, podemos notar que o que evidentemente ocorre atualmente é uma confusão entre as pretensões de verdade e justiça, fulcrada na confusão inicial dos próprios conceitos e suas finalidades, pois apesar de serem institutos diferentes e distantes, a prática forense, insiste em fazer com que um (verdade) seja requisito para o atingimento de outro (justiça). Assim, acabam por substituir a pretensão de justiça, por uma única pretensão de verdade, a todo custo.

Tal confusão de pretensões é vista por Tomás S. Vives Antón como uma fonte de erro:

A causa destes dois obstáculos - e de muitos outros que deles derivam – a dogmática penal tem se equivocado, em minha opinião, em suas pretensões. A pretensão da retidão ou correção (da justiça), que, naturalmente, deveria acompanhar as suas formulações conceptuais, tem sido substituída, mais ou menos perceptivelmente, por uma pretensão de verdade. Esta confusão de pretensões é, sem dúvida, uma fonte de equívocos.¹⁵⁸ (tradução nossa)

Ainda, de acordo com Vives Antón¹⁵⁹, o delito em si não é um objeto real, sendo, por consequência, a própria estrutura do sistema não correspondente a algo dotado de objetividade, para o autor, a dogmática não constitui-se como uma classe de ciência, mas como mero modo de argumentar sobre alguns tópicos concebidos por nós, como por exemplo o conceito de ação ou norma, e o processo pelo qual nos permite julgar tais ações (de acordo com as normas).

¹⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 34. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

¹⁵⁸ Do original: “*A causa de esos dos obstáculos - y de muchos otros que de ellos derivan- la dogmática penal ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones. La pretensión de rectitud o corrección (de justicia), que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales, ha sido substituida, más o menos perceptiblemente, por una pretensión de verdad. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de error*”. (ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2010, p. 481).

¹⁵⁹ ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2010, p. 482.

Todos os valores que as normas jurídicas carregam e tentam exprimir, ainda que implicitamente, podemos referir ao ideal da justiça¹⁶⁰, sendo a justiça, desse modo, a expressão de todo o ordenamento jurídico.

Porém, para que a justiça possa ser materializada, de acordo com Vives Antón¹⁶¹, outros requisitos precisam ser atingidos, como a segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade, dentre outros, pois não se constituem apenas como meros aspectos parciais que a ideia de justiça, como central do ordenamento jurídico, pretende instaurar.

Todos estes valores citados (dentre outros) possuem alta importância no momento de se proceder à exigência de responsabilidade jurídica e criminal, produzindo certa estabilidade no sistema e coibindo abusos¹⁶².

A demanda por tais responsabilidades devem ter, em primeiro lugar, um fato ameaçado de punição, após, deve-se verificar se a intenção do agente cumpria com os requisitos do sistema, em seguida, determinar se o fato é oriundo de ação (ou omissão) de quem tinha conhecimento do ilícito e sabia que não poderia agir daquela forma, não podendo agir de outro modo (dentro do esperado juridicamente) e, finalmente, reafirmar, no caso concreto, a necessidade do castigo¹⁶³.

O ponto de partida de toda atividade jurídica é o fato, o qual acaba surgindo como um problema advindo da realidade, e que deve ser absorvido, em um exercício de subsunção, pela norma jurídica¹⁶⁴. Para isso, de acordo com Francisco Muñoz Conde¹⁶⁵, deve-se primeiramente averiguar como esse fato se deu realidade, sendo tal tarefa árdua, vez que a pessoa (no caso o magistrado) que analisa o problema, por não ter tido contato direto com este, está diante de algo que está no passado.

Assim, a missão do juiz é trabalhar na reconstrução dos fatos, para tentar alcançar a maneira que eles se deram no plano real. Registra-se que tal trabalho

¹⁶⁰ ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2010, p. 482.

¹⁶¹ ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2010, p. 482.

¹⁶² ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2010, p. 482.

¹⁶³ ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2010, p. 482.

¹⁶⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 15.

¹⁶⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 15.

apenas se aproxima da realidade, pois não é possível reproduzir o fato em todos os seus detalhes e circunstâncias, vez que a situação das pessoas e das coisas efetivamente se alteram ao longo do tempo (em maior ou menor grau), tornando-se distantes do que realmente aconteceu¹⁶⁶.

Evidenciado está que a pretensão de verdade é mitológica e utópica, pois inalcançável é no plano da realidade humana. Sendo assim, a pretensão que deve prevalecer no procedimento penal é a de justiça, aquela que é tateável no mundo dos autos, diante das provas e valorações jurisdicionais, não pertencendo ao julgador a análise do campo da verdade.

A falsa pretensão de alcance da verdade real com o objetivo, aparentemente nobre, de se atingir a justiça, permito-me atribuir àqueles que são dotados, de acordo com Luís Alberto Warat de um “senso comum teórico dos juristas”, carentes de um saber crítico:

Em certo sentido, podemos dizer que, mediante o jogo estratégico dos conceitos, estes são reapropriados pelo senso comum dos juristas, convertidos, novamente, em significações, quer dizer, em signos, de múltiplas evocações conotativas¹⁶⁷

Desse modo, o que existe na realidade é uma subversão do conceito de verdade e a sua utilização ao dispor de interesses escusos.

O argumento da busca da verdade como balizador do processo penal e, assim, como legitimador da atividade probatória¹⁶⁸ do juiz, atualmente é completamente ultrapassado, seja devido ao seu viés filosófico, a partir da filosofia da linguagem, vez que mostra-se incompatível com um modelo processual narrativo, ou também por conta de diversas provas históricas de que este argumento já nos deu, pois os maiores abusos já cometidos na humanidade foram praticados em homenagem à busca da verdade real (por exemplo o uso da tortura para obtenção

¹⁶⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 15.

¹⁶⁷ WARAT, Luís Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. **Revista Sequências: Estudos Jurídicos e Políticos**, UFSC, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982, p. 50-51. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1566> Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁶⁸ Importante rememorar o importante precedente firmado no julgamento da ADI 1.570, em que foi declarada a inconstitucionalidade da possibilidade, autorizada pelo art. 3º da Lei 9.034/1995, de o julgador realizar a coleta de provas que podem servir, mais tarde, como fundamento da sua própria decisão.

dessa verdade)¹⁶⁹, assim, desconsiderar esse perigo é incorrer no risco dos mesmos erros serem cometidos.

Reforçando este raciocínio, Francisco Muñoz Conde¹⁷⁰ afirma que o processo penal não é o meio adequado para se encontrar a verdade, vez que apenas se trata do cumprimento de ritos e fórmulas procedimentais. Ainda, Muñoz Conde¹⁷¹, ao citar Habermas, afirma que a busca da verdade, dentro de um discurso institucional possui suas particularidades que a distinguem dessa busca em um discurso dotado de liberdade, o qual, justamente devido à liberdade, as partes estão em um plano de igualdade, possuindo ambas o mesmo interesse em se encontrar a verdade.

Sob a ótica de Francisco Muñoz Conde, a chamada busca da verdade está também ainda mais limitada sob a égide de normas processuais, garantias constitucionais e princípios, como o da proporcionalidade:

Em um processo penal, a busca da verdade está limitada mais pelo respeito a algumas garantias que inclui o caráter de direitos humanos reconhecidos como tais em todos os textos constitucionais e leis processuais de todos os países de nossa área de cultura. Princípios como o da proporcionalidade ou o direito à intimidade impedem utilizar, de um modo absoluto ou relativo, técnicas de averiguação da verdade, como a tortura, o uso do chamado 'soro da verdade', o detector de mentiras ou as gravações de conversas telefônicas sem autorização judicial".¹⁷² (tradução nossa)

Assim, a pretensão de busca da verdade com a finalidade de se atingir a justiça, além de ser equivocada, pode conduzir o processo à abusos e conclusões equivocadas, como por exemplo na possibilidade de se justificar o uso de quaisquer

¹⁶⁹ GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como aplicação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2015, p. 21.

¹⁷⁰ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99, p. 49.

¹⁷¹ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99, p. 49.

¹⁷² Do original: "*En la proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura. Principios como el de proporcionalidad o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado 'suero de la verdad', el detector de mentiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial*". (CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99, p. 52).

meios probatórios – inclusive a tortura – que impliquem na anulação completa de direitos e garantias fundamentais.

Além de que, não se pode esperar que advenha do processo penal qualquer verdade, eis que este funciona como mero instrumento de reprodução de fatos históricos – que pertencem apenas ao passado – e que estão intimamente ligados a uma variável absolutamente irrepitível: o tempo¹⁷³. Assim, o resultado do caso penal nunca será absolutamente verdadeiro, pois o transcurso do tempo transforma o contexto¹⁷⁴.

O argumento da busca da verdade como finalidade de se alcançar justiça, já se fez presente em nossa história recente, nos dando provas de que por mais nobre que seja o fim, para que não sejam cometidos abusos homéricos em nome desta “senhora verdade”, acima de tudo, normas procedimentais devem ser resguardadas em todos os casos, pois um abuso contra um, constitui uma ameaça contra todos.

Importante ressaltar o perigo escondido por trás do subjetivismo dos conceitos de verdade e justiça, os quais, em determinado e conveniente momento, podem abarcar diversos interesses (inclusive escusos) e serem legitimados pela norma penal. Assim, necessitamos ter em mente que a verdade do momento dos fatos é, e sempre será, inalcançável.

A busca por uma verdade¹⁷⁵ absoluta implica em certezas e afirmações universais que vilipendiam o respeito pelas diferenças¹⁷⁶, base fundante de qualquer democracia.

Temos como certo que a pretensão científica de afirmação de uma verdade é algo completamente fora de alcance do campo do direito¹⁷⁷, campo este essencialmente falível que, além de não se consubstanciar como ciência, por ser

¹⁷³ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 105.

¹⁷⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99, p. 39.

¹⁷⁵ Sobre a verdade, Carnelutti¹⁷⁵ se debruçou e concluiu: “Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos tentar compreender por que CRISTO disse: ‘Eu sou a verdade’”. (CARNELUTTI, Francesco. Verdade Dúvida e Certeza. In: Clássicos do Direito Processual. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 9, jul./set. 1998, p. 607).

¹⁷⁶ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 105.

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 105.

produto de elaboração humana enquanto forma de argumentar, precisa reduzir sua pretensão de afirmação e permanecer na busca do alcance da justiça possível e realizável¹⁷⁸.

Por isso, necessária é uma releitura ao papel do juiz no processo penal com olhos voltados ao sistema de matriz acusatória, delineado por nossa Constituição Federal. Não há como se insistir em uma atuação jurisdicional nas garantias pautadas da Constituição Federal sem possibilitar aos magistrados que, de fato, possam ter sua originalidade cognitiva preservada.

¹⁷⁸ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 105.

2 A EXPRESSÃO DA DIALÉTICA NO PROCESSO PENAL

Muito se discorre sobre a questão de ser ou não o processo penal um processo de partes, eis que este é um pressuposto do direito ao contraditório¹⁷⁹, direito que apenas se consubstancia na igualdade que deve existir entre acusação e defesa no momento de sustentarem suas posições ancorados em idênticas possibilidades.

De acordo com Germano Marques da Silva¹⁸⁰, o modelo padrão de um processo de partes nos é apresentado como sendo aquele estruturado como uma discussão entre o acusador e o defensor perante a passividade do juiz e em que as partes representam interesses contrapostos.

Interessante observarmos que em nosso modelo processual penal brasileiro não se é possível afirmar que sempre haverá interesses contrapostos entre acusação e defesa. O fato de o Ministério Público ser um órgão que se preste a promover a justiça, dentro dos pressupostos democráticos e de sua missão institucional, certamente, não fará com que sua função seja de promover apenas a acusação em casos penais. A busca de uma condenação a qualquer custo não se coaduna com a verdadeira função ministerial.

De mesma forma, é válido o raciocínio de que nem sempre haverá interesses contrapostos entre acusação e defesa também pelo fato de que pode não haver “pretensão resistida” por parte do acusado quando este for réu confesso, por exemplo.

A concepção de que o processo como direito fundamental, seria uma espécie de procedimento, caracterizado pela presença do contraditório, como um conjunto de atos, até porque, se contém procedimento, é mesmo inafastável. Ocorre que, esse processo, como um procedimento desenvolvido com participação dos interessados, destina-se a um fim específico, qual seja, a prolação de uma decisão pelo juiz, no entanto, imperioso que essa decisão, para ser legítima, deva ser resultado da atuação das partes de forma **dialética**, na ordem estabelecida pela lei.

Tal perspectiva tornou possível a compreensão de que, entre procedimento e processo não há distinção, e sim, uma relação de inclusão, uma vez que, o processo

¹⁷⁹ SILVA, Germano Marques da. **Direito Processual Penal Português: Noções Gerais: Sujeitos Processuais e Objecto**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 153.

¹⁸⁰ SILVA, Germano Marques da. **Direito Processual Penal Português: Noções Gerais: Sujeitos Processuais e Objecto**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 155.

é uma espécie do procedimento, e dele se distingue por uma propriedade particular, que é o contraditório. O procedimento torna-se parte essencial do processo¹⁸¹. Este traço distintivo entre os dois não se limita a pensar num conceito amplo de um e outro, entendendo ser o processo uma espécie do procedimento, desenvolvido com a participação **dialética**¹⁸² das partes destinatárias da decisão final, ou seja, o processo se caracteriza por uma característica reitora do procedimento, caso contrário, haverá procedimento sem processo.

Portanto, o procedimento distingue-se do processo, pela ausência da qualidade indissociável daquele que é o contraditório, devendo merecer estudo especial para defini-lo, não mais como a ritualística manifestação perceptível do processo, mas como uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, que se configuram pela sequência obediente à conexão de normas procedimentais preexistentes. É a estrutura extraída do texto normativo, que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia, pelo princípio da reserva legal.

Por óbvio, o procedimento não se concretiza pela lógica diretiva da atividade jurisdicional do juiz, mas pelas condicionantes-lógicas dos princípios e institutos do processo constitucional democrático, nas quais as partes integrantes do processo influenciam diretamente na decisão final, a ser tomada pelo juiz no exercício do poder jurisdicional¹⁸³.

Importante compreender que o procedimento, em abstrato, como sequência de atos, tem compromisso com os fins da jurisdição e, com os direitos dos cidadãos, ou seja, o processo e o procedimento não só servem ao exercício da jurisdição pelo Estado, de modo a proteger os direitos fundamentais do indivíduo, mas, também, são legítimos porque permitem o exercício do poder jurisdicional de maneira democrática, assegurando o contraditório e respeitando os preceitos democráticos insculpidos na Constituição de 1988¹⁸⁴.

Tendo em vista o sentido político, o **juízo oral** adquire um protagonismo de centralidade do processo, uma metodologia, por conta de que, a todo o momento, o investigado ou o acusado terá o direito de influenciar diretamente na decisão a ser

¹⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

¹⁸² Entende-se por dialética o método para compreensão empregado (tese x antítese = síntese).

¹⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 401-404.

tomada pelo juiz, principalmente, nos casos em que, a respectiva decisão puder afetar diretamente a liberdade do indivíduo.

A implementação do contraditório oral, mediante uma atuação dialética, entre defesa técnica e acusação, para pedido de imposição de prisão cautelar ou mesmo de medidas diversas, seja na fase pré-processual ou durante a instrução, protege não só os direitos individualizados, como garantem uma influência e controle direto na decisão a ser proferida, fortalecendo toda a estrutura jurisdicional no exercício do poder.

Maior dificuldade encontra-se na contracultura jurídica que se vive. Existe um apego ao formalismo escrito, que acabam por constituir um verdadeiro obstáculo na implementação de mudanças. Óbvio que a história acaba por modelar todos os processos e, também, o próprio desenvolvimento dos sistemas judiciais, no entanto, conforme aqui trabalhado, deve-se prezar pela observação de todos os direitos e garantias previstos na Constituição, mesmo que, em detrimento de tradições práticas, que tentam impedir a evolução jurídica.

Com a gradativa adoção do modelo acusatório, algo que se mostrou como imprescindível foi a divisão do processo em fases e a outorga das atividades de acusar e julgar a pessoas e órgãos distintos¹⁸⁵. Desta necessidade¹⁸⁶, de garantir a imparcialidade do juiz, nasce o Ministério Público.

A partir daí, podemos vislumbrar, com facilidade, a grande importância institucional do Ministério Público, parte fabricada¹⁸⁷ e estruturante de uma dialética processual. Assim, denota-se um nexo entre o sistema inquisitivo e o Ministério Público, eis que a necessidade de fragmentar a atividade estatal, naturalmente, exigirá duas partes¹⁸⁸.

Temos, então, que a posição do Ministério Público é de parte, enquanto a do juiz é de ser mero espectador¹⁸⁹ destinatário da produção probatória realizada pelas partes, além de responsável pela oferta de respostas às demandas de justiça

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 158.

¹⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 158.

¹⁸⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 158.

¹⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

¹⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 71.

submetidas ao Estado¹⁹⁰. A magistratura enquanto entidade completamente afastada da atividade probatória não é diminuída¹⁹¹, muito pelo contrário, é esse afastamento que pode criar a isenção necessária que permita o verdadeiro controle¹⁹² sobre a atividade de produção probatória atinente às partes, no sentido de possibilitar uma atuação voltada a garantir os interesses do acusado durante a produção probatória (por exemplo: evitar pressão em interrogatórios com o indeferimento de perguntas).

A exemplo do quão importante é que cada um ocupe seu lugar constitucionalmente demarcado, como vaticinou Jacinto Coutinho¹⁹³, Denilson Feitoza¹⁹⁴ expõe:

O juiz brasileiro deve ter a coragem, a força moral e o senso crítico necessário para assumir sua missão, implementando a Constituição com observância do princípio da supremacia constitucional, que lhe impõe e possibilita o reconhecimento da inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que sejam compatíveis com o princípio acusatório constitucional.

Não se pode perder de vista, ainda, que não há o que se falar em pretendida imparcialidade do Ministério Público, tal construção jurídica representa um grave equívoco, muito bem explicado por Carnelutti¹⁹⁵. Se a intenção é adotar um sistema de matriz acusatória, nada mais lógico do que o Ministério Público assumir sua posição de parte processual. Na posição de parte, não é possível se defender a equidistância com a prova¹⁹⁶, ou mesmo sua pretensa imparcialidade (não há contaminação possível), eis que sua função se revela justamente em optar por um caminho de produção de provas que sustente sua formulação acusatória inicial (denúncia).

¹⁹⁰ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 110.

¹⁹¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Editora Gen Atlas, 2020, p. 505.

¹⁹² BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 113.

¹⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, p. 103-116, jul./set. 2009.

¹⁹⁴ FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**. Niterói: Impetus, 2008, p. 39.

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 116.

Não há como exigir da mesma parte que exerça funções tão antagônicas como acusar e defender, o que se deve exigir, em verdade, é a estrita e fiel observância da legalidade e da objetividade. Assim, a parcialidade do Ministério Público – enquanto parte – é condição inerente ao contraditório e a dialética no processo até para que possa possibilitar à defesa condições mínimas de exercer sua função¹⁹⁷.

Inclusive, as próprias reformas processuais recentes¹⁹⁸, que possuem olhos voltados à Constituição Federal e objetivam efetivar a consagração da pretensa implementação do sistema acusatório no Brasil, referendam uma postura ativa do Ministério Público enquanto parte, limitando poderes de magistrados que, com perfil dominador, se adiantavam na realização concreta processual do silogismo regressivo, escravizando a produção probatória em face de convicções adquiridas¹⁹⁹, em ato subversivo de transformar a missão de julgar em missão de vingar, em prática de uma verdadeira farsa processual.

Infelizmente, o que se observa no Brasil é uma forte resistência à implementação das diretrizes de um sistema de matriz acusatória. Porém, denota-se que tal resistência não é relativa à espécie de rejeição ou receio ao novo, mas sim de uma séria disputa sobre o poder²⁰⁰.

A medida em que exista, em um sistema de matriz acusatória, a plena separação entre as funções de acusar e julgar em figuras (pessoas) distintas, o que ocorre, na prática, é a divisão do poder. O magistrado deixa de se preocupar com atividades que agora passam a ser inerentes de um órgão novo e fabricado²⁰¹ para estruturar e tornar possível uma dialética processual: o Ministério Público.

¹⁹⁷ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 116.

¹⁹⁸ Lei nº 11690/2008, Lei nº 12.403 de 2011, Lei nº 13.964 de 2019, dentre outras.

¹⁹⁹ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 111.

²⁰⁰ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 111.

²⁰¹ “Na Alemanha, até o século XIX, com a prática do processo inquisitório, a figura do juiz se confundia com a do inquisidor. Somente com o advento do Processo Penal Reformado é que a condução da investigação foi encarregada ao recém-criado Ministério Público. Ou seja, foi criado um órgão acusador. As atribuições desse novo órgão se mesclavam às funções de defesa jurídica do Estado”. (SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 31).

Um julgamento sóbrio apenas pode ser alcançado a partir da dúvida²⁰². Não por um julgar com dúvida, mas sim pela atuação de uma magistratura que desafie sua própria mentalidade inquisitória e exerça sua função de decidir (no sentido de alcançar uma parcialidade como resultado) após ter funcionado como mera espectadora de um duelo entre as partes²⁰³.

Porém, em realidade, o ato de duvidar é tarefa mais árdua do que se pensa, eis que se revela em um afastamento da ignorância para uma aproximação ao conhecimento, sendo certo que os dois maiores inimigos da dúvida são chamados de ignorância e orgulho²⁰⁴. Assim, quem menos conhece, menos dúvida carrega²⁰⁵, pois o caminho do saber envolve certo grau de dificuldade e de desafio. É por isso que no processo há dúvida²⁰⁶. A dúvida é o elemento fornecido ao duelo. As partes servem para isso no processo: lutar entre si, entre elas, sendo o duelo o contraditório e a parcialidade revelada pela superação do que se apreciou do duelo²⁰⁷.

O juiz não está vinculado às partes, mas precisa delas²⁰⁸. Daí o nexó entre o processo de matriz inquisitorial e a figura do Ministério Público. O papel inerente a atividade do órgão ministerial é de confrontar a parte defensiva no sentido de sustentar a proposta acusatória (denúncia) e, quando não obter sucesso nesta tarefa, ter como uma de suas opções inclusive o pedido de absolvição. Ao passo em que não há uma estrutura dialética no processo, quando não há naturalmente duas partes aptas a exercerem o contraditório, algo precisa ser criado, por isso a necessidade de fabricação do Ministério Público como parte artificial, eis que, do contrário, tal função precisaria ser exercida pelo Estado-juiz, fato que desvirtuaria por completo sua missão institucional.

²⁰² CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

²⁰³ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

²⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

²⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

²⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

²⁰⁷ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

²⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

Há que se considerar ainda que, com o advento da Constituição Federal, nasceu um desenho de Ministério Público que deve atuar na vanguarda do regime democrático²⁰⁹, com atribuições crescentes e variadas com relação às garantias constitucionais das minorias, da defesa do patrimônio público e de direitos difusos, por exemplo.

Com as reformas processuais e, principalmente, pelo advento da Constituição Federal de 1988, encontra-se, hoje, o Ministério Público, na condição de parte processual responsável pela formulação do caso penal a partir do qual pretende – e deve – produzir elementos de prova suficientes, em contraposição (ou não) da parte defensiva, que possam ensejar o provimento jurisdicional de seu pedido²¹⁰. Não pode mais o órgão ministerial adotar a postura de mero espectador da atividade probatória do magistrado, eis que quando assim atua abre mão de sua missão institucional e permite que sua função seja usurpada indevidamente. A ninguém interessa um Ministério Público omissivo, submisso ou até servente do Poder Judiciário. Ao órgão ministerial se reserva a importante missão de ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito e estar na vanguarda da defesa dos direitos individuais e coletivos.

Assim, nada mais urgente do que a necessidade de que o Ministério Público finalmente e de forma definitiva assuma²¹¹ e ocupe sua posição de parte no processo penal – com todas as funções a ela inerentes – principalmente no que tange a ser parte legítima da produção probatória possibilitando, assim, a real dialética processual e a preservação da originalidade cognitiva do magistrado, evitando a contaminação do mesmo com a consequente e indevida iniciativa probatória.

O atingimento do ideal de um processo de partes, inserido na perspectiva de uma matriz acusatória, é a única fórmula que, segundo Paulo César Busato²¹²,

²⁰⁹ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 117.

²¹⁰ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 116.

²¹¹ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 123.

²¹² BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 124.

propõe um ideal de justiça em substituição a uma pretensão de verdade que a tudo justifica. A partir de tal raciocínio, podemos concluir que apenas iremos estabelecer uma dialética possível e efetiva no processo penal a partir do momento em que as partes tomarem para si as “rédeas” do processo, no sentido de terem a plena consciência do que efetivamente representam, colocando-se o magistrado em seu devido lugar, constitucionalmente demarcado²¹³, recolhendo-se à posição equidistante do processo e para além²¹⁴ das partes.

Portanto, é o Ministério Público figura indispensável para a efetivação da dialética e de um processo penal democrático de matriz acusatória.

2.1 Jurisdição enquanto poder

Toda abordagem processual penal que passe por uma análise histórica, deve ter por compromisso a revisitação das origens e o entendimento do contexto lógico da forma de estruturação (inquisitiva) no discurso penal, eis que, o disfarce do autoritarismo, está presente de modo profundo e enraizado.

Basta observarmos o fato de que estamos sob a égide de um Código de Processo Penal (promulgado em 1941) de origem fascista, gestado a partir dos efeitos do regime italiano de Mussolini²¹⁵, inteiramente ancorado na tradição inquisitória, apresentado como fiel cópia do Código italiano de 30, denominado *Codice Rocco*, e que ainda permanece em intenso vigor, constituindo, assim, o Brasil como o único país da América Latina que não teve uma reforma global em sua legislação processual penal²¹⁶. Tal fato atesta ser, ao Brasil, mais fácil produzir novas constituições do que, de forma efetiva, aprovar um código de processo penal novo²¹⁷.

²¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, p. 103-116, jul./set. 2009.

²¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 32. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

²¹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 194.

²¹⁶ GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. **Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina**. In *La Justicia Penal Adversarial en América Latina. Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. Chile/Santiago, 2018, p. 503-505.

²¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 481.

Prova disto é a própria exposição de motivos do nosso Código, elaborada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos (autor do AI-1 do golpe militar de 1964 e um dos principais teóricos do autoritarismo no Brasil²¹⁸), que nos traz, de forma escancarada, os reais intuitos que circundavam a mente do legislador no momento da feitura das normas procedimentais penais. Vejamos:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia 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 expansão da 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. (...) “O ACUSADO XI – Suprindo uma injustificável omissão da atual legislação processual, o projeto autoriza que o acusado, no caso em que não caiba a prisão preventiva, seja forçadamente conduzido à presença da autoridade, quando, regularmente intimado para ato que, sem ele, não possa realizar-se, deixa de comparecer sem motivo justo. Presentemente, essa medida compulsória é aplicável somente à testemunha faltosa, enquanto ao réu é concedido o privilégio de desobedecer à autoridade processante, ainda que a sua presença seja necessária para esclarecer ponto relevante da acusação ou da defesa.

Antes de qualquer aprofundamento, necessário é, de início, colocar o dedo na ferida da problemática processual penal na qual estamos inseridos, refletirmos de forma crítica sobre o trecho da exposição de motivos de nosso Código procedimental, acima exposto, que de maneira clara, iguala garantias a “favores” a serem concedidos a acusados.

Neste cenário, de categorias processuais penais autoritárias²¹⁹, mesmo com o advento da Constituição Federal – que trouxe a lógica o sistema acusatório – e até mesmo da Lei 13.964 de 2019 – que o prevê expressamente em seu artigo 3º-B –, nosso desafio atual permanece o de fazer encaixar ideias delineadas pelo liberalismo reacionário brasileiro²²⁰ em uma suposta ordem democrática calcada pelo ranço inquisitorial instalado na mentalidade julgadora reinante.

²¹⁸ CABRERA, Michelle Gironde. **A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro** (parte II). Disponível em: <https://canalcienciascriminais.br/processo-penal-brasileiro/> Acesso em: 25 set. 2019.

²¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 567.

²²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 567.

Amostra disto é o resultado da pesquisa realizada pelos advogados Lorenzetto e Kenicke²²¹, citada por Gloeckner²²², a qual revela que Francisco Campos aparece em 12º lugar como o autor mais citado por nossa Suprema Corte no que tange a discussões relativas a controle de constitucionalidade.

De certa forma, discutir a respeito das necessárias bases sólidas²²³ onde se ancora o processo penal é, antes de problematizar o lugar dos sistemas e do princípio unificador eleito²²⁴, visitar a reunião de condições de possibilidades mínimas²²⁵ para o efetivo exercício da jurisdição enquanto manifestação de poder²²⁶, em sentido de revelação do conhecimento²²⁷.

Neste sentido, juízes funcionam como verdadeiros prepostos do Estado no exercício da jurisdição, em autêntica demonstração de soberania estatal²²⁸, em nome do povo e para o povo²²⁹. Sendo que, em suas atividades jurisdicionais, exercem poder.

Muito mais importante do que pregar como traço distintivo entre os sistemas processuais apenas a separação das atividades de acusar, defender e julgar, comumente repetido pela tradicional doutrina brasileira, é reconhecer que tal traço se torna inócuo²³⁰ se não for totalmente estranha ao magistrado a atividade de

²²¹ LORENZERRO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Galloti. Estudo revela doutrinadores de Direito Constitucional mais citados pelo STF. **Migalhas**, 08 jul. 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/182136/estudo-revela-doutrinadores-de-direito-constitucional-mais-citados-pelo-stf> Acesso em: 3 mar. 2021.

²²² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 480.

²²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?”. **Conjur**, 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em: 30 ago. 2020.

²²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova**: segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p. 262.

²²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

²²⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 5.

²²⁷ “Ora, se quisermos saber o que é o conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma de vida, de existência, de ascetismo, própria ao filósofo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento”. (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. 2ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Departamento de Letras, 2001, p. 22).

²²⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1950, p. 13-15.

²²⁹ Conforme disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 jan. 2021).

²³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 72.

investigar e julgar. Inclusive, a mera separação formal dos papais das partes processuais acaba por desprestigiar o ponto central de atenção no processo penal: a imparcialidade do julgador²³¹.

Interessante que, para o processo penal inaugurado com – ou melhor – que perdeu a vergonha com a era lavajatista²³² – o processo ideal parece ser²³³ aquele em que a polícia acusa, o Ministério Público acusa, o juiz acusa e o acusado ideal é aquele que se auto acusa e acusa terceiros. Ou seja, em posições claras de ultrapassagem de limites institucionais e das inerentes funções de partes previamente estabelecidas²³⁴. Esse é o modelo contemporâneo de processo contra o qual devemos nos posicionar.

A cumulação indevida de papéis pelo julgador é geradora de um verdadeiro estado confusional²³⁵ na sistemática processual – ainda que grande parte da magistratura negue, com veemência, riscos efetivos ao desenlace do processo, reportando-se à sua formação profissional comprometida com a objetividade²³⁶ –, consolidando-se em perigosa subversão da lógica normativa pré-estabelecida, causando confusão entre a verdadeira missão de cada parte processual.

Sabido é que inexistente modelo jurídico processual estabelecido sob um sistema puro²³⁷, absolutamente inquisitivo ou acusatório. Assim, correto é se falar na existência de sistemas que se balizem por uma matriz, seja ela acusatória ou inquisitiva, e que possuam características do sistema diverso.

Nosso sistema processual brasileiro, mormente com o advento da Constituição Federal de 1988 e de importantes reformas processuais penais²³⁸, apesar de ser constituído sob uma raiz inquisitiva inspirada no Código processual

²³¹ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76.

²³² Inaugurada com a operação lava jato, iniciada no Brasil no ano de 2014.

²³³ ASSAD, Elias Mattar. **A Importância do Direito de Defesa Para a Democracia e a Cidadania**. São Paulo: Editora OAB Conselho Federal e OAB/SP, 2018, p. 217-224.

²³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 72.

²³⁵ MINAGÉ, Thiago Miranda. A incompatibilidade entre a busca da verdade e a limitação do poder. **Boletim IBCCRIM**, ano 28, n. 335, out. 2020.

²³⁶ SCHÜNEMAN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 207.,

²³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, p. 103-116, jul./set. 2009.

²³⁸ Podemos tomar como exemplo a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada como “pacote anticrime” e a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que trouxe importantes mudanças relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

penal italiano, em sua atual, longa e inesperada sobrevida²³⁹, progressivamente ganha cores acusatórias²⁴⁰.

Ao olharmos para nossa Constituição, vemos a opção política e estrutural de divisão de poderes²⁴¹ para sadio funcionamento do Estado, advinda de ideais do século XVIII, desenvolvida por Montesquieu²⁴². Neste modelo eleito, por exemplo, determina-se que: a. ao Ministério Público se reserva o monopólio do manejo de acusações públicas²⁴³; b. a função de julgar é do Judiciário e; c. a força punitiva é missão administrativa reservada ao executivo.

De acordo com Schünemann, desde as sociedades primitivas, qualquer ocorrência de contenda de natureza pública entre pessoas de um mesmo segmento, era balizada por um terceiro²⁴⁴. Com o advento desta função, de depositar em uma pessoa externa a confiança para a resolução da disputa, originou-se o “terceiro superior”, o qual goza de prerrogativa de poder constituída publicamente²⁴⁵.

Interessante observarmos que no conceito de direito formulado por Max Weber²⁴⁶, essa posição de poder publicamente estabelecida – “terceiro superior” – acarreta no fato de a sociedade se sujeitar à decisão da autoridade do conflito, inclusive mediante coerção. Assim também é o entendimento de Schünemann²⁴⁷.

Porém, ponto distintivo essencial entre as definições de Weber e de Schünemann é que este exige o alheamento e a imparcialidade da autoridade

²³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 481.

²⁴⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 51.

²⁴¹ Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 jan. 2021).

²⁴² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Abril, 1973.

²⁴³ Art. 129, I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 jan. 2021).

²⁴⁴ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 30.

²⁴⁵ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 31.

²⁴⁶ WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusosofia Press, 2010, p. 65.

²⁴⁷ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 30

juulgadora (corpo coercitivo)²⁴⁸. Ou seja, na visão de Schünemann, para que o corpo coercitivo seja legítimo perante a sociedade, precisa se configurar como não interessado²⁴⁹. Esta é a única forma de se prevenir que o desfecho de uma disputa pública seja resolvida de forma parcial²⁵⁰.

A concepção processual ancorada em um Estado Democrático de Direito – que traz a ideia de que o Estado deva se submeter às regras do próprio Estado –, além de consubstanciada na máxima de que forma é garantia, é construção, é tempo de maturação e de reunião de condições para que o magistrado possa decidir com qualidade. Por isso, a lógica da eficiência e da produtividade, advinda de uma tendente racionalidade neoliberal²⁵¹. Não cabe, pois dentro de um processo penal se lida com destinos, vidas, liberdades e pessoas.

A jurisdição é, segundo Galeano Lacerda²⁵², “a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto”. Porém, deixa o nobre processualista de abarcar à sua definição dois aspectos igualmente importantes: a tradução de jurisdição também (e principalmente) enquanto exercício de poder (e dever)²⁵³ e; a manifestação jurisdicional em atos antecedentes a resolução final do caso penal como forma de aplicação do direito em concreto²⁵⁴.

²⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 30.

²⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 30.

²⁵⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 30.

²⁵¹ CASARA, Rubens. Em tempos de justiça neoliberal. **Justificando**, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/02/07/em-tempos-de-justica-neoliberal/> Acesso em: 20 nov. 2020.

²⁵² LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 8.

²⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 5.

²⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, p. 133.

Para José Frederico Marques²⁵⁵, no sentido de evitar a vingança privada e impedir a abdicação de direitos indisponíveis, o Estado exerce a jurisdição, sendo esta definida como função estatal de aplicação de Direito.

Ao se avaliar de forma mais ampla, podemos conceber que processos judiciais são consolidados pela premissa de que as partes outorgam ao Estado a tarefa de resolver a disputa da forma mais justa, no sentido, inclusive, de abrir mão de suas vontades, assim caracteriza-se a jurisdição, como a “substituição da vontade das partes para aplicação do direito objetivo pelo Estado”²⁵⁶.

Ainda, pensar em jurisdição é ir além. Condutas como declaração da lei²⁵⁷, em sentido de expressão de um juízo lógico de silogismo, ou ainda de aplicação da lei²⁵⁸, sob a forma de cumprimento natural do que é normativamente estabelecido, não constituem, em si próprias, isoladamente, atividade jurisdicional²⁵⁹.

Sobre exercício e manifestação de poder, muito se diz. Poder é uma palavra comumente utilizada para referendar atos ou justificar a posição de empresas, pessoas ou potências mundiais, tendo como pressuposto que o receptor do raciocínio tenha uma preconcepção (ideia própria) do que de fato é poder. Ou seja, a referência que as pessoas têm sobre poder é algo tão ligado ao senso comum que acabam por deixar de lado a necessidade de definição, na maioria das vezes²⁶⁰. Inclusive, raramente a própria menção a palavra “poder” é neutra ou despida de carga emocional, podendo assim produzir, por vezes tanto admiração quanto indignação²⁶¹. Mas, especificamente, o que se denomina como poder?

Sob a ótica de Max Weber²⁶², por exemplo, poder é a possibilidade de alguém impor sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas.

O próprio direito, por exemplo, não seria puramente uma forma de legitimação previamente determinada ao exercício do poder e, sim, a dominação e sujeição, ou melhor, a condução da vida das pessoas, seria o fator legitimante para o exercício

²⁵⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direitos processual penal**. Campinas, SP: Milenium Editora, 2009, v. 1, p. 5.

²⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 165.

²⁵⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 5.

²⁵⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 5.

²⁵⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 5.

²⁶⁰ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 3.

²⁶¹ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 11.

²⁶² WEBER, Max. **Law in Economy and Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1934, p. 323.

do poder. Nesse escopo que pairam arbitrariedades que, muitas vezes, contrariam não só a legislação em vigor, como, também, a própria Constituição²⁶³ e toda a principiologia de um Estado Democrático de Direito.

Interessante analisar o viés de manifestação do poder nas suas diversas formas e instituições, principalmente, no ponto em que ultrapassa as regras pré convencionadas de direito, que organizam e delimitam o sistema jurídico vigente. Em muitas das suas manifestações, o poder se elastece, se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material, eventualmente violentos, enquanto constituição dos sujeitos²⁶⁴.

Importante observarmos como se propaga a submissão ao poder. Para Pierre Legendre²⁶⁵, tal propagação se dá, em especial, pelo desejo de submissão, sendo a grande obra do poder o fazer-se amar. Tal realização só é possível com a realização de uma ciência particular que precisamente constitui a armação desse amor e camufla com seu texto a prestidigitação de uma pura e simples imposição de adestramento²⁶⁶.

Ao transpor tal realização da submissão à Lei, Legendre desenvolve o raciocínio de que em cada sistema a Lei institui sua ciência própria, uma espécie de saber legítimo e magistral, para assegurar a comunicação das censuras até os sujeitos e fazer prevalecer a opinião dos mestres²⁶⁷, sendo o Direito reconhecido como a mais antiga ciência das leis para dominar e fazer caminhar o gênero humano, ou seja, para reger²⁶⁸.

A conclusão de Legendre de que a grande obra do poder consiste em fazer-se amar, revela com maestria como um único instrumental dogmático se amolda e se atualiza com o passar dos anos, captando sujeitos em dominação, por meio da

²⁶³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982, p. 8.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982, p. 182-183.

²⁶⁵ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Tradução e revisão de Alúcio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 7.

²⁶⁶ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Tradução e revisão de Alúcio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 7.

²⁶⁷ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Tradução e revisão de Alúcio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 7.

²⁶⁸ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Tradução e revisão de Alúcio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 7.

submissão, por um meio infalível: “a crença de amor”²⁶⁹.

A compreensão de crença é fundamental – ainda que não seja objeto específico desta análise – e, em meio a um laço social²⁷⁰, importante resgatarmos a ideia do que Pierre Legendre denomina de fato institucional (o trabalho de instituir a vida em sentido amplo), a qual consiste na organização da transmissão tanto do quadro dessa vida coletiva quanto do vazio que ele contém²⁷¹.

Neste viés, Legendre²⁷² frisa que:

Da mesma forma que o humano, para viver, exige uma cena e que nela se escreva um discurso, (...) da mesma forma toda sociedade, para existir, transpõe e transcende um lugar lógico vazio, fazendo dele o lugar de sombra e trevas que chamamos uma cena, em que vai se escrever o equivalente de um roteiro, o discurso das imagens que trazem o funcionamento institucional. (...) Tocamos aí no poder de instituir a vida, no fundo estrutural do agenciamento civilizador, pelo estabelecimento dessa cena que traz o edifício social, suporte das ficções que nos autoriza a pensar a ordem normativa de uma teatralização estruturante que deve ser contada. E é em torno desse ponto de negatividade positivada – a cena vazia povoada – que se articula o encontro do subjetivo e do social (...). O termo teatralização é o mais apropriado para designar a operação linguageira constitutiva da institucionalização em sua raiz.

Assim, partindo da construção contratualista²⁷³, o Estado, enquanto ente que teve para si outorgado o monopólio da força, é fundamento simbólico de um sistema de instituições²⁷⁴, e traduz-se em um poder místico que representa a autoridade e nos devolve tranquilidade, justamente por supor a existência de uma língua legítima

²⁶⁹ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Tradução e revisão de Aluísio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 7.

²⁷⁰ “(...) o encontro traumático com a linguagem pressupõe a perda de gozo e o ganho de significantes, sendo o laço social uma aposta de que se pode aparelhar discursivamente o gozo, promovendo algum tratamento ao trauma da linguagem (...)”. (MALCHER, Fabio; FREIRE, Ana Beatriz. Laço social, temporalidade e discurso: do Totem e tabu ao discurso capitalista. **Ágora (Rio J.)**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 69-84, Apr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982016000100069. Acesso em:

10 jan. 2021).

²⁷¹ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 86.

²⁷² LEGENDRE, Pierre. **De la société comme texte**. Linéaments d’une anthropologie dogmatique. Paris: Fayard, 2001, p. 25.

²⁷³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 138.

²⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 61.

que censura e manipula o imaginário dos sujeitos para constituir a cultura oficial²⁷⁵.

E é justamente desta forma construída que o sujeito pode se encontrar, na produção de uma ficção²⁷⁶, o laço social se estabelece quando o sujeito nele se encontra no roteiro fundador e no agenciamento das regras e dos saberes²⁷⁷.

Assim, por meio da crença, para Legendre²⁷⁸, o trabalho do jurista (...) é exatamente a arte de inventar as palavras tranquilizadoras, de indicar o objeto do amor onde a política coloca o prestígio e de manipular ameaças primordiais.

E o amor entra em campo para servir como explicação fundamental que Legendre desenha com o afã de demonstrar como as instituições produzem socialmente a subjetividade, mobilizando crenças²⁷⁹, sendo que é por meio dos afetos que se mobilizam e que se caminha para a aceitação mágica das crenças que sustentam o poder²⁸⁰. Sendo que, no campo do Direito, a função de sua própria estrutura de velamento-desvelamento é mantida em nome do amor²⁸¹.

A crença, enquanto eficiente instrumento dogmático, é explicada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²⁸²:

O discurso do direito, por este viés, é, por excelência, um discurso da totalidade, só possível através de um instrumental dogmático infalível: 'a crença de amor'. Ideologia, mitos, fictio iuris: um sujeito jogado no mundo mas amparado pela esperança. De tanto em tanto basta mudar o discurso, se a crença mantém-se intacta. Foi isso que

²⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 61.

²⁷⁶ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 86.

²⁷⁷ LEGENDRE, Pierre. **Filiations, Leçons IV, "Fondement généalogique de la psychanalyse"**. Paris: Fayard, 1990, p. 10.

²⁷⁸ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Tradução e revisão de Aluísio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 24.

²⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 82.

²⁸⁰ Warat vai além afirmando que: "(...) É também o poder que se mobiliza produzindo cartografias de desejos, afetos e impulsos que o favorecem, formulando um sistema de desejos, um paradigma normativo do amor que torna possível a mais-valia do poder. Se estabelece assim um duplo vínculo entre o amor e o poder. Por um lado de amor ao censor e por outro lado de amor censurado. Por essa dupla relação se produz socialmente a subjetividade". (WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 82).

²⁸¹ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 18. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

²⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (et. al.). **Direito e Neoliberalismo**: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. Curitiba: EdiBEJ, 1996, p. 48-49.

aconteceu na Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade representam o supra-sumo de uma racionalidade iluminista. Estatuiu-se a verdade única, substituindo-se o príncipe pelo princípio (Ortega y Gasset). A igualdade, nunca se negou, é meramente formal, mas isso é uma cunha indesejável a um imaginário que não suporta a mera possibilidade de ser furado.

Ao analisarmos o protagonismo do judiciário no exercício do poder, por meio da jurisdição, revelada como forma de dominação e submissão, valemo-nos de Foucault²⁸³ para explicar que ao juiz não é dada a função de mero legitimador da atuação do Estado, mormente quando este mesmo Estado se utiliza do judiciário para validar seus atos arbitrários de políticas públicas de dominação²⁸⁴. Neste sentido, não pode o Estado-Juiz funcionar como instrumento chancelador da barbárie.

Uma das muitas variantes do poder é o conhecimento inerente ao exercício do poder jurisdicional, por meio dele, é necessário se conceber questões relacionadas ao soberano investido no exercício do poder, cujas ordens constituem o direito de uma sociedade²⁸⁵.

Assim, necessário é analisar e entender a adequação da ideia de uma ordem apoiada em ameaças, enquanto regulamentadora das relações sociais interpessoais²⁸⁶. Ainda, em qualquer sociedade amparada no conceito de Estado de Direito há, de fato, um poder soberano marcado pela imposição do hábito de obediência para consigo²⁸⁷.

Do que se discorreu sobre poder, tem-se algo em comum: o poder tem como escopo a submissão de outrem ao próprio desejo do exercente.

Interessante frisar que o poder não é imposto e mantido em suas sólidas bases apenas como uma mera força que diz não, é exatamente o fato de ir além da

²⁸³ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: Curso Collège de France (1972- 1973). Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 205-208.

²⁸⁴ MINAGÉ, Thiago Miranda. **O Contraditório na Prisão Cautelar e o Devido Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Tese (Doutorado). Universidade Estácio de Sá, 2017, p. 54.

²⁸⁵ MINAGÉ, Thiago Miranda. **O Contraditório na Prisão Cautelar e o Devido Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Tese (Doutorado). Universidade Estácio de Sá, 2017, p. 54.

²⁸⁶ MINAGÉ, Thiago Miranda. **O Contraditório na Prisão Cautelar e o Devido Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Tese (Doutorado). Universidade Estácio de Sá, 2017, p. 33

²⁸⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 67.

modalidade repressiva que o sustenta²⁸⁸. De fato, a formação de conhecimento, a indução ao prazer e a produção de discurso são elementos de estabilidade e aceitação do poder²⁸⁹.

Registra-se que, em determinados setores e momentos de regulação social, a manifestação do poder aparece acompanhada de espécie de timidez, por estar aquele (o poder) oculto e disto depender para seu eficaz desenvolvimento, ou seja, necessita não ser evidente a submissão dos que capitulam a ele²⁹⁰.

Ainda, o mesmo poder que é travestido de pilar para sustentar ou evidenciar uma liderança moral, pode ser que esteja dando a esta moralidade uma má reputação²⁹¹.

Importante pontuar também a existência da regra tríade cumprida pelo poder, explorada por J. Kenneth Galbraith, consistente em três instrumentos para manejar o poder (poder condigno, compensatório e condicionado) e três institutos que outorgam o direito de usá-lo²⁹² (personalidade, propriedade e organização).

O poder condigno se perpetua pela forma de submissão do indivíduo em que ele abre mão de suas preferências por ser temente a uma consequência repressiva, ou seja, o poderoso consegue impor suas vontades e ordens se valendo de um provável risco de punição que poderá exercer contra o comandado que não aceite a submissão, no sentido de ameaçá-lo com consequências adversas, como forma de dominação²⁹³.

Já a forma de poder compensatório se manifesta de maneira distinta, aqui o comando é guiado por uma expectativa de recompensa positiva com o cumprimento da ordem, exemplo disto, em nossa economia moderna, é o pagamento em dinheiro por serviços prestados²⁹⁴.

²⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982, p. 8.

²⁸⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982, p. 8.

²⁹⁰ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 3.

²⁹¹ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 2.

²⁹² GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 4.

²⁹³ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 4.

²⁹⁴ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 5.

O último instrumento de poder, seguindo a tríade eleita por Galbraith, é o poder condicionado, que se diferencia dos dois anteriores por deter espécie de visibilidade, pois os que se submetem àqueles, estão conscientes em fazê-lo, sendo este instrumento consubstanciado pela subjetividade, ou seja, não há expressa e necessária outorga dos que a ele se submetem ou dos que o exercem, em espécie de “normalidade”²⁹⁵ ao que está posto. Exemplos clássicos são o exercício deste instrumento de poder por escolas, regras sociais, religiões, meios de comunicação em massa e a cultura, em espécie de institucionalização²⁹⁶ do sujeito.

São diversos os fatores que eclodem na manifestação do poder, assim, não se pode ignorar o fato de que há, em verdade, uma coexistência de fontes e instrumentos de poder em ação concomitante²⁹⁷. Em regimes de força autoritários, por exemplo, há uma interessante combinação voltada à manutenção da ordem social consistente no emprego do poder condicionado por entidades educacionais, igrejas e veículos de comunicação em massa, com a existência, em contrapartida, de retribuição em forma de recompensa positiva para aos que a ele se submetem (poder compensatório) e, por outro lado, em espécie de prevenção geral negativa, há a possibilidade de punição aos transgressores que não aceitem a ordem imposta, em forma de punição condigna (poder condigno)²⁹⁸.

Ressalta-se ainda que também há a mesma mescla existencial das diversas formas de manifestação de poder em regimes democráticos, a diferença reside na combinação envolvida, nas restrições a que estarão expostos os indivíduos e no grau em que o Estado delimita apenas para si o exercício do poder condicionado²⁹⁹.

Diante disto, não há como digerir nossas normas processuais sem antes realizar a devida filtragem constitucional e resolver conflitos aparentes de normas. Negar este fato é um ato de desonestidade com toda a integridade do sistema jurídico vigente.

A própria ideia do processo penal como um conjunto de regras que visam unificar um procedimento específico para resolver casos penais, revela-se como

²⁹⁵ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 25.

²⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007, p. 88.

²⁹⁷ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 36.

²⁹⁸ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 36.

²⁹⁹ GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986, p. 37.

uma garantia instrumental do cidadão, ou seja, funciona como verdadeiro limitador do poder punitivo estatal³⁰⁰. Neste sentido, expõe Minagé³⁰¹:

(...) a primeira finalidade do processo penal é garantir os direitos inerentes a cada indivíduo submetido ao exercício do poder jurisdicional; prestando, ainda, em segundo plano, à limitação do exercício do mesmo poder; impondo respeito irrestrito às formas procedimentais estabelecidas, para então, proteger aqueles que devem e/ou serão absolvidos e, ainda, legitimando pelo procedimento correto a punição a ser imposta (...).

Em sequência lógica a este raciocínio, devemos considerar que a forma se consubstancia em garantia³⁰². Assim, ao passo que se abre mão da forma procedimental estabelecida sob argumentos “extra código”, sob atenção da curiosa “voz das ruas”³⁰³, sob a leviana premissa do inexistente “poder geral de cautela”³⁰⁴ no processo penal, ou ainda quando ignora-se a necessária filtragem constitucional³⁰⁵, tolhendo-se garantias, além de constituir uma ameaça latente a cidadania, o processo penal se subverte em um instrumento de terror e imposição de vontades pessoais, ao serviço de conveniências políticas e sociais momentâneas.

Quando se pensa em processo, pensa-se em um caminhar para uma pretensão de justiça que vise confirmar ou não a formulação inicial acusatória. Inerente e de mãos dadas com ao caminhar processual, temos a necessidade da instrução probatória, pois ao magistrado cabe a função recognitiva³⁰⁶. Conforme

³⁰⁰ MINAGÉ, Thiago Miranda. **O Contraditório na Prisão Cautelar e o Devido Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Tese (Doutorado). Universidade Estácio de Sá, 2017, p. 193.

³⁰¹ MINAGÉ, Thiago Miranda. **O Contraditório na Prisão Cautelar e o Devido Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Tese (Doutorado). Universidade Estácio de Sá, 2017, p. 193.

³⁰² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, v. 2. p. 389.

³⁰³ PINHO, Ana Cláudia. Como dever de ofício, juízes devem ouvir a Constituição, e não a "voz das ruas". **Conjur**, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/ana-pinho-juizes-devemouvir-constituicao-nao-voz-ruas>. Acesso em: 4 jan. 2021.

³⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 584.

³⁰⁵ KNOPFHOLZ, Alexandre. A Necessária – e já tardia – Constitucionalização do Processo Penal. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 2, n. 2, p. 173-212, ago. 2017. Disponível em: <https://dotti.adv.br/necessaria-e-ja-tardia-constitucionalizacao-do-processo-penal-2/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

³⁰⁶ “A um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador, razão por que precisamos da coisa julgada. Por isso, intermedeia, do seu conhecimento do caso concreto (*notio; cognitio*) à sentença (não esquecer, jamais, que, do latim a palavra decorre de *sentire*, gerúndio *sentiendo*, só para que não pense em ‘máquinas

abordado em tópico anterior, para muitos, ao se tratar de produção probatória, se insiste na ideia de busca de uma verdade material, em contraposição à verdade formal do processo civil, como principal objetivo processual.

2.2 A imparcialidade como princípio reitor do processo penal democrático ante a impossibilidade de seu exercício efetivo no Brasil

Embora não exista, de forma explícita, em nossa Constituição Federal a previsão expressa que garanta o direito de o cidadão brasileiro ser julgado por um juiz imparcial, pela construção até aqui estabelecida, tem-se a imparcialidade como aspecto essencial para a jurisdição em um sistema de matriz acusatória. Porém, para que se tenha uma jurisdição efetiva, não basta que se tenha um juiz³⁰⁷, é necessário que a este juiz sejam criadas condições mínimas para que ele possa desempenhar sua função com imparcialidade.

Interessante observarmos a previsão legal regente em nosso país na época do Império, no ano de 1824, publicada por meio da decisão de governo n. 81³⁰⁸, que trata sobre o então denominado juiz da devassa:

Declara que o Juiz da devassa não é competente para julgar o feito. Sendo a presente a S. M. o Imperador o Officio de 31 de março deste anno do Desembargador do Paço José Joaquim Nabuco de Araújo, que serve de Chanceller e Regedor da Casa da Supplicação, acompanhado de outro da mesma data, em que o Desembargador Antonio José Duarte de Araujo Gondim expõe a dúvida que lhe ocorre na qualidade de Juiz da devassa determinada por Decreto de 8 do referido mez: Manda o mesmo A.S., pela Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, responder ao sobredito Desembargador do Paço que a representação daquelle Ministro é sobremodo inatendível, porquanto isto não é uma comissão, mas uma diligencia que por bem da ordem e segurança pública se encarrega a qualquer Magistrado, como preliminar do processo para averiguação do crime, o que feito se deve remetter ao competente Juizo da Correição do crime da Côrte e Casa para este lhe dar o seguimento da lei,

judicantes'), um conjunto de atos preordenados a um fim. Ora, tais atos (...), tomando em conta aquele escopo, têm, por evidente, o fim de sanar a ignorância, razão pela qual se vai falar em instrução (...)" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriela Saad. (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 163).

³⁰⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

³⁰⁸ BRASIL. **Decisão do governo n. 81, Império, 1824**. p. 59. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_53.pdf Acesso em 7 jan. 2021.

procedendo em tudo na conformidade da mesma sem que jamais possa ser o Juiz o da diligencia que não é nem póde ser o competente para a julgar ; muito mais quando esta mesma diligencia já se achava anteriormente commetida ao dito Ministro, que em todo o caso a deve ultimar, sem valer-se do presente subterfúgio. Palácio do Rio de Janeiro em 2 de abril de 1824. – Clemente Ferreira França.

Apesar de o previsto na referida decisão do governo, ainda na época do Império, não refletir, de fato, nossa realidade processual, a posição que deve exercer o magistrado na condução de um caso penal, como já se explorou em tópico próprio deste trabalho, é de equidistância – no sentido de estar para além³⁰⁹ das partes –, na doutrina italiana, valem-se do termo “*terzietà*”³¹⁰ para definir a exata posição do julgador, determinando-o como terceiro, alheio e afastado dos interesses das partes. Tal dever é tão relevante, que questões que coloquem em dúvida a imparcialidade do magistrado na condução de um caso penal precedem³¹¹ discussões relativas a preliminares igualmente relevantes como a incompetência, por exemplo.

Assim, o que é realmente necessário em um processo penal democrático e de matriz acusatória é a reunião de condições de possibilidades para que o juiz consiga exercer a jurisdição com imparcialidade³¹². De nada adianta um sistema com um aspecto esteticamente imparcial, mas que em verdade não permita que o magistrado o seja. Por exemplo, o sistema em que estamos inseridos no Brasil não propicia a preservação da originalidade cognitiva do julgador, ou seja, nossa sistemática processual reinante confronta abertamente o ideal acusatório desenhado por nossa Constituição Federal, fundado nas garantias da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Não se é suficiente que exista apenas a separação formal das funções de acusar e julgar, não é nisso que o sistema acusatório³¹³ se ancora³¹⁴, mas sim na

³⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 31. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

³¹⁰ FERRUJA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 103.

³¹¹ Basta vermos a lógica adotada pelo nosso Código de Processo Penal, em seu artigo 96: “a arguição de suspeição precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente”.

³¹² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

³¹³ “Para o modelo acusatório, não basta a existência de órgãos distintos de acusação, defesa e julgamento; é necessária uma total imparcialidade do juiz, que não pode ter preconceitos nem pré-julgamentos sobre a matéria em debate. O cerne do modelo acusatório depende da real imparcialidade do juiz, que é fruto de uma meditada e consciente opção entre as hipóteses propostas

completa inércia do magistrado com relação a iniciativa probatória. O juiz precisa se manter completamente afastado da gestão da prova, sob pena de sacrificar ditames elementares do Estado Democrático de Direito³¹⁵. Nas palavras de Aury Lopes Jr.³¹⁶, a figura do juiz-espectador em oposição à figura do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório. Ou seja, não podemos ficar nas mãos do mito da verdade real, sob o anseio pelo juiz justiceiro, que é capaz de fazer justiça a qualquer custo. É necessária a plena ciência das reais atribuições do magistrado no processo penal, inclusive nas hipóteses de atividade probatória insuficiente ou incompleta das partes, da qual o magistrado deve se conformar e não buscar por supri-las, mesmo que seja para eventualmente colaborar com a defesa: por questão de respeito às esferas de exercício de poder³¹⁷, eis o preço a ser pago pela manutenção de um sistema acusatório, vaticinado por Aury Lopes Jr.

Com a aprovação da Lei 13.964 de 2019, o famigerado “pacote anticrime”, tivemos a agradável surpresa de um provável caminhar para o sistema acusatório, com a previsão do juiz de garantias. Porém, a promessa da implementação de um sistema de matriz acusatória, trazida no bojo do art. 3-A da nova legislação, no momento, está com sua eficácia suspensa pela concessão de liminar na medida cautelar das ADI’s 6298, 6299, 6300 e 6305, em trâmite no STF, pelo Ministro Luiz Fux.

Desde o primeiro momento, no Brasil, em regra, o primeiro juiz que tem contato com a investigação policial – participando ativamente desta fase pré-processual, podendo decidir sobre provas antecipadas e questões atinentes à liberdade do perseguido –, é o mesmo juiz que vai decidir pelo início (ou não) do caso penal, analisando o conteúdo da denúncia formulada pelo Ministério Público e se a rejeita ou a aceita.

– acusação e defesa – em relação às quais se mantém equidistante”. (THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 259).

³¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 72.

³¹⁵ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do RHC 144615 AGR / PR: “Isso porque a existência da imparcialidade, ao lado da paridade de armas, constitui um dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito, verdadeiro predicado de validade dos processos judiciais, estando estreitamente vinculado ao princípio do juiz natural. De fato, de nada adiantaria estabelecer regras prévias e objetivas de investidura e designação de magistrados para apreciação das distintas lides ou proibir a constituição de juízes ou tribunais ad hoc caso se permitisse ou tolerasse que julgadores fossem contaminados por paixões ou arrebatamentos exógenos aos fatos colocados sob sua jurisdição”.

³¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 73.

³¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 73.

Ou seja, esse mesmo magistrado, que além de “conhecer” do conteúdo produzido durante a fase pré-processual, também atua de forma ativa na referida fase, será também o mesmo magistrado³¹⁸ que receberá o processo em seu gabinete com toda a carga cognitiva da investigação policial – momento em que não existiu defesa efetiva³¹⁹ e não existiu contraditório – e atuará durante a instrução processual, decidindo, por fim, o desfecho do caso penal.

Justamente pelo fato de o julgador exercer esta (indevida) função inquisitória, ele acaba por faticamente obter a posição de parte³²⁰, mormente nas situações em que teve contato direto com o inquérito policial e se depara com um acusado que nega os fatos.

Dentro da sistemática trazida, vislumbra-se ser praticamente impossível a preservação da originalidade cognitiva do magistrado, ante tamanha contaminação com elementos da fase pré-processual. Ou seja, toda aquela serenidade propiciada pela originalidade cognitiva do julgador que nunca teve contato com o material da persecução penal, se perde. E assim, a partir do raciocínio de que ninguém tem compromisso com a produção de resultados injustos: perde a defesa, perde o acusado, perde o ministério público e perde o processo penal.

Sob o prisma dos sistemas processuais, interessante se observar que a imparcialidade é preservada e garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório³²¹. No modelo em que estamos inseridos, o juiz brasileiro já inaugura a fase processual (com o recebimento da denúncia) sabendo demais, com excesso de conhecimento, ou seja, não há a mesma qualidade cognitiva com a versão antagônica que será apresentada pela defesa – parte inexistente na fase pré-processual –, pois o juiz, instintivamente, já pode ter elegido uma versão.

Evidente que o julgador que se embrenha na seara investigativa forma hipóteses e orienta sua postura a partir de tais primeiras impressões, ocorre exatamente o descrito como “primado das hipóteses sobre os fatos”³²², um estado

³¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 71.

³¹⁹ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 32.

³²⁰ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 32.

³²¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 71.

³²² CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Bogotá: Temis, 2000, v.1, p. 23.

psíquico paranoico que se consolida quando o julgador busca o lastro probatório que embasará a sua própria decisão, no sentido de fundamentar o que previamente já decidiu.

É tão importante o aspecto da imparcialidade³²³ que este é concebido como o princípio supremo do processo³²⁴, assim, o devido processo legal e a consequente obtenção do reparto judicial justo³²⁵, apenas podem ser assim efetivados e concebidos se prestigiada a noção da imparcialidade no feito. Tanto é verdade que a imparcialidade é expressamente citada nos “Princípios de Conduta Judicial de Bangalore”³²⁶, confeccionados pelo Grupo de Integridade Judicial, composto por membros de Cortes Superiores e juízes seniores, constituído pela ONU (Organização das Nações Unidas).

Tal iniciativa, é formada por um projeto de Código Judicial em âmbito global, elaborado com base em outros códigos, estatutos nacionais, regionais e internacionais sobre o tema, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU e tem como objetivo fomentar a discussão acerca da problemática perda de confiança que pessoas de vários países enfrentam com relação a seus respectivos sistemas de justiça³²⁷. Assim, o Código de Bangalore elenca como um de seus princípios a imparcialidade, dispondo que: “A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão”.

³²³ WINTER, Lorena Bachmaier. **Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados**. Espanha: Thomson, 2008, p. 19, tradução livre: “a imparcialidade é um princípio nuclear da prestação jurisdicional, um elemento essencial da Justiça, de modo que sem ela não há como se falar propriamente de um processo judicial”. E também GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32: “A imparcialidade constitui um valor que se manifesta sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre super partes, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses em conflito”.

³²⁴ ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 127.

³²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 71.

³²⁶ BRASIL. Nações Unidas (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 2 fev. 2021.

³²⁷ BRASIL. Nações Unidas (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 7. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 2 fev. 2021.

A problemática da originalidade cognitiva do julgador no processo penal brasileiro hoje é ponto de intenso debate. Nossa sistemática processual atual, como acima citada, pela regra da prevenção, permite que o magistrado que atuou no inquérito policial, manipulando, deferindo diligências probatórias, medidas cautelares e de segregação, atue também na esfera judicial, apesar de carregar toda a carga cognitiva adquirida em sede pré-processual.

Sobre o problemático contato do magistrado com o material produzido no inquérito policial e no sentido de demonstrar a naturalidade com que o julgador buscará confirmar durante a instrução processual as informações que – por meio de um fenômeno psíquico – tende a supervalorizar, Schünemann³²⁸, ao elaborar importante pesquisa empírica, desenvolveu 4 hipóteses:

1.^a Hipótese – O magistrado condena mais frequentemente quando, antes da audiência de instrução e julgamento, possui conhecimento dos autos do inquérito do que quando não os conhece. Este fenômeno é reforçado pela possibilidade de inquirir os sujeitos da prova;

2.^a Hipótese – Na audiência de instrução e julgamento, o juiz comete mais erros na retenção das informações que não se conjugam com o teor do inquérito quando o conhece previamente do que quando não dispõe desse conhecimento;

3.^a Hipótese – Haverá uma redução no quantitativo de erros quando inexistir o conhecimento prévio do inquérito pelo magistrado. Esse percentual de erros será substancialmente minorado quando o magistrado puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova.

4.^a Hipótese – Haverá maior número de perguntas formuladas na audiência de instrução e julgamento para os sujeitos da prova quando o magistrado conhecer previamente o inquérito.

Durante sua pesquisa³²⁹, que envolveu 58 juízes criminais e membros do Ministério Público, o autor comprovou suas 4 hipóteses iniciais e obteve como um³³⁰

³²⁸ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012, p. 32.

³²⁹ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

³³⁰ Não é objeto deste trabalho esgotar e analisar detidamente todos os aspectos envolvidos na relevante e complexa pesquisa desenvolvida por Schünemann, a qual pode ser verificada em sua integralidade em: SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012; Ainda, sobre a pesquisa, cita-se as obras de RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 133 e; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 78.

dos resultados a identificação de quatro pontos interessantes: perseverança, redundância, atenção e correspondência comportamental³³¹.

No que tange a perseverança, segundo Schünemann, o julgador possui “a tendência de perseverar na descrição do crime, relatada no inquérito policial”³³², no sentido de repelir informações dissonantes e não enxergar³³³ tais informações como verdadeiras. Tal fenômeno, de acordo com o autor da pesquisa, é explicável pela eleição interna³³⁴ de uma percepção favorita e pela retenção de informações redundantes³³⁵.

A construção psíquica que ocorre no íntimo do magistrado se dá, de acordo com Schünemann, de forma negativa quando não é reservado a este a prerrogativa de formular suas próprias perguntas e, conseqüentemente aumenta seu nível de atenção³³⁶, decorrente disto, importante observar a propensão, lançada pelo autor, de que o magistrado tomar como norte de seu convencimento³³⁷ a inicial versão do caso penal apresentada pelo Ministério Público, este fato, em específico, faz nascer a ideia do efeito correspondência comportamental³³⁸, formulada pelo autor.

³³¹ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

³³² SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

³³³ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

³³⁴ “Os fenômenos da perseverança, da redundância e da atenção correspondem completamente à minha própria experiência no processo penal e às inúmeras piadas relatadas por aqueles que militam na justiça criminal. A expressiva diferença que existe entre os resultados probatórios produzidos em audiência e o conteúdo do inquérito é uma vivência cotidiana dos defensores criminais. O inquérito tem sido alvo de muitas críticas em razão de ser formado apenas do ponto de vista da perspectiva policial e, também, porque o inquérito relega um papel geralmente inferior à defesa nesta fase pré-processual, ou seja, à defesa não é destinado qualquer lugar”. (SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012).

³³⁵ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

³³⁶ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

³³⁷ SCHÜNEMANN. Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

³³⁸ “Em consequência disso, enquanto o juiz não reconhece, uma única vez, uma dúvida sequer, o defensor criminal, em sua visão, pode acreditar na descoberta de algo que desmorone totalmente a acusação. Não é por outro motivo que, de certo modo, na audiência de instrução de julgamento, o princípio do in dubio pro reo de facto fica na cabeça do defensor, já que ele precisa provar a

Inclusive, importante conclusão de Schünemann é de que o magistrado, em verdade, constitui-se como um terceiro manipulado³³⁹, em razão da estrutura processual (que o possibilita acesso aos autos de inquérito policial e a iniciativas probatórias).

Uma das questões que apresenta maior problema dentro da dialética processual penal, dentro do panorama do julgador estar contaminado pela experiência pré-processual, é a figura do magistrado como verdadeiro gestor da prova, concentrando uma tarefa que compromete sua função jurisdicional séria e acaba por acarretar vícios que interferem no desfecho do caso penal. O agravante desta desvirtuada função é, como já exposto, a pretensão de fim do processo penal como busca da verdade real como requisito para uma pretensão de justiça³⁴⁰.

A imparcialidade³⁴¹ é correlacionada a ideia de posição que o Estado ocupa como um terceiro no processo³⁴², enquanto Estado-juíz, para além das partes³⁴³, em sentido de equidistância, em um lugar de ignorância plena inicial que dará lugar a um conhecimento que orientará uma decisão. A grosso modo, a título de comparação, pode-se comparar a figura do magistrado que tem sua originalidade cognitiva preservada, ponto de partida para a manutenção da imparcialidade no

inconsistência da acusação, caso queira obter uma sentença absolutória. Além do mais, conta-se, entre as experiências do dia a dia forense, que o juiz de um lado e o defensor de outro, frequente e completamente, vivenciam de maneira diversa o conteúdo dos depoimentos. É também contado que o juiz e o defensor interpretam em dissonância os depoimentos. A interpretação do juiz se dá a partir de uma perspectiva acusatória e a do defensor a partir de uma visão garantística. Finalmente, observa-se, no cotidiano forense, como a atenção do magistrado diminui repentinamente quando ele termina seus questionamentos e o defensor começa a formular suas próprias perguntas e, inclusive, como as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas formuladas pelo defensor não afloram na futura sentença". (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012).

³³⁹ "Em outros termos, a ideia do juiz como um terceiro superior vem dando lugar à concepção do juiz como um terceiro manipulado. Este desmonte da superioridade judicial expressa uma descoberta da Psicologia Jurídica". (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012).

³⁴⁰ CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99.

³⁴¹ Sobre a grande importância da imparcialidade, o STF se manifestou na ADI 5.316 MC, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 6.8.2015: "o princípio constitucional da separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, III, da Constituição República, revela-se incompatível com arranjos institucionais que comprometam a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário, predicados necessários à garantia da justiça e do Estado de Democrático de Direito".

³⁴² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

³⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 31. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

decorrer do desdobramento processual, com a ideia da tabula rasa, desenvolvida por John Locke³⁴⁴.

Já a ideia de parcialidade, remete a um estado anímico do julgador³⁴⁵, em que no lugar da ignorância inicial plena proposta pela ideia de imparcialidade, há pré-disposição a uma vertente de conhecimento já eleita.

Sob a ótica de Werner Goldschmidt³⁴⁶, a expressão parcial aduz justamente a condição de parte no processo, portanto o termo imparcialidade revela que um terceiro imparcial observará a atuação das partes.

A posição do magistrado, para Ferrajoli³⁴⁷, perante os interesses das partes, deve ser tanto pessoal quanto institucional. Ou seja, além de o juiz não poder ter qualquer interesse pessoal na causa que irá julgar, é necessário que seja garantida a efetiva equidistância com as partes, atuando assim, o juiz, como um terceiro super partes³⁴⁸. Neste sentido, deve o juiz desfrutar da confiança dos sujeitos individuais³⁴⁹ para que estes não temam ter um juiz inimigo.

Inclusive, para Ferrajoli³⁵⁰, apenas se é possível a consolidação da garantia da atuação do magistrado desprovida de qualquer desinteresse pessoal em relação ao conteúdo em julgamento com a possibilidade de recusa do juiz por qualquer das partes interessadas.

Ferrajoli prossegue, ainda, no interessante raciocínio de que tal recusa, quando arguida por parte da acusação pública, deve ser amparada em motivos previstos em lei, porém, quando manifestada pelo imputado, a fundamentação do motivo deve ser o mais livre possível³⁵¹.

³⁴⁴ John Locke apresentou a tese da tábula rasa em sua obra “Ensaio acerca do Entendimento Humano”, de 1690. A teoria consiste na noção de que todas as pessoas nascem desprovidas de conhecimento, como se fossem uma verdadeira tabula rasa, e que, a medida em que se desenvolvem, no decorrer da vida, vão preenchendo o “vazio da tabula rasa” e se alimentando de experiências vivenciadas.

³⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

³⁴⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso. **Revista de Derecho Procesal**, n. 2, 1950, p. 208 e seguintes.

³⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 534.

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 534.

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535.

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 534 e 535.

³⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535.

Entregar uma investigação policial como a nossa, carente de garantias, de contraditório e de presença defensiva, nas mãos do magistrado que irá decidir o desfecho do caso penal, torna inviável se falar em lealdade processual e em paridade de tratamento entre acusação e defesa.

A partir da real motivação que circunda nosso Código de Processo Penal, necessário é analisarmos o processo penal sob o enfoque constitucional, mormente no que tange ao prejuízo trazido à efetivação da ampla defesa e do contraditório, princípios basilares do Estado Democrático de Direito, na não observância da imparcialidade do julgador no sistema em que estamos imersos. A posição do magistrado no processo penal é de garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo³⁵², não de protagonista processual ou gestor da prova, empenhado na busca incessante pela verdade do caso penal.

Diante da atual realidade do processo penal do espetáculo³⁵³, precisa-se enfrentar a manipulação do discurso enquanto finalidade para atendimento de expectativas e/ou para a busca de uma verdade suprema. Por isso o novo papel do juiz, com seus consquentes desdobramentos, merece atenção no que tange a condução processual e suas revelações psicanalíticas.

Por certo, o juízo fático é elemento primordial da sentença penal, carecendo de efetivo controle por meio da esfera recursal³⁵⁴. A crença em um caráter evidente dos fatos reforça o exercício de seu poder contaminado, que inviabiliza a oportunidade do contraditório e da ampla defesa. Conforme Cunha Martins:

Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiada rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um desamor do contraditório.³⁵⁵

³⁵² LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudos de Justicia de las Américas – CEJA, 2018, p. 313.

³⁵³ Expressão cunhada por: CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. São Paulo: Editora Empório do Direito, 2017.

³⁵⁴ ABELLÁN, Maria Gascón. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 12.

³⁵⁵ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 03; AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 390-406.

Desse modo, considerando-se a importância do juízo sobre fatos e do controle sobre a valoração probatória apta a desvirtuar a imparcialidade, a análise sobre o comportamento psicanalítico do magistrado, seu novo papel, originalidade cognitiva e a figura do juiz das garantias é primordial para o estudo do processo penal brasileiro.

Conforme explorado anteriormente neste trabalho, sabe-se que a pretensão de verdade é utópica, pois inalcançável no plano da realidade humana. Sendo assim, a pretensão que deve prevalecer no procedimento penal é a de “justiça”, aquela que é tateável no mundo dos autos, diante das provas e valorações jurisdicionais, não pertencendo ao julgador a análise do campo da verdade.

Ocorre que tal pretensão, pertencente ao julgador, fica prejudicada quando este, de acordo com a regra da prevenção (que é altamente questionável e problemática), prevista em nosso sistema, atua de forma ativa na fase pré-processual e, após, fica vinculado ao mesmo caso até exarar sentença. O prejuízo citado se dá pelo fato de que o momento da valoração na formação da decisão judicial, em especial no juízo sumário pré-processual, carece de maior atenção da doutrina, visto que é comumente estudado sem maiores cautelas ou considerado como mera (e falsa) convicção pessoal do magistrado, maculado por um subjetivismo exacerbado, quase místico³⁵⁶, que concede à acusação status de presunção de veracidade no que se refere às alegações postas.

Grande parte da doutrina permanece defendendo que a função da “atividade jurisdicional criminal” é a descoberta da verdade, fato determinante no que concerne a visão em relação às provas³⁵⁷ e a postura do julgador, mesmo que hoje já se demonstre como insustentável qualquer posição extremada neste sentido, de atingimento de uma verdade “real ou material”, eis que tal ideia foi desconstruída por críticas acerca da inviabilidade de obtenção desse conhecimento pretensamente integral e inquestionável³⁵⁸.

A incessante busca da verdade, pautada por limitações epistemológicas e diretamente relacionadas ao mecanismo processual, é a base utilizada pelos que

³⁵⁶ ABELLÁN, Maria Gascón. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 12.

³⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 43; BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Barcelona: Bosch, 1973, p. 250.

³⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 46-50.

defendem a função cognitiva ou racionalista da prova³⁵⁹. Ocorre que dentro de tal função, assumem-se as limitações do conhecimento judiciário e, inclusive de problemas relacionados a linguagem, de forma a adotar, assim, a noção de probabilidade.

Por impasses relacionados às tendências autoritárias, ocasionadas pelo aceite da “busca da verdade” como elemento fundamental, mostra-se como necessário o abandono deste dispositivo na construção da teoria do processo. Sempre se sustentou a impossibilidade de sua total exclusão³⁶⁰, mas é certo que a verdade não pode ser concebida como o fundamento ou a função do processo penal.

Deve ser aceito, por todos os protagonistas da dialética processual, mormente pelo julgador, que mesmo que o processo tenha a pretensão de “reconstrução histórica dos fatos” a partir dos dados inerentes ao processo e seus rastros do passado, de modo que a versão adotada e reconstruída refletirá tal história de um modo aproximado, mas nunca integral, abrangente e inquestionável³⁶¹. Sendo assim, qual o sentido de manutenção da verdade como objeto da prova?

Questionável também é a conduta do julgador como gestor das provas que possuem como pretensão a reconstrução da verdade no processo. Se, como já foi demonstrado, a pretensão de verdade possui alta carga negativa e de periculosidade, por suas falhas, incompletudes e vícios, como aceitar que seja imposta e almejada pelo magistrado, figura que deveria se colocar em situação de completa ignorância processual, o alcance da verdade para solucionar o caso penal?

Só o contato com a produção probatória do processo, em posição de ativismo judicial, já vicia a e compromete a imparcialidade do julgador, tornando impossível a valoração de todos os elementos processuais a partir de uma originalidade cognitiva. Tal falta, compromete por completo a seriedade e a própria prestabilidade do procedimento penal.

Sabe-se que, em regra, o julgador apenas deve agir mediante provocação. Tal premissa, por decorrência das raízes autoritárias, intrínsecas ao nosso sistema,

³⁵⁹ TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. **Jueces para la democracia**, Madri, v. 59, p. 71-79, jul. 2007, p. 76; BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 64.

³⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

³⁶¹ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal**. Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 591.

é relativizada, por exemplo, pela própria redação do art. 156 do Código de Processo Penal, a qual traz a possibilidade de o julgador ordenar, de ofício, em fase policial ainda, a produção antecipada de provas consideradas relevantes, função esta que, por uma breve análise pautada pela lógica racional processual, deveria pertencer unicamente ao órgão acusador, e não ser atribuída tal função persecutória do Estado ao magistrado que irá conduzir o processo até a sentença.

Por relativizações como esta citada acima, que acarretam na atribuição ao julgador da gestão da prova, somadas ao ativismo judicial, conclui-se que nos deparamos com o perigo da postura inquisitória do julgador e com a formação de pré-julgamentos, fatores responsáveis pelos imensos prejuízos cognitivos para o exercício posterior da jurisdição no processo³⁶².

Deste modo, tendo o julgador esta postura ativa e inquisitória, o alto risco de pré-juízos e contaminações que acarretem na sua imparcialidade, sem falar nas possíveis alterações psíquicas, exigem que nosso país implante a figura do denominado juiz das garantias, com a finalidade de atuação restrita e limitada na fase pré-processual, que esteja impedido de julgar o caso³⁶³.

O juiz das garantias, é altamente fundamental em um sistema acusatório sério, possuindo competência para decidir sobre todas as questões que, durante a investigação preliminar, incidam sobre os direitos e garantias individuais. Devendo a incumbência da investigação permanecer a cargo do Ministério Público e da polícia, que exercerá controle externo ao órgão de acusação. O magistrado deve ficar em posição equidistante dos interesses e pedidos das partes.

Immanuel Kant sustentava a ideia de que todo sistema deve estar fundado em um “princípio da unidade sistemática”, ou também no denominado “princípio unificador”, a partir do que ele denominou ser a “arquitetônica”³⁶⁴, o que o mesmo define como a “arte dos sistemas”, revelando-se como a unção do conhecimento em uma única ideia, de forma a consubstanciar o que há de científico.

Sob suas próprias palavras, em seu texto intitulado “Prolegómenos”, Kant afirma que:

³⁶² LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudos de Justicia de las Américas – CEJA, 2018, p. 313.

³⁶³ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudos de Justicia de las Américas – CEJA, 2018, p. 313.

³⁶⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 584 e ss.

Mas embora seja impossível um todo absoluto da experiência, no entanto, a ideia de um todo do conhecimento segundo princípios em geral é aquilo que unicamente pode fornecer-lhe uma certa espécie de unidade, a saber, a de um sistema, sem a qual o nosso conhecimento não é senão fragmento, sem poder ser utilizado para o fim supremo (que é sempre apenas o sistema de todos os fins); aqui, não entendo simplesmente o fim prático, mas também o fim supremo do uso especulativo da razão.

Ainda, Kant ressalta a necessidade de o sistema ser identificado a partir de uma ideia fundante, não guardando a mesma estrutura quando o conjunto de regras é fruto de uma construção apenas empírica, nesse caso, Kant considera o conjunto de regras como se fosse apenas “uma unidade técnica”, mas não um “sistema”.

A partir dessa divisão conceitual (sistema X “unidade técnica”), Kant conclui que a ciência não pode surgir de forma acidental, apenas pautada pela experiência (“tecnicamente”), mas sim “arquiteticamente”, ou seja, deve ser fruto de uma ideia fundante.

Em suma, o pensamento kantiano a respeito de sistema, parte de uma ideia fundante e se orienta por princípios unificadores, sem o que, o conjunto de regras é assistemático. Ainda, é necessário que o sistema seja construído a priori, a partir da referida ideia fundante e não a posteriori pela mera constatação empírica.

De acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho³⁶⁵, a partir da ideia kantiana de sistema, é possível se identificar o princípio unificador, a que se refere Kant, na diferenciação dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, sendo este definido pelo critério referente à gestão da prova. Ainda, Jacinto expõe que:

Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras – mas principalmente – o acerto de um caso penal após a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, é a gestão da prova e a forma pela qual ela é realizada que identifica o princípio unificador.³⁶⁶

A denominada gestão da prova, para o sistema inquisitório, reúne no julgador as funções de julgar e acusar, o tornando o senhor da prova e do processo como um

³⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova:** segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p. 262.

³⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova:** segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p. 262.

todo, de forma a prejudicar frontalmente o devido processo legal. Ainda, neste mesmo panorama inquisitório, o julgador guia-se por sua visão comprometida e viciada, valendo-se do:

Mecanismo natural do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.³⁶⁷

A alta incidência da função cognitiva da prova, tende a maximizar o papel da verdade no processo a tornando um instrumento excessivo voltado ao seu descobrimento. Nesse cenário, abrem-se inevitáveis brechas para a manifestação do autoritarismo, especialmente em razão do incremento de poder do julgador⁵⁰. Em razão da crença em um fantasioso mito³⁶⁸, o juiz acaba por sair de sua posição garantidora para uma posição ativa, buscando que o processo alcance seu objetivo de alcance da verdade, ao passo que a dúvida gerará um estado de pendência dificilmente aceitável³⁶⁹ e facilmente substituível por suas conclusões pessoais e imotivadas, dentro deste panorama.

Tal visão, apresenta insuficiências e graves problemas, pois desconsidera as limitações da pretensão de racionalidade da modernidade³⁷⁰ e dos inevitáveis espaços de discricionariedade subjetiva do julgar, já que, o juiz, como ser-no-mundo, carrega consigo pré-compreensões e sua historicidade³⁷¹, ou seja, por mais que

³⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova:** segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p. 264.

³⁶⁸ CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165-180.

³⁶⁹ Nesse sentido, embora apresente diversas contribuições pertinentes, Fenoll adota posição questionável, a partir de leitura da função cognitiva da prova e da busca da verdade no processo penal, ao sustentar que a dúvida deve ser evitada pelo julgador, adotando postura ativa na busca de provas, de modo que o in dubio pro reo deve ser uma alternativa excepcional e rigidamente subsidiária (FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 127-128). Pensa-se, contudo, que a adoção de postura ativa pelo julgador acarreta potenciais prejuízos à sua imparcialidade, abrindo indevidas brechas para abusividades e arbitrariedades. Nesse sentido, mostra-se acertada a afirmação de Khaled Jr. no sentido de que “a maquiagem conceitual da busca da verdade sob o caráter matizado, relativo ou aproximativo acaba fundamentando a continuidade da estrutura inquisitória de forma velada, subvertendo o caráter democrático exigível a um processo respeitoso dos direitos fundamentais do acusado” (KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal.** Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184).

³⁷⁰ GAUER, Ruth C. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth C. (Org.). **A qualidade do tempo:** para além das experiências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 6; LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 570.

³⁷¹ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal.** Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 223; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 58.

deva ser imparcial, neutro nunca será. A função persuasiva da prova, portanto, aporta o “dado de realidade” ao estudo da teoria probatória, visto que considera as determinantes pessoais do juiz que podem guiar a tomada a decisão.

Embora, tais elementos não se mostrem legítimos e suficientes para embasar o fundamento da prova, eles são circunstâncias, que precisam ser sopesadas para permitir a devida compreensão das relações inerentes ao campo jurídico-penal. Para tanto, questiona-se o mito da verdade com a possibilidade de sua exclusão em âmbito processual penal. No dizer de Rui Cunha Martins: afinal, é o juiz que aceita ou não, com significativa liberdade, os modos de esteio e de objectividade que lhe são propostos.³⁷² Ou seja, a verdade enquanto objeto perseguido pelo julgador, será aquilo que ele entender como tal.

Por outro lado, a função persuasiva da prova como meio de captação do convencimento do juiz tende a fortalecer uma interpretação abusivamente discricionária da valoração probatória realizada pelo julgador³⁷³. Isso inviabilizaria, inclusive, a estruturação do regime recursal como controle da decisão judicial, ao passo que, obtido o convencimento do juízo a quo, mostra-se inviável a possibilidade de revisão por outro julgador.

Assim, no processo penal, a prova apresenta esta dupla função, em um sentido de relação de autolimitação. Em razão do excesso de discricionariedade e subjetivismo, que torna incontrollável o ato de julgar como mero convencimento, é necessário que se estabeleça uma ligação cognitiva com os fatos, a qual, considerando a eliminação da verdade no processo, determinará que o convencimento judicial deverá se realizar por meio de critérios racionais juridicamente legítimos, que devem ser expressos na motivação da decisão³⁷⁴. Por óbvio, o percurso mental do julgador e os reais motivos que podem ser considerados para a tomada da decisão são efetivamente incontrolláveis e imprevisíveis, mas a necessidade de apresentação racional e juridicamente legítima na motivação impõe, ao menos, a consideração correlata de tais critérios aceitáveis, em sentido de exercício de demonstração de tal legitimidade.

³⁷² MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 7-8.

³⁷³ MAYA, André M.; URANI, Marcelo F. O princípio da identidade física do juiz e a função persuasiva da prova no processo penal. In: FAYET JR., Ney; MAYA, André M. (Orgs.). **Ciências penais e sociedade complexa II**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 41-42.

³⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

Assim, sabe-se que a pretensão de verdade no processo penal não deve ser elemento determinante na tomada de decisão do magistrado.

Dentro desta lógica e ciclo vicioso, pode-se concluir que apenas se muda o sistema processual no Brasil, caso se mude o princípio unificador e se abandone a mentalidade inquisitória, retirando, de forma mais imediata possível, o poder jurisdicional de discricionariedade extremada, que pode acarretar no que Franco Cordero delimitou como “quadro mental paranoico” (quando torna-se o imaginário como real possível)³⁷⁵.

Apenas assim, poderemos, de fato, alcançar nosso caminhar a um sistema processual penal acusatório e democrático no Brasil.

2.2.1 A imparcialidade estrutural e estética aparente sob a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução ONU nº 217-A de 10 de dezembro de 1948 prevê, em seu artigo 10 que: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um **tribunal independente e imparcial**, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.³⁷⁶

Citando a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu texto preambular e dando segmento ao mesmo raciocínio, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950³⁷⁷, no inciso I de seu artigo 6º, ao estabelecer o direito a um processo equitativo, dispõe que:

³⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova:** segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018, p. 264.

³⁷⁶ BRASIL. **Resolução ONU nº 217-A de 10 de dezembro de 1948.** Norma Federal - Publicado no DO em 10 dez 1948. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-217-1948_94854.html#:~:text=Todo%20indiv%C3%ADduo%20tem%20direito%20%C3%A0,liberdade%20e%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravatura,todas%20as%20formas%2C%20s%C3%A3o%20proibidos.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20a%20tortura,tratamentos%20cru%C3%A9is%2C%20de sumanos%20ou%20degradantes. Acesso em: 2 fev. 2021.

³⁷⁷ Porém, entrou em vigor apenas em 1953. (EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf Acesso em: 2 fev. 2021).

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um **tribunal independente e imparcial**, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (...).

Importante registrar crítica já lançada por Gustavo Badaró ao perceber que a Declaração Universal dos Direitos Humanos – e de mesma forma a Convenção Europeia dos Direitos Humanos – não assegura de forma expressa o direito a um juiz competente por lei, tampouco faz menção ao juiz natural³⁷⁸.

Em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas e teve seu texto aprovado no âmbito interno do Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226/91³⁷⁹. Em seu artigo 14.1, dispõe que “...Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por **um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei...**”.

Já o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969 e que entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978³⁸⁰, dispõe em seu artigo 8.1 que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei...**”.

Denota-se que, ainda que mais completas as duas últimas previsões citadas, na mesma linha crítica lançada por Badaró, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, por mais que torne expressa a previsão da garantia do juiz competente o faz apenas sob o aspecto formal³⁸¹ (“... estabelecido por lei”), enquanto o Pacto de São José da Costa Rica prevê a mesma garantia sob o

³⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro**. 2011.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 88.

³⁷⁹ Depositada a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 24 de janeiro de 1992, entrou em vigor no dia 24 de abril de 1992 e foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

³⁸⁰ O governo brasileiro depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, mesmo dia em que entrou em vigor no Brasil e foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

³⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro**. 2011.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 89.

aspecto formal e também sob o aspecto substancial³⁸² (“...estabelecido anteriormente por lei”), ou seja, de forma mais satisfatória.

Em mesmo sentido, tanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁸³ além de reconhecerem que a imparcialidade se constitui como direito fundamental, estabelecem que a mesma deve ser determinada de acordo com um critério subjetivo e outro objetivo. O desenvolvimento de tais conceitos atinentes a imparcialidade adveio com o julgamento do caso *Piersack vs Bélgica*³⁸⁴, no ano de 1982, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, após, difundido³⁸⁵ pela Corte Interamericana.

A imparcialidade sob o aspecto subjetivo é examinada no íntimo da convicção do magistrado, na condução de determinada causa³⁸⁶. Constitui-se justamente na preservação da originalidade cognitiva do julgador na tentativa de se evitar que ele julgue com a carga cognitiva pretérita. Ou seja, fundamental para preservar a imparcialidade subjetiva do magistrado é impedir que o caso penal seja julgado por aquele que já manifestou seu juízo de valor sobre o caso em oportunidade anterior³⁸⁷.

Já a imparcialidade pelo aspecto objetivo traduz-se na estética ou visibilidade³⁸⁸ que transparece a terceiros, podendo ser analisada por meio da própria postura do julgador, que não deverá deixar qualquer espaço para dúvida de que conduz o processo sem ter predileção por nenhuma das partes³⁸⁹. Ou seja, conduz a que o juiz deva fornecer elementos suficientes para excluir qualquer dúvida

³⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro**. 2011. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 89.

³⁸³ Vide importantes casos julgados pela CIDH: *Apitz Barbera vs Venezuela*; *Castillo Petruzzi vs Peru*; *Caso Durand e Ugarte e*; *Caso Cantoral Benavides vs Peru*. Registra-se ainda o conceito de juiz imparcial delineado pela CIDH na ocasião do julgamento do caso *Apitz Barbera vs Venezuela*: “é aquele que, ao intervir no litígio, deve se aproximar dos fatos sem pré-julgamentos, oferecendo as garantias objetivas suficientes que permitam banir qualquer dúvida do jurisdicionado ou da comunidade sobre sua parcialidade”.

³⁸⁴ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57557%22%5D%7D> Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁸⁵ Vide *Caso Apitz Barbera vs Venezuela*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

³⁸⁶ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica §30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57557%22%5D%7D> Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁸⁷ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76.

³⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

³⁸⁹ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 76.

a respeito de eventual predileção a tese apresentada por uma das partes. Assim, o TEDH expressamente se manifesta³⁹⁰ no sentido de que não se pode limitar a análise da imparcialidade a um teste meramente subjetivo, pois nesta seara, até as aparências podem ter importância³⁹¹.

No entanto, como bem demonstrado no julgamento do caso *Kyprianou vs. Cyprus*, pela Corte Europeia, não há divisão exata entre as duas perspectivas desenvolvidas da imparcialidade³⁹², uma vez que a conduta de um juiz pode não apenas ensejar desconfiança do ponto de vista da estética estabelecida (imparcialidade do ponto de vista do observador externo: objetiva), mas também pode envolver a questão da convicção pessoal do magistrado (enfoque subjetivo)³⁹³. Portanto, apenas por meio de um caso concreto, com uma conduta específica de um magistrado, saberemos sob qual perspectiva (ou sobre ambas) a imparcialidade será analisada³⁹⁴.

Sendo assim, quando houver fundado e legítimo receio na quebra da imparcialidade do julgador, deve haver o seu afastamento³⁹⁵, uma vez que o que está em jogo é a confiança³⁹⁶ que Poder Judiciário deve inspirar na população de uma sociedade democrática. Tal orientação, que norteia as decisões exaradas pela Corte Europeia³⁹⁷, é difundida pela teoria da aparência³⁹⁸, sobre a qual, Badaró³⁹⁹ discorre:

³⁹⁰ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica, §30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57557%22>} Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁹¹ “São várias, na verdade, as razões que, perante um caso concreto, podem levar a pôr em dúvida a capacidade de um juiz para se revelar imparcial no julgamento; e o que aqui interessa – convém acentuar – não é tanto o facto de, a final, o juiz ter conseguido ou não manter a imparcialidade, mas sim defendê-lo da suspeita de a não ter conservado, não dar azo a qualquer dúvida, por esta via reforçando a confiança da comunidade nas decisões dos seus magistrados”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 315).

³⁹² HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Kyprianou vs. Cyprus, §119**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-71671%22>}. Acesso em: 2/3/2021.

³⁹³ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica §30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57557%22>} Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁹⁴ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica §30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57557%22>} Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁹⁵ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica §30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57557%22>} Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁹⁶ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica §30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57557%22>} Acesso em: 4 mar. 2021.

³⁹⁷ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 77.

Segundo a teoria da aparência de imparcialidade, para preservar a confiança que a sociedade deve ter nos tribunais, deve ser impedido de atuar todo juiz sobre o qual haja dúvida de imparcialidade. Sem uma garantia total de imparcialidade, o julgador não poderá legitimamente exercer a função jurisdicional.

Ainda sob o aspecto da imparcialidade subjetiva, o TEDH tem reiterado de forma sistemática que a imparcialidade pessoal de um julgador deve ser presumida até que haja prova em contrário, a exemplo disto temos os casos *Kyprianou vs. Cyprus* e; *Hauschildt vs Dinamarca*⁴⁰⁰, julgados pela Corte. No caso *Hauschildt vs Dinamarca*, o TEDH expressamente se manifestou no sentido de que se não há a alegação, amparada em prova, de que o magistrado agiu no sentido de impor suas vontades pessoais ao julgar, a imparcialidade subjetiva se presume até que haja prova em contrário, restando, assim, para esse caso, apenas a análise do aspecto objetivo.

Uma crítica que pode ser lançada aqui, sob a ótica da vivência experimentada no Brasil é que, em realidade, no nosso sistema não se propicia uma reunião de possibilidades ao julgador para que ele consiga se preservar como imparcial e decidir (julgar) com qualidade, ou seja, a lógica é justamente o inverso. Ele (o julgador), ao inaugurar a ação penal com a admissão da denúncia de um caso em que ele próprio atuou na fase pré-processual, notoriamente já está contaminado por elementos pretéritos, produzidos em uma fase que não consagra a dialética (onde não há defesa e contraditório). Ou seja, em um sistema como o nosso, na prática, há uma presunção de parcialidade.

A partir das decisões exaradas pelo TEDH – e, em especial, refiro-me aqui ao decidido no caso *De Cubber vs. Bélgica*⁴⁰¹ – no que tange ao tipo de prova exigida para se derrubar a presunção existente no campo da imparcialidade subjetiva,

³⁹⁸ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 95.

³⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 278. Importante mencionar também a utilização da teoria da aparência em recentes precedentes do STF, a exemplo, cita-se o HC 164.493/DF.

⁴⁰⁰ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Kyprianou vs. Cyprus, §119**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71671%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021 e; HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Hauschildt vs. Denmark, § 47 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57500%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁴⁰¹ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso De Cubber vs. Bélgica, §25 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57465%22%5D%7D>. Acesso em: 1 mar. 2021.

denota-se que: o que se busca é a averiguação se o julgador, de fato, demonstrou hostilidade, má vontade ou ainda manipulou⁴⁰² a distribuição de competência para que um caso fosse atribuído a si mesmo em virtude de pretensa satisfação de vontades pessoais.

Justamente por parecer um desafio se obter provas ou evidências concretas para refutar tal presunção de imparcialidade subjetiva do juiz, a análise sob o aspecto da imparcialidade objetiva demonstra-se como uma espécie de garantia “a mais”, assim, diante de tal dificuldade, conforme citado no caso *Morice vs. França*, julgado no ano de 2015 pela Corte, na maioria⁴⁰³ dos casos em que se reconhece a quebra da imparcialidade, o TEDH foca na análise do aspecto objetivo. Temos também, como exemplo, o caso *Kyprianou vs. Cyprus* julgados pela Corte⁴⁰⁴.

Importante registrar também o julgamento pela Corte, no ano de 1970, do caso *Delcourt vs. Belgium*⁴⁰⁵. Embora a conclusão do caso específico não tenha sido pela violação do art. 6º da Convenção, há a importante citação do célebre brocardo inglês – também citado no julgamento dos casos *Piersack vs Bélgica* e *De Cubber vs. Bélgica* – que reflete exatamente o que busca a imparcialidade objetiva: “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”.

Sob o aspecto objetivo, a aparência de imparcialidade (fator estético)⁴⁰⁶ é ponto que demonstra ser de primordial importância. A análise que deve ser feita está intimamente relacionada a posições hierárquicas ou outras ligações entre o juiz e demais protagonistas do processo em julgamento que possam ensejar dúvidas quanto a imparcialidade.

Tal situação é facilmente demonstrável no Brasil pela disposição cênica dos lugares nas salas de audiência e em sessões de julgamento, em que, apesar de existir a separação formal entre as funções de acusar e julgar, temos o Ministério

⁴⁰² HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso De Cubber vs. Bélgica, §25 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57465%22%5D%7D>. Acesso em 1 mar. 2021.

⁴⁰³ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Morice vs. França, § 75 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-154265%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁴⁰⁴ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Kyprianou vs. Cyprus, §119**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71671%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021 e; HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Morice vs. França, § 75 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-154265%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021.

⁴⁰⁵ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Delcourt vs. Belgium, § 30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57467%22%5D%7D>. Acesso em: 9 dez. 2020.

⁴⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

Público sentado à direita do juiz (Deus pai todo poderoso), em oposição à defesa, o que já denota uma disparidade de tratamento entre partes e revela possível predileção e aproximação ao órgão ministerial – e até mesmo hierarquia entre as partes e do juiz com as partes, em nítida violação ao disposto no art. 6º da Lei 8906 de 1994 –, ou ainda pela manutenção dos autos de inquérito policial⁴⁰⁷ que seguem acompanhando a ação penal até os Tribunais Superiores, questões que negam e impedem a possibilidade de uma igualdade cognitiva⁴⁰⁸. Ou seja, a própria estrutura (inclusive física) do sistema brasileiro não transmite a ideia – ou mesmo a sensação e aparência – de imparcialidade.

Tal relação acima citada, observada nos casos julgados pelo TEDH, de hierarquia do juiz ou de ligações do mesmo entre protagonistas do processo (incluindo casos de parentesco), que possam acarretar na desconfiança com relação a imparcialidade, de acordo com a manifestação da Corte Europeia no julgamento do caso Pullar vs. Reino Unido⁴⁰⁹, realizado no ano de 1996, precisam ser observadas individualmente, em cada caso concreto, para se aferir se a referida relação realmente é comprometedora do regular e sóbrio andamento do feito.

Isso demonstra como as aparências carregam importância. A imparcialidade estética é revelada pela confiança e credibilidade que o Judiciário inspira não só na população, mas principalmente no acusado⁴¹⁰.

Além disso, a decisão tomada pelo TEDH no caso Piersack vs. Bélgica, além de construir os conceitos de imparcialidade subjetiva e objetiva⁴¹¹, é extremamente

⁴⁰⁷ Sobre a imprescindibilidade da exclusão física dos autos de inquérito policial para a preservação da originalidade cognitiva do magistrado, há muito, Aury Lopes Jr. se dedica ao estudo. Vide: LOPES JR., Aury; GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 322. Para tais elementos serem valorados deverão ser produzidos na fase processual. Importante citar também previsão existente na legislação espanhola, na Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: “*De otra, la exclusión de la presencia, incluso física, del sumario en el juicio oral evita indeseables confusiones de fuentes cognitivas atendibles, contribuyendo así a orientar sobre el alcance y la finalidad de la práctica probatoria a realizar en el debate*”. Ainda, no mesmo sentido é a previsão do sistema italiano com a exclusão do *indagine preliminare*.

⁴⁰⁸ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva. **Conjur**, 08 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta> Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴⁰⁹ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Pullar vs Reino Unido, §38 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57995%22%5D%7D>. Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴¹⁰ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Morice vs. França, § 75 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-154265%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021.

simbólica ao delimitar, de forma muito enfática, que a real divisão das funções entre acusar e julgar devem estar concentradas em pessoas diferentes, para evitar a confusão psíquica no julgador e permitir que a ele sejam reunidas condições mínimas para a preservação de sua imparcialidade. No caso analisado pela Corte, que considerou de forma unânime a quebra da imparcialidade pelo julgador, o Requerente, Sr. Piersack, alegou ter sido vítima da violação do artigo 6º, §1º da Convenção, por não ter sido julgado por "um tribunal independente e imparcial estabelecido por lei" uma vez que o Sr. Van de Walle, Presidente do Tribunal de Julgamento que o condenou, teria atuado no mesmo caso, anteriormente, no setor responsável pela acusação pública. A decisão conclui que, nestas condições, há séria e legítima temeridade com relação a preservação da imparcialidade do magistrado:

Se um indivíduo, depois de exercer no Ministério Público um cargo cuja natureza seja tal que ele possa ter que lidar com um determinado assunto no curso de suas funções, subsequentemente se reúna no mesmo processo que um juiz, o público tem o direito de temer que ele não oferece garantias suficientes de imparcialidade. (tradução nossa).⁴¹²

Ou seja, não há possibilidade de o magistrado que atuou anteriormente como acusador no mesmo caso que irá julgar inspirar confiança e credibilidade na sociedade. Como menciona a decisão, este não oferecerá garantias suficientes de imparcialidade, assim, consagrou-se histórico entendimento de que um julgador com poder investigatório é incompatível com a função de julgador.

A mesma decisão denotou ainda que, ao se analisar a imparcialidade do órgão julgador, deve-se observar a existência de procedimentos nacionais voltados a garantir a imparcialidade, eis que revelam a preocupação do próprio legislador em preservar condição psíquica adequada para que o magistrado desempenhe sua

⁴¹¹ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica §30 e seguintes**. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57557%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57557%22]}) Acesso em: 4 mar. 2021.

⁴¹² Do original: "If an individual, after holding in the public prosecutor's department an office whose nature is such that he may have to deal with a given matter in the course of his duties, subsequently sits in the same case as a judge, the public are entitled to fear that he does not offer sufficient guarantees of impartiality".

função primordial no processo⁴¹³. Interessante se observar o mesmo nos casos Pfeifer e Plankl vs. Áustria, Oberschlick vs. Áustria, Pescador Valero vs. Espanha e Zahirović vs. Croácia.

Importante observarmos a construção realizada pelo TEDH no julgamento do caso Kyprianou v. Cyprus⁴¹⁴, julgado no ano de 2005, para determinar dois grandes momentos em que a quebra da imparcialidade pode ocorrer. O primeiro deles⁴¹⁵ é de natureza funcional e está estreitamente relacionado ao (indevido) desempenho de diversas funções no processo pelo magistrado e também a relações hierárquicas ou outra que possa comprometer a imparcialidade do magistrado com qualquer outra pessoa envolvida no julgamento. E o segundo⁴¹⁶, é de natureza pessoal, sendo desvendado pela própria postura do magistrado no caminhar do processo penal.

Por exemplo, no que tange a situações de natureza pessoal, de acordo com a construção jurisprudencial do TEDH, especialmente nos casos Lavents vs. Letônia⁴¹⁷ e Buscemi vs. Itália⁴¹⁸, reserva às autoridades judiciais a obrigação de exercer máxima discricção em relação aos casos em que ocupam a função jurisdicional, com a finalidade de preservar a suas imagens de juízes imparciais. Do contrário, pública postura diversa, pode se configurar situação de natureza pessoal ensejadora de quebra da imparcialidade.

Tal discricção deve se fazer presente no cotidiano no magistrado no sentido de dissuadi-lo de fazer uso da imprensa, mesmo quando provocado⁴¹⁹ em razão de

⁴¹³ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica §30 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57557%22%5D%7D> Acesso em: 4 mar. 2021.

⁴¹⁴ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Kyprianou v. Cyprus, § 121 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71671%22%5D%7D> Acesso em: 3 mar. 2021.

⁴¹⁵ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Kyprianou v. Cyprus, § 121 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71671%22%5D%7D> Acesso em: 3 mar. 2021.

⁴¹⁶ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Kyprianou v. Cyprus, § 121 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71671%22%5D%7D> Acesso em: 3 mar. 2021.

⁴¹⁷ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Lavents vs. Letônia, §119 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-65362%22%5D%7D> Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴¹⁸ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Buscemi vs. Itália § 67 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58304%22%5D%7D> Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴¹⁹ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Lavents vs. Letônia, §119 e seguintes**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-65362%22%5D%7D> Acesso em: 3 fev. 2021.; HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Buscemi vs. Itália § 67 e seguintes**.

estar à frente de casos penais de grande repercussão social e nacional. Além da demanda por preservar sua própria imparcialidade (sob todos os aspectos), a aspiração por justiça e a grandeza do cargo judicial impõem tal dever⁴²⁰.

O caso *Lavents vs. Letônia*⁴²¹, julgado pelo TEDH no ano de 2002, tratou exatamente desta questão. No julgamento, considerou-se como violado o direito a um juiz imparcial (previsto no art. 6º, §1º da Convenção) ao se fazer a análise do caso concreto com relação a abordagem da imparcialidade subjetiva. Na oportunidade⁴²², a Corte frisou que a discricionariedade outorgada e assegurada a magistrados, deve direcioná-los a não recorrer à imprensa, ainda que seja para responder a provocações, sendo que a manifestação pública sobre um caso penal, pelo magistrado responsável por decidir o feito, se valendo de expressões que revelem a predileção por uma das partes, implicando na apreciação negativa da outra parte, é incompatível com os requisitos de imparcialidade. O mesmo raciocínio é expresso pela Corte no caso *Buscemi vs. Itália*⁴²³, julgado em 1999, em que declarações públicas proferidas pelo magistrado justificaram os temores do acusado quanto à sua imparcialidade, considerando-se, assim, violado o direito a um julgamento imparcial.

Porém, ressalva importante feita pelo TEDH no julgamento do caso *Khodorkovskiy e Lebedev vs. Rússia*⁴²⁴ (além de diversas outras conclusões importantes do referido caso, que não são objeto de análise deste trabalho) é de que o fato de o magistrado proferir reiteradas decisões processuais desfavoráveis à defesa não aponta por quebra ou ausência de imparcialidade. Fato que,

Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58304%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58304%22]}) Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴²⁰ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Lavents vs. Letônia, §119 e seguintes.** Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-65362%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-65362%22]}) Acesso em: 3 fev. 2021.e; HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Buscemi vs. Itália § 67 e seguintes.** Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58304%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58304%22]}) Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴²¹ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Lavents vs. Letônia, §119 e seguintes.** Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-65362%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-65362%22]}) Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴²² HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Lavents vs. Letônia, §119 e seguintes.** Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-65362%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-65362%22]}) Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴²³ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Buscemi vs. Itália § 67 e seguintes.** Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58304%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58304%22]}) Acesso em: 3 fev. 2021.

⁴²⁴ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Khodorkovskiy e Lebedev vs. Rússia, § 430 e seguintes.** Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-200333%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-200333%22]}). Acesso em: 3 mar. 2021.

naturalmente, é inerente a eventual resultado que pode ser obtido por meio da cognição do magistrado, pelo exercício da dialética processual.

Interessante também é rememorar que tanto as garantias constitucionalmente destinadas à Magistratura (vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos, inamovibilidade), quanto a demarcação (ainda que insuficiente) por nosso Código de Processo Penal de hipóteses de suspeição e impedimento, são no sentido de tentar propiciar uma reunião de condições para a imparcialidade no exercício da jurisdição⁴²⁵. Isto porque, tais garantias asseguram a independência jurisdicional do magistrado, constituindo-se como fator de extrema relevância ao devido processo legal imparcial, reconhecido pelo TEDH no julgamento do caso *Grievs vs. the United Kingdom*⁴²⁶. Neste caso, a corte entendeu que para que um tribunal seja considerado independente, deve-se analisar qual a forma de nomeação de seus membros e seus respectivos mandatos, a existência de garantias contrapressões externas e, principalmente, se o mesmo transparece aparência de independência⁴²⁷.

No campo das decisões exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), muito também se explora com relação a preservação da imparcialidade do juiz como um direito fundamental.

A hipótese com a qual trabalhamos é que a imparcialidade é uma garantia fundamental do processo penal, em especial prevista nos pactos internacionais aderidos formalmente ao ordenamento brasileiro, mas não há, na prática, uma efetiva proteção aos jurisdicionados brasileiros, considerando a extensão que as Cortes internacionais de direitos humanos dão a esta cara garantia.

Na intenção de demonstrar que a imparcialidade é o grande princípio reitor de um processo penal guiado por inspirações democráticas, citou-se a postura e os principais argumentos do TEDH em casos emblemáticos, em franca posição pela preservação da imparcialidade jurisdicional e estabilidade do artigo 6º da Convenção Europeia. Pretende-se, agora, no tópico seguinte, discorrer sobre a jurisprudência brasileira na interpretação da abrangência da garantia da imparcialidade e no reconhecimento dos mecanismos para sua proteção.

⁴²⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 11.

⁴²⁶ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Grievs vs. the United Kingdom**. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61550%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61550%22]}). Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴²⁷ HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Grievs vs. the United Kingdom, §69**. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61550%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61550%22]}). Acesso em: 10 fev. 2021.

3 A GESTÃO DE EXPECTATIVAS E O DISCURSO MANIPULADOR NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DAS CONVERSAS DIVULGADAS PELO SITE “*THE INTERCEPT BRASIL*” E EXPOSTAS PELA OPERAÇÃO SPOOFING

Ao juiz, se destina apenas a condição de garantir o regular exercício da prestação jurisdicional e não da produção probatória ou de qualquer classe de resultado⁴²⁸. Dentro da lógica esboçada pelo sistema de matriz acusatória, temos o juiz em posição equidistante da atividade probatória, em posição imparcial e isenta, sendo, apenas, o destinatário da prova, não o seu autor⁴²⁹.

Ao se pensar em processo, se deve pensar em atividade recognitiva⁴³⁰ direcionada ao juiz que não sabe, mas que precisa saber⁴³¹ para que possa proferir decisão legítima e pautada em conformidade com o devido processo legal. Silogismo elementar, mas imprescindível à democracia.

O sistema penal é nas práxis forense e na teoria, cada dia mais, o resultado da tensão entre o exercício (e suas facilitações) do poder de punir e seus limites (ou falta) concretos. De um lado encontram-se não apenas medidas legislativas que aumentam a potencialidade das punições seja com a expansão das condutas criminalizadas, ou com o recrudescimento das penas cominadas aos tipos penais já existentes, como, também, a criação de medidas processuais, que reduzem o espectro de garantias, com a invasão da privacidade das pessoas submetidas à investigação ou ao processo criminal⁴³².

Conforme trabalhado nessa dissertação, identificou-se a criação de **um quadro de expectativas** quanto aos resultados práticos de um processo, que remetem ao utilitarismo penal e, percebe-se que, diversas das medidas que se

⁴²⁸ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 108.

⁴²⁹ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 109.

⁴³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriela Saad. (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 163.

⁴³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriela Saad. (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 163.

⁴³² SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Interceptação das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. **Segurança Pública**. Brasília: IDP, 2015, p. 7-34.

prestam a facilitar a obtenção de informações, restrições de direitos, privações de liberdade, dentro outros, em detrimento das garantias fundamentais, terminam por ocultar o debate sobre a aplicabilidade de direitos, de envergadura constitucional e convencional, que são condições para a legitimidade dessas medidas. Nesse sentido, Ferrajoli⁴³³ afirma:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

A ideia e os ideais de constitucionalismo democrático passaram por alterações no decorrer dos tempos, tornando-se (junto com os tratados internacionais) o mais importante instrumento jurídico constitutivo de direitos e garantias, na proteção de liberdades e na imposição de limites ao exercício do poder dos órgãos constituídos, e do próprio povo, contrapondo-se ao dito popular de que se vive o governo da maioria⁴³⁴. Assim, o garantismo jurídico, mediante suas manifestações, assumindo uma posição crítica a respeito do direito, põe em questão qualquer proposta teórica que se mostre desvinculada de um controle empírico; bem como, qualquer posição prática que se mostre apartada de princípios teóricos na proteção da liberdade individual, contra qualquer forma de exercício arbitrário de poder⁴³⁵.

Para falarmos de utilidade, celeridade e dinamismo no processo penal, ao ponto de justificar prisões e medidas cautelares, sem o devido procedimento próprio, que sequer respeitem as mínimas regras processuais aplicáveis, necessário firmar uma pergunta fundamental, qual seja: A quem se dirige, hoje, o processo penal quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade?

O professor português Rui Cunha Martins⁴³⁶ trabalha um contexto para

⁴³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 490.

⁴³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 894.

⁴³⁵ COPETTI NETO, Alfredo. **A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

⁴³⁶ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

responder à indagação feita acima, tendo como resposta que, verdadeiramente, essa celeridade desmedida não interessa a uma pessoa específica e sim a um determina **quadro de expectativas** cuja finalidade seria estabilizar determinado contexto normativo, no entanto, as expectativas criadas e impostas, sistematicamente afrontam direitos e garantias individuais, logo, o processo não pode servir de depósito de expectativa popular ou de senso comum.

O principal problema nessa busca de satisfação do quadro de expectativas⁴³⁷ a ser saciado, é perceber, qual o desejo oculto por daqueles que exercem o poder estatal e possuem condições de impor a satisfação de suas próprias expectativas. Digo isso, porque, a função jurisdicional exercida pelo julgador, tem como ponto de partida o cognitivo das convicções, que inevitavelmente acaba por movimentar, mesmo que de forma equivocada a ideia de satisfação ou não das expectativas criadas.

O processo deve funcionar como um organizador da diferença⁴³⁸, ao passo que organiza a descontinuidade (dentro da lógica da dialética processual necessária⁴³⁹).

Assim, inevitável a conclusão de que, um efficientismo desenfreado como referencial satisfativo de um quadro de expectativas não resolvíveis em um processo criminal (segurança pública por exemplo) tende apenas a violar cada vez mais, não só os direitos individuais dos envolvidos, como também o sistema democrático, direitos e garantias constitucionais e deveres internacionais assumidos pelo Brasil.

O processo, em verdade, para ser devido e reunir condições mínimas para ser considerado legal precisa ter o interesse de se desligar⁴⁴⁰ por completo de sua função atual dos quadros de expectativas criados. Enquanto operador de mudança⁴⁴¹, o processo precisa ocupar um lugar nada popular⁴⁴², ainda que (ou

⁴³⁷ MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 51.

⁴³⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 99.

⁴³⁹ CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 209 e seguintes.

⁴⁴⁰ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100.

⁴⁴¹ "(...) Todo problema se joga então em reconhecer as condições de emergência de uma mudança, ou aquilo que, de entre as diversas manifestações da diferença, pode ser dito com propriedade constituir um operador da mudança. Trata-se de descortinar, por entre as gramáticas da diferença, algum tipo de modalidade de efetivo recorte diferenciador em torno do qual possa perfilar-se, com razoável eficácia, uma resistência não acantonada às formas triviais de oposição e de protesto que comprovadamente se arriscam a reproduzir o que as produz". (MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos**

principalmente quando) venha a cair em desgraça perante a opinião pública, precisa funcionar como defraudador de expectativas⁴⁴³.

Na intenção de demonstrar que só o processo, como operador de mudança, é potencial ruptura com a ordem estabelecida, Rui Cunha Martins⁴⁴⁴ esclarece que:

Havendo que optar entre, de um lado, a condenação de uns quantos corruptos que, em nome de punições exemplares solicitadas pela turba, abane a legitimidade processual, introduza entorses ao regime de prova e permita acoplagens intersistêmicas sobre a decisão, e, de outro, o risco de impopularidade de um processo afinal incapaz de resolver situações para as quais de fato não está e nem tem que estar talhado e que, em abono da verdade, lhe vêm ter às mãos depois de produzidas em contextos sistêmicos diferentes do seu, é melhor escolher a impopularidade.

O magistrado, na posição equidistante das partes⁴⁴⁵ e divorciado por completo da iniciativa probatória⁴⁴⁶, que a lógica acusatória o reserva⁴⁴⁷, não pode se constituir em agente servil do quadro de expectativas criado, como se este funcionasse como seu senhor, porque quem tem um senhor, em verdade não é livre, é um escravo. A sadia e equilibrada sobrevivência do processo penal sob um viés democrático não depende de aplausos, depende apenas da fiel observância aos preceitos de um sistema acusatório.

cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 193).

⁴⁴² Neste sentido, vide trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no HC 95.009/STF: “expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A vinculação do juiz à ética da legalidade algumas vezes o coloca sob forte pressão dos que supõem que todos são culpados até prova em contrário”.

⁴⁴³ “Se há hoje uma ‘batalha de expectativas’, ela situa-se numa zona de manifesta confluência intersistêmica: um sistema jurídico posicionado frente a um sistema comunicacional que por sua vez é percorrido pelos fluxos de um sistema econômico, todos envolvidos num jogo de sedução similar aos do reino animal, em que o que está em causa é captar a atenção de um sistema social inquieto por atribuir a cada um deles determinado grau de confiança e, em função dele, determinado grau de adesão”. (MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados:** corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100-102).

⁴⁴⁴ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados:** corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 105.

⁴⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais.** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 31. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

⁴⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70 e seguintes.

⁴⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 47 e seguintes.

É indefensável a ideia de que o Estado de Direito é salvo a cada momento em que um “poderoso” ou mesmo “um corrupto” é exemplarmente condenado⁴⁴⁸. Apenas existe tal salvação⁴⁴⁹ – se é que existe – no âmbito do Estado de Direito, por meio de condenações que passam por um processo penal pautado sobre os ditames do devido processo legal⁴⁵⁰. O que existe fora desta perspectiva, traduz em populismo puro⁴⁵¹ e em barbárie.

A finalidade do processo, além de limitar o poder estatal⁴⁵², é também de garantir descoincidências⁴⁵³, de acordo com Rui Cunha Martins, justamente no sentido de garantir o elementar, ou seja, garantir “a não coincidência entre “maquinaria processual das convicções e maquinaria processual das expectativas”⁴⁵⁴.

Não pode o ilegítimo e ilegal (enquanto violador do sistema acusatório) travestir-se de legítimo e legal por meio de um discurso manipulado, ou seja, montado para dar aparência de legalidade dos atos praticados mas que, em verdade, está ao inteiro dispor de aspirações acusatórias nos bastidores processuais. Perante a pressão popular que clama pela condenação, cabe, ao sóbrio e democrático processo recusar-se a afivelar a lógica do carrasco⁴⁵⁵. Apenas assim poderá desempenhar, o processo, o papel de operador da mudança.

O processo, deve caminhar em sentido oposto ao que prega uma racionalidade neoliberal (que busca equacionar e gerir indesejáveis⁴⁵⁶). Processo é construção, tempo de maturação e mais: é operador de mudança. Ele existe para

⁴⁴⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 105.

⁴⁴⁹ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 105.

⁴⁵⁰ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do RHC 144615 AGR / PR: “Eu penso que muito mais grave do que a corrupção é a ofensa aos direitos fundamentais do cidadão, que levam ao autoritarismo e ao totalitarismo”.

⁴⁵¹ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 105.

⁴⁵² MINAGÉ, Thiago Miranda. A incompatibilidade entre a busca da verdade e a limitação do poder. **Boletim IBCCRIM**, ano 28, n. 335, out. 2020.

⁴⁵³ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 99.

⁴⁵⁴ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 99.

⁴⁵⁵ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção expectativa e processo penal. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100.

⁴⁵⁶ CASARA, Rubens. Em tempos de justiça neoliberal. **Justificando**, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/02/07/em-tempos-de-justica-neoliberal/> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴⁵⁶ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 8.

que prova e evidência não coincidam⁴⁵⁷, produzindo uma demora que assegura o diferir da diferença⁴⁵⁸. A nenhum dos sujeitos processuais deve interessar um processo pautado sob a lógica da produtividade, da eficiência, da celeridade, abrindo mão e negociando (em espécie de acordo coletivo) direitos e garantias fundamentais. Sob este viés, apenas perde o Estado Democrática de Direito⁴⁵⁹.

Deve funcionar, o processo, como um “incontinente produtor de válvulas de segurança articuladas entre si”, na visão de Rui Cunha Martins. Assim, o fato de pedirem-lhe sangue e ele (processo) oferecer contraditório, constitui-se como uma das suas maiores glórias⁴⁶⁰.

3.1 Discurso e consenso: a ausência de causa específica de suspeição no direito processual penal brasileiro

Um dos grandes desafios da ciência jurídica, de acordo com Zenkner Schmidt⁴⁶¹, é estabelecer a forma como o consenso é obtido para a racionalidade e correção dos enunciados dogmáticos.

A ciência jurídica, por meio de seus métodos hermenêuticos de produção de verdade, incorre na reiteração da banalização interpretativa – a valorização do ritual – sem fomentar qualquer discussão antecedente⁴⁶².

O decisivo, para Silva Sánchez⁴⁶³, é que uma tese dogmática disponha de um arsenal argumentativo capaz de conferir-lhe uma aspiração objetiva à obtenção do consenso. Frisa-se que falar de consenso, não significa almejar um consenso

⁴⁵⁷ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 99.

⁴⁵⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 99.

⁴⁵⁹ No mesmo sentido, vide trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar nos autos do HC 164.493/DF, perante o STF: “A história recente do Poder Judiciário brasileiro ficará marcada pelo experimento de um projeto populista de poder político, cuja tônica assentava-se na instrumentalização do processo penal, na deturpação dos valores da Justiça e na elevação mítica de um Juiz subserviente a um ideal feroz de violência às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e, principalmente, da dignidade da pessoa humana (...)”

⁴⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100.

⁴⁶¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

⁴⁶² ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 72. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁴⁶³ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

significativo, ou seja, adotar uma doutrina dominante. O decisivo não é ter o consenso como uma mera reunião de opiniões, mas sim o consenso autêntico, que não necessariamente reflete o ponto de vista da maioria.

Isso significa que a busca de um consenso intersubjetivo pressupõe a capacidade objetiva do discurso de atingir tal consenso, mas não no sentido de que haveria apenas uma racionalidade objetiva como critério de síntese: a dogmática permite várias construções teóricas e possíveis, todas elas racionais e, portanto, com pretensão objetiva de alcançar um consenso intersubjetivo⁴⁶⁴.

Assim, ainda sob a ótica de Zenkner Schmidt, além de regras formais ao alcance do consenso, também este pressupõe, em alguma medida, uma face material da argumentação, constituída por alguns elementos que devem integrar uma argumentação dogmática correta no Direito Penal.

Tratando-se de argumentação, em sua conotação dogmática, de acordo com Silva Sánchez⁴⁶⁵, pressupõe-se a formulação de um sistema de conceitos que atua como fator decisivo de controle de discurso. Esta produção encontra-se nivelada a partir de dois aspectos da argumentação: a argumentação na construção do sistema e a argumentação sobre um sistema já constituído. O primeiro nível consiste em premissas previamente valoradas que funcionam como base do sistema e, a partir disso, há atribuição e construção de conteúdo às categorias básicas desse sistema, destinando importante relevância à política criminal e à criminologia. Neste nível, as premissas reproduzem caráter axiológico e possuem espaço mais brando de discricionariedade para a elaboração das bases dogmáticas. Porém, isto não significa, de acordo com Silva Sánchez⁴⁶⁶, que a argumentação estaria despreendida de limites, pois tratando-se de um modelo jurídico, é exigível conformidade com a Constituição Federal, com investigações empíricas, e com um determinado contexto cultural-penal, neste primeiro nível⁴⁶⁷.

Passando para o segundo nível, o qual atribui relevância especial à dogmática penal, nota-se uma construção de conceitos e de categorias não tão abstrata quando se tem no primeiro nível, visto que esta construção está

⁴⁶⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 112.

⁴⁶⁵ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

⁴⁶⁶ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

⁴⁶⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 113.

intimamente ligada e vinculada aos parâmetros do primeiro nível. Desse modo, se tomarmos como exemplo, uma elaboração de fundamentos essencialmente humanitários para o sistema penal (primeiro nível), conceitos como os de dolo, culpa, autoria e participação (segundo nível) devem surgir como consequência relativamente lógica e material⁴⁶⁸. Seria possível ainda se pensar em um terceiro nível, orientado no sentido de adotar soluções em relação a conceitos e estruturas problemáticas nas bases de um sistema dogmático já constituído pelos dois níveis anteriores. Dessa forma, por exemplo, é comum, nas sentenças penais, a análise da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade da conduta apreciada.

Dando continuidade ao raciocínio, tomando como base os apontamentos de Silva Sánchez⁴⁶⁹, existiria uma facilitação ao consenso se as premissas valorativas do primeiro nível fossem assimiladas pelos outros níveis por meio de uma derivação razoável, esta que seria basicamente axiológica, e não a partir de uma simples dedução lógica (silogismo), tomando como fundamento a afirmação da compatibilidade dos enunciados correspondentes com as variações estabelecidas inicialmente⁴⁷⁰. Desse modo, a escolha de um protótipo de Direito Penal ditado teleologicamente, por exemplo, faz categórica a argumentação de que uma certa configuração das categorias expressa a maneira mais adequada para o alcance dos almejados fins para o Direito Penal, e que estabelecem o seu fundamento legitimador.

Com isso, conclui Zenkner Schmidt⁴⁷¹, que a natureza da ciência jurídico-penal é constituída de uma série de possibilidades argumentativas em fornecer limites possíveis para a reconstrução consensual de verdades racionalmente controláveis por meio do exame de parâmetros argumentativos no contexto da ordem jurídica vigente, e não a partir de uma eventual pretensão de relação de verdades.

Portanto, não há o que se falar na construção de uma teoria do delito como pretensão científica de uma verdade do crime, e sim na pretensão de reconstrução

⁴⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 113.

⁴⁶⁹ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

⁴⁷⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 113.

⁴⁷¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

consensual de verdades racionalmente confrontadas aos limites do ordenamento jurídico.

Até porque, para Aristóteles, a verdade seria a correspondência entre o que se pensa e a coisa que se analisa; a adequação entre o intelecto e a coisa, assim, ao se considerar que as coisas tinham uma essência, elas passavam a ter um sentido⁴⁷².

De acordo com Alexandre Morais da Rosa⁴⁷³, constitui-se em real problemática a concepção do resultado de processos penais enquanto verdade absoluta, como se traduzissem de forma fidedigna o que realmente ocorreu – mesmo com a barreira intransponível do fato que ficou no passado e que, logo, pertence à história – no “mundo da vida”⁴⁷⁴, meramente por ser “o resultado de um método (dito) científico, trazendo o selo de qualidade: cientificamente comprovado”⁴⁷⁵.

O perigo de tal premissa reside no fato de que a simples (ou complexa) característica “científico” outorga confiança à sentença judicial, a qual, de acordo com Morais da Rosa, “estaria acima de qualquer contestação vulgar, já que legitimada pela lei”⁴⁷⁶.

Antes de se extrair validade e legitimidade de uma sentença que resolve um caso penal por meio de um discurso, deve-se observar se o caminho percorrido pelo processo esteve dentro dos limites do devido processo legal, principalmente no que tange a observância da imparcialidade do julgador, sob pena de se consolidar arbitrariedades, discursos manipulados e injustiças, em espécie de simulacro processual.

⁴⁷² GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como aplicação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2015, p. 33.

⁴⁷³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 73. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁴⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 73. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁴⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 73. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁴⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 73. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

A importante abordagem acerca da imparcialidade não pode, de forma alguma, ficar restrita às hipóteses de suspeição e impedimento, trazidas em nosso Código de Processo Penal, precisa-se ir além, até porque, as hipóteses lá elencadas de suspeição, apenas se prestam praticamente repetir as causas de incompatibilidade (artigos 61 a 62), abstenção (artigo 63) e recusa (artigo 64) do Código Italiano de 1930⁴⁷⁷.

Há conhecidos mecanismos para controle da imparcialidade, tais como a proibição do juízo ou tribunal de exceção, a determinação de que a competência deva ser firmada com base em regras anteriores ao fato em julgamento, ambas inerentes à garantia do Juiz Natural, bem como outros mecanismos que garantam a independência, tanto externa, como interna do julgador.

O Código de Processo Penal brasileiro, de outro ponto, tem mecanismos para controle da imparcialidade apenas no que concerne aos casos por ele expressos de impedimento, suspeição e incompatibilidade, o que não abrange os casos de quebra da imparcialidade objetiva. Fato inegável é que: se queremos efetivamente construir um processo penal de matriz acusatória, ancorado em sólidas bases democráticas, temos muito ainda que avançar⁴⁷⁸ com a ideia da imparcialidade.

Não basta apenas que se busque preservar a originalidade cognitiva do juiz por meio da separação das funções de acusar e de julgar a órgãos distintos, precisa-se de mais. Precisa-se, além do afastamento total do juiz da atividade probatória, garantias procedimentais específicas⁴⁷⁹ que garantam igualdade de condições para que as partes desenvolvam suas potencialidades probatórias. Apenas assim é possível preservar o caráter cognitivo do processo, para que não se transmude em espécie de processo ofensivo⁴⁸⁰, em que o juiz se posta como inimigo do réu⁴⁸¹.

As questões que se colocam, portanto, são: quais são os mecanismos para controle da imparcialidade? O ordenamento brasileiro contempla esses controles? A

⁴⁷⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. In: Prefácio da obra RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 22.

⁴⁷⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. In: Prefácio da obra RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 21.

⁴⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535.

⁴⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535.

⁴⁸¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 46.

jurisprudência das cortes superiores brasileiras identifica a necessidade de aplicação prática desses controles?

De 2014 a 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os cinco Tribunais Regionais Federais do país, deram 1432 decisões contrárias ao afastamento de juízes por suspeição e apenas dezenove favoráveis. Há, dentro da perspectiva apresentada, 1 (um) afastamento, portanto, para cada 75 (setenta e cinco) pedidos⁴⁸².

Aos olhos do Supremo Tribunal Federal⁴⁸³ “suspeição ocorre quando há vínculo do Juiz com qualquer das partes (CPP, art. 254)”, enquanto “impedimento configura-se quando há interesse do juiz com o objeto do processo (CPP, art. 252)”, sendo que ambos possuem a finalidade de coibir a perca da originalidade da cognição⁴⁸⁴ do julgador.

No sentido de possibilitar maior análise de situações específicas, com relação as causas de suspeição⁴⁸⁵, previstas no artigo 254 do nosso Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu serem exemplificativas⁴⁸⁶.

Porém, ainda que exemplificativas, de acordo com o STF⁴⁸⁷, não é possível se interpretar extensivamente os incisos I e II do art. 252, no sentido de exprimir que o juiz que atuou na fase pré-processual conseqüentemente desempenhou funções equivalentes a de um delegado de polícia⁴⁸⁸ ou mesmo membro do Ministério Público. Da mesma forma, é firmado o entendimento, pelo STF⁴⁸⁹, de que não se

⁴⁸² ABREU, Allan de; MAZZA, Luigi. Na era da lava jato, supremo nunca afastou juiz. **Folha de São Paulo**, 18 jun. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/na-era-da-lava-jato-supremo-nunca-afastou-juiz/> Acesso em: 1 mar. 2021.

⁴⁸³ BRASIL. **HC 77.622**, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999.

⁴⁸⁴ BRASIL. **HC 94641**, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008.

⁴⁸⁵ “A suspeição é causa de parcialidade do juiz, viciando o processo, caso haja sua atuação. Ofende, primordialmente, o princípio constitucional do juiz natural e imparcial. Pode dar-se a suspeição pelo vínculo estabelecido entre o juiz e a parte ou entre o juiz e a questão discutida no feito. Note-se que não se trata de vínculo entre o magistrado e o objeto do litígio – o que é causa de impedimento – mas de mero interesse entre o julgador e a matéria em debate”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 545).

⁴⁸⁶ A exemplo, podemos elencar as decisões proferidas no STF no HC 146.796, bem como no REsp nº 1.379.140: “o rol de suspeições é exemplificativo, sendo, assim, imprescindível, para o reconhecimento da suspeição do magistrado, não a adequação perfeita da realidade à uma das proposições do referido dispositivo legal, mas sim, a constatação do efetivo comprometimento do julgador com a causa”.

⁴⁸⁷ BRASIL. **HC 92893**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2008, DJe de 11/12/2008.

⁴⁸⁸ BRASIL. **HC 94641**, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008.

⁴⁸⁹ BRASIL. **HC 97553**, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJe de 09/09/2010.

pode ampliar o sentido do inciso III do art. 252 para se concluir que o magistrado juiz que atuou na fase pré-processual (ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa) desempenhou funções em outra instância. Sendo que o sentido de “desempenhar funções em outra instância” deve ser interpretado como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição.

Já com relação as causas ensejadoras de impedimento⁴⁹⁰ do julgador, o STF⁴⁹¹ se posiciona no sentido de as hipóteses do art. 252 do Código de Processo Penal constituem-se como *numerus clausus*, ou seja, é um rol taxativo que não permite interpretações extensivas.

Importante observar dois importantes aspectos⁴⁹² que indicam a quebra da imparcialidade do magistrado no decorrer do caso penal, e que, curiosamente, não estão diretamente abarcados pelas previsões legais, são eles:

1) a influência no desenvolvimento do processo e/ou na decisão judicial de elementos subjetivos e alheios ao caso e; 2) que, com base em tais elementos alheios, favoreça-se ou se tenda a favorecer a uma das partes, ou seja, confira-se ou se tenda a conferir um tratamento desigual às partes, em desacordo com o estrito cumprimento da lei.

Justamente no sentido de se pensar além do que está disposto expressamente em nosso Código Processual Penal, podemos observar – e até considerar – a hipótese mais abrangente e adequada (ante a possibilidade⁴⁹³ de aplicação subsidiária), prevista em nosso Código de Processo Civil no art. 145 “há suspeição do juiz: (...) IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes”. Tal hipótese, a título exemplificativo, poderia abarcar situações que nosso CPP não dá conta de prever.

⁴⁹⁰ Sobre o impedimento: “Se o magistrado, por alguma razão, tiver atuado, anteriormente à investidura, como advogado, promotor, delegado, auxiliar da justiça ou perito, bem como tiver servido como testemunha, no processo, deve dar-se por impedido. Aliás, essa é uma das hipóteses mais flagrantes de parcialidade, pois é ilógico exigir-se de alguém que atue diferentemente de posição anteriormente assumida.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 647).

⁴⁹¹ Cita-se aqui os seguintes julgados:

BRASIL. **HC 92893**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.10.2008; BRASIL. **HC 97544**, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.09.2010.

⁴⁹² WINTER, Lorena Bachmaier. **Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados**. Espanha: Thomson, 2008, p. 23.

⁴⁹³ PITOMBO, Antônio S. M. **Imparcialidade da Jurisdição**. São Paulo: Singular, 2018, p. 48

Apesar de toda importância e avanço que a construção da jurisprudência do TEDH representa, ainda não conseguimos, de fato, absorver de forma efetiva os reais parâmetros de imparcialidade objetiva em nosso ordenamento, tampouco em nossas decisões judiciais.

Na tentativa de controlar a aparência de imparcialidade de atos jurisdicionais, a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/1979) e o Código de Ética da Magistratura Nacional⁴⁹⁴, impõem a observância da autopreservação do juiz no sentido de manter a confiabilidade do acusado, das partes e da sociedade no Poder Judiciário, constituindo-se, assim, como importantes controles externos⁴⁹⁵ impostos a magistrados.

Merece citação o dispositivo da Lei Orgânica da Magistratura Nacional⁴⁹⁶, constante no art. 36, III, que veda ao juiz:

(...) manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

No que tange a necessidade de autopreservação imposta ao magistrado, importante citar polêmica entrevista⁴⁹⁷ concedida pelo Ministro Luiz Edson Fachin ao jornal “O Globo”, no dia 12 de março de 2021, intitulada: “Fachin afirma que suspeição de Moro 'pode ter efeitos gigantescos' e anular toda a Lava-Jato”, em meio a pendência do julgamento do HC 164.493/DF, que curiosamente trata acerca da quebra da imparcialidade jurisdicional, de sua relatoria, que encontra-se em vista ao Ministro Nunes Marques, mas ainda em plena discussão pela 2ª Turma da Corte

⁴⁹⁴ Publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008.

⁴⁹⁵ Cita-se também o Código Ibero-americano de Ética Judicial, em seu artigo 11: “o juiz tem a obrigação de abster-se de intervir naquelas causas nas quais se veja comprometida a sua imparcialidade ou, nas quais um observador razoável possa entender que há motivo para pensar assim”. Bem como os já mencionados Princípios de Conduta Judicial de Bangalore (ONU), os quais estabelecem, em seu valor 2, no item 2.5, que “(u)m juiz deve considerar-se suspeito ou impedido de participar em qualquer caso em que não é habilitado a decidir o problema imparcialmente ou naqueles em que pode parecer a um observador sensato como não-habilitado a decidir imparcialmente”. (CIEJ. **Código Ibero-americano de Ética Judicial**. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/pt/CIEJ/Codigo-Ibero-Americano-de-Etica-Judicial/> Acesso em: 12 mar. 2021).

⁴⁹⁶ BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm Acesso em: 12 mar. 2021.

⁴⁹⁷ O GLOBO. **Fachin afirma que suspeição de Moro 'pode ter efeitos gigantescos' e anular toda a Lava-Jato**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/fachin-afirma-que-suspeicao-de-moro-pode-ter-efeitos-gigantescos-anular-toda-lava-jato-1-24922494>. Acesso em: 12 mar. 2021.

de assunto que possui relevância nacional. Trata-se da mais importante discussão sobre a suspeição do magistrado⁴⁹⁸ que originalmente conduziu a famigerada operação lava jato tratada pelo próprio relator da ação perante a mais alta Corte do país, por meio da imprensa. Inegável que tal conduta – de se apresentar publicamente falando de processo em julgamento – pode representar igual quebra de imparcialidade no Ministro.

Importante também citar previsão expressa no Código de Ética da Magistratura Nacional, em seu artigo 8º que, apesar de possuir redação equivocada amparada na busca pela “verdade dos fatos”, ainda assim é bastante sóbria ao recomendar que o magistrado evite “todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”⁴⁹⁹.

Evidente que, diante do cenário nacional que estamos inseridos, sob a égide de um sistema processual de matriz realmente inquisitorial, não há efetivo controle que garanta a imparcialidade de magistrados. O próprio sistema não reúne meios disponíveis que permita ao juiz se distanciar da causa em julgamento, em adequada posição de equidistância. Assim, em decorrência da parcialidade, instituições estarão fadadas ao descrédito da população, que não depositará mais confiança em seus atos. Assim, podemos dizer que estamos inseridos em um contexto de uma crise⁵⁰⁰ que pode ser interpretada como uma crise da legitimidade enquanto tal⁵⁰¹.

Para além da necessária reforma global do nosso Código de Processo Penal, urge a criação de mecanismo processual efetivo, para o controle de imparcialidade, que preveja causa específica de suspeição em todos os momentos processuais em que o magistrado manifestar iniciativa probatória ou mesmo avance em funções inerentes ao Ministério Público, como forma de se prevenir a contaminação

⁴⁹⁸ Registra-se importante decisão, exarada pelo STF nos autos RHC 144615 AGR/PR, que declarou a nulidade da sentença condenatória proferida pelo mesmo juiz Sérgio Moro por violação à imparcialidade do julgador, quando este estava à frente a 2ª Vara Federal de Curitiba, no julgamento da ação penal de n. 2002.70.00.00078965-2. Neste caso, foi considerada a quebra da imparcialidade pelo fato de que o magistrado, além de ter atuado diretamente na atividade probatória de elementos que seriam posteriormente utilizadas em processo penal diverso para condenar o acusado, o magistrado simplesmente juntou aos autos documentos direcionados à comprovação da acusação e que foram diretamente utilizados por ele próprio em sua sentença condenatória.

⁴⁹⁹ Redação dada pelo art. 8º do Código de Ética da Magistratura Nacional. (BRASIL. CNJ. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 10 mar. 2021).

⁵⁰⁰ “O que chamamos de crise de legitimidade remete bem a isto: reconhecer que existe um programa, uma tarefa a ser cumprida, cuja justificção derradeira não poderia ser encontrada no nível em que se situam os protagonistas envolvidos”. (LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 23).

⁵⁰¹ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 22.

jurisdicional e a perda da originalidade cognitiva do juiz para se tentar trilhar os caminhos de um processo penal democrático.

3.2 A relação entre a contemporaneidade das mensagens reveladas pela operação *Spoofing* com os atos processuais e o discurso utilizado

A famigerada operação lava jato, constitui-se, inicialmente na fusão de quatro investigações policiais capitaneadas pela Polícia Federal brasileira, deflagrada no dia 17 de março de 2014, nos estados do Paraná, Distrito Federal, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Mato Grosso⁵⁰².

Em que pese a 7ª fase da operação, ocorrida ainda no ano de 2014, ter sido então denominada de “juízo final”⁵⁰³, fato que, por si só, já representava um sintoma e demonstrava de forma muito simbólica seus escusos objetivos, a operação perdurou por 79 fases, por quase 7 anos.

Sob a ótica do Ministério Público Federal, manifestada por meio de nota pública à imprensa, a referida operação “descortinou a corrupção do país e mudou a percepção da sociedade sobre os crimes de colarinho branco”⁵⁰⁴.

Em fevereiro de 2021, a operação chegou ao fim⁵⁰⁵, passando, parte de sua equipe de procuradores a integrar o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) do Ministério Público Federal (MPF). De forma orgulhosa, o Ministério Público Federal, em clara tentativa de expor eficiência –

⁵⁰² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. **Lava Jato 2014**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1/fases-da-lava-jato-2014>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁵⁰³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. **Lava Jato 2014**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1/fases-da-lava-jato-2014>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁵⁰⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. **Lava Jato passa a integrar o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado no Paraná**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-passa-a-integrar-o-gaeco-no-parana>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵⁰⁵ Trecho de reportagem jornalística que anunciou a derrocada da operação lava jato: “(...) acusada de parcialidade e de adesão ao bolsonarismo, a Lava Jato chega a um fim melancólico, sem pessoas ocupando as ruas ou batendo panelas em protesto. o fim da operação. Aquele imenso apoio público, que funcionou como motor da operação, se dispersou. Está nas mãos do Supremo Tribunal Federal (STF) decidir qual será, agora, o legado da Lava Jato e como ela entrará para os livros de história. (...)”. (BRASIL. Lava Jato sai de cena sob um Brasil em silêncio. **El País**, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-04/lava-jato-sai-de-cena-sob-um-brasil-em-silencio.html>. Acesso em: 10 fev. 2021. E também: BRASIL. Ministério Público Federal. **Lava Jato passa a integrar o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado no Paraná**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-passa-a-integrar-o-gaeco-no-parana>. Acesso em: 10 fev. 2021).

guiado pela influência de uma racionalidade neoliberal⁵⁰⁶ – ostenta, em sua nota pública⁵⁰⁷, os seguintes resultados:

(...) foram 79 fases, 1.450 mandados de busca e apreensão, 211 conduções coercitivas, 132 mandados de prisão preventiva e 163 de temporária. Durante as fases, foram colhidos materiais e provas que embasaram 130 denúncias contra 533 acusados, gerando 278 condenações (sendo 174 nomes únicos) chegando a um total de 2.611 anos de pena. Foram também propostas 38 ações civis públicas, incluindo ações de improbidade administrativa contra três partidos políticos (PSB, MDB e PP) e um termo de ajuste de conduta firmado.

A referida operação, que teve por foco inicial empreiteiras, funcionários da Petrobrás, operadores financeiros e agentes políticos, constituiu-se, pelos olhos⁵⁰⁸ do Ministério Público Federal, como “a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil”⁵⁰⁹, sendo que “já apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica”⁵¹⁰ e que “(...) hoje, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avança em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos irregulares celebrados com governos estaduais”⁵¹¹. Fácil depreender, do discurso publicizado pelo MPF, que além de a operação claramente ter perdido seu objeto⁵¹² – que deveria ser pautado por fatos determinados e não por

⁵⁰⁶ CASARA, Rubens. Em tempos de justiça neoliberal. **Justificando**, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/02/07/em-tempos-de-justica-neoliberal/> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁵⁰⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. **Lava Jato passa a integrar o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado no Paraná**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-passa-a-integrar-o-gaeco-no-parana>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵⁰⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato – Entenda o Caso**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁵⁰⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato – Entenda o Caso**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁵¹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato – Entenda o Caso**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁵¹¹ BRASIL. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato – Entenda o Caso**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 3 mar. 2021.

⁵¹² Não especificamente a respeito de eventual perda de objeto de reiteradas e novas fases da operação lava jato, o STF, nos autos de Inq. 4.130, de relatoria do Min. Dias Toffoli, julgado em 23.9.2015, precisou se manifestar sobre o tema no que tange a competência da 13ª vara federal de Curitiba: “o fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de fases da operação Lava-jato uma sequência de investigações sobre crimes diversos não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência e que nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários”

uma cruzada moral contra a corrupção –, a lógica da eficiência e da produtividade⁵¹³ permeou a atuação dos agentes públicos.

O ciclo natural de todo processo é passar pelo início, transcorrer por um meio e encontrar um fim. Com o advento da operação lava jato, deparamo-nos com algo até então inusitado: um megaprocesso – que elevou membros do Ministério Público e do Poder Judiciário a posições de subcelebridades públicas – que parecia recusar-se deliberadamente a encontrar seu destino natural, o fim.

Ocorre que, o prelúdio do fim da operação lava jato (que inclusive foi forçado⁵¹⁴, não natural) está inserido em um vasto e importante contexto que precisa ser explorado. Dias antes de a Procuradoria Geral da República⁵¹⁵ decretar o fim das atividades oficiais da polêmica operação, o Ministro Ricardo Lewandowski, no bojo da Reclamação Constitucional n. 43007, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pela defesa do ex-presidente Luiz Inácio da Silva, determinou a quebra do sigilo de conversas privadas⁵¹⁶ entre os procuradores da operação lava jato, o juiz da causa e demais integrantes do poder público, inseridas nos autos da Operação Spoofing⁵¹⁷, com a finalidade de possibilitar acesso⁵¹⁸ à defesa do ex-presidente.

Registra-se que a origem da referida operação se deu pelo fato de que, no ano de 2019⁵¹⁹, no mês de junho, surgiram, por meio do site jornalístico “*The Intercept Brasil*”, uma série de diálogos entre os procuradores da operação lava jato,

⁵¹³ CASARA, Rubens. Em tempos de justiça neoliberal. **Justificando**, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/02/07/em-tempos-de-justica-neoliberal/> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁵¹⁴ Foi determinado pela Procuradoria de República e publicizado por meio de nota pública. (BRASIL. Ministério Público Federal. **Lava Jato passa a integrar o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado no Paraná**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-passa-a-integrar-o-gaeco-no-parana> Acesso em: 20 nov. 2020).

⁵¹⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. **Lava Jato passa a integrar o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado no Paraná**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-passa-a-integrar-o-gaeco-no-parana> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁵¹⁶ Tais conversas sigilosas e privadas vieram à tona inicialmente por meio de reportagem jornalística do site “*The Intercept Brasil*”.

⁵¹⁷ A referida operação está em trâmite perante a 10ª Vara Federal do Distrito Federal, sob o n. 1015706- 59.2019.4.01.3400, e busca apurar a autoria dos responsáveis pelo hackeamento dos dispositivos eletrônicos pessoais divulgados pelo site “*The Intercept Brasil*”.

⁵¹⁸ Importante citar trecho específico do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Rcl. 43.007, julgada em 09.02.2021 pela 2ª Turma do STF, que denota a finalidade específica do branqueamento do material à defesa: “não estamos discutindo a validade das provas obtidas na operação spoofing. Isso é matéria que será discutida eventualmente em outra ação, se e quando a defesa fizer uso delas. Aqui estamos discutindo o acesso aos elementos de prova que há três anos vem sendo denegado à defesa do reclamante”

⁵¹⁹ A matéria jornalística que dá notícia dos vazamentos das mensagens hackeadas é intitulada de: Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro. (THE INTERCEPT BRASIL. **Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro**, 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>. Acesso em: 3 out. 2010).

o juiz da causa e demais integrantes do poder público, que, apesar de não terem sua autenticidade ainda comprovada, eis que foram fruto de uma invasão por meio de hackers nos aparelhos e dispositivos pessoais dos protagonistas do escândalo, demonstram preocupante face do poder judiciário brasileiro.

No dia 28 de dezembro de 2020, o STF, em decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski⁵²⁰, foi garantido à defesa do ex-presidente Lula o acesso das mensagens arrecadadas pela Operação *Spoofing*. Apenas no dia 11⁵²¹ de janeiro de 2021, após um histórico de reiteradas negativas e dificuldades em franquear à defesa o acesso ao material reunido, foi entregue, pela Polícia Federal, para os advogados e assistentes técnicos do ex-presidente Lula, um HD contendo 740 Gigabytes de informações (com 5.564.269 itens gravados)⁵²².

Da análise das conversas até então disponíveis⁵²³, podemos denotar que existia um verdadeiro processo paralelo ao oficial. Ou seja, no mesmo momento em que havia um (ou várias ações penais desmembradas da mesma operação) seguinte o trâmite processual com aparência grosseira de regularidade – ainda que existissem desafios no que tange a nulidades exploradas – descobriu-se que uma das partes do processo (o MPF) mantinha conversas reservadas e secretas com o julgador da causa, em que trocavam estratégias para atingir uma finalidade escusa, em espécie de processo paralelo onde não existia ampla defesa, contraditório, imparcialidade, apenas condenação sumária de alguns acusados, resultante da relação promíscua entre acusação e julgador.

Dentre as revelações vindas à público, faremos breve análise de algumas situações que escancaram as duas faces do que deveria ser um mesmo processo, a face obscura (paralela), em que se demonstra – e até se diz –expressamente quais são os interesses escusos do julgador, e a face com aparência mínima de

⁵²⁰ Trecho da decisão contida no bojo da Rcl 43007 do STF: “Em face do exposto, DETERMINO ao Juízo da 10a Vara Federal Criminal do Distrito Federal que assegure ao reclamante, com o apoio de peritos da Polícia Federal, dentro do prazo de até 10 (dez) dias, o compartilhamento das mensagens arrecadadas pela Operação *Spoofing* que lhe digam respeito, direta ou indiretamente, bem assim as que tenham relação com investigações e ações penais contra ele movidas na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba ou em qualquer outra jurisdição, ainda que estrangeira”. (BRASIL. STF. **Ministro Lewandowski garante acesso de Lula a arquivos da Operação *Spoofing***, 28 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457870&ori=1> Acesso em: 30 dez. 2020).

⁵²¹ Petição n. 132 da Rcl 43007 STF.

⁵²² Informação contida no bojo da Rcl 43007 do STF.

⁵²³ As conversas aqui mencionadas estão publicamente disponibilizadas pelo site *The Intercept* e pela Reclamação Constitucional 43007. Registra-se ainda que não é objeto do presente trabalho analisar a veracidade das mensagens vazadas, tampouco o método utilizado pelos hackers.

regularidade, onde o discurso é manipulado pelo julgador para que não se demonstre – e muito menos se diga – expressamente quais seus reais interesses por detrás de suas decisões, travestindo-se, assim, de aparência de legalidade.

Antes de adentrarmos na breve análise das conversas, cabe aqui o registro de que elegi esta forma de trabalho para, a título exemplificativo, ilustrar como pode se dar a manipulação do discurso dentro do processo penal, demonstrando a relação entre a contemporaneidade das mensagens com os atos processuais. Ainda que a veracidade das conversas vazadas não tenha sido oficialmente atestada, pelo fato de as obtenções terem ocorrido por meios ilícitos (hackeamento)⁵²⁴, a reprodução dos trechos colacionados neste trabalho, além de serem de acesso e domínio público, cumprem importante papel exemplificativo para demonstrar exatamente a real necessidade da preservação da originalidade cognitiva do magistrado, com seu afastamento total da iniciativa probatória, para que este esteja apto a decidir, e a imprescindível separação radical das funções de acusar e julgar, que se revelam na real razão de ser de todas as garantias legais e constitucionais existentes e, principalmente, revelam o não-lugar do juiz no processo penal brasileiro.

Com relação ao acusado João Vaccari Neto, existem diálogos⁵²⁵ entre o então juiz, Sérgio Fernando Moro (nas mensagens denominado como “Moro” ou “Russo”), e o procurador do MPF, Deltan Dallagnol (nas mensagens denominado como “Deltan” ou “Delta”), nas datas de 17 de novembro de 2015 e 27 de junho de 2017, especificamente a respeito dos processos nº 501.2331-04.2015.404.7000 e nº 501.3405-59.2016.404.7000, em que ambos atuaram, perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, enquanto estes ainda estavam em andamento:

17 de novembro de 2015

Moro – 12:07:09 – Olha está um pouco difícil de entender umas coisas. Por que o MPF recorreu das condenações dos colaboradores Augusto, Barusco e Mario Goes na ação penal 5012331-04? O efeito prático é impedir a execução da pena.

⁵²⁴ O GLOBO. **'Spoofing': como foi a invasão do celular de Sérgio Moro, segundo a decisão judicial que mandou prender 4 suspeitos**, 24 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/07/24/spoofing-como-foi-a-invasao-do-celular-de-sergio-moro-segundo-a-decisao-judicial-que-mandou-prender-4-suspeitos.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁵²⁵ THE INTERCEPT BRASIL. **Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept**, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>. Acesso em: 15 set. 2020.

Moro – 12:18:16 – E julio Camargo tb. E não dá para entender no recurso se querem ou não alteração das penas do acordo?

Deltan – 12:25:08 – Vou checar

Deltan – 14:07:49 – Estamos aqui discutindo o caso. O problema é que o recurso tem uma série de questões objetivas, factuais e jurídicas, que se comunicam aos corréus não colaboradores. Não houve condenação em relação ao avião. Não tem como o tribunal rever em relação aos corréus e não em relação ao colaborador. Ou como o tribunal vai reconhecer uma tese jurídica, como concurso material, para corréus, e não para colaboradores, para os mesmos fatos? Seriam dois direitos no mesmo caso para os mesmos fatos. Não recordamos ainda se em todos houve recurso em relação a circunstâncias pessoais de cada um, e teríamos que checar se há risco de que julguem prejudicado o recurso em relação aos não colaboradores, o que poderia ensejar prescrição, por começar a correr a prescrição da pretensão executória.

Deltan – 14:08:47 – Em síntese: não estamos vendo como recorrer só em relação aos não colaboradores em questões que se aplicam a todos, sob pena de se julgar prejudicado o recurso.

Deltan – 14:09:25 – Se não recorrermos das penas dos não colaboradores, há o risco de diminuição de pena também...

Deltan – 14:10:08 – É um “catch 22”, na linguagem norte-americana. As duas soluções têm problemas. A solução de recorrer também gera o risco de postergação da solução, porque se quebramos acordo do colaborador ele poderá recorrer da decisão do TRF...

Moro – 16:49:32 – Sinceramente não vi nenhum sentido nos recursos já que não se pretende a alteração das penas finais dos colaboradores. O MP está recorrendo da fundamentação, sem qualquer efeito prático. Basta recorrer so das penas dos não colaboradores a meu ver. Na minha opinião estão provocando confusão

Moro – 16:50:20 – E o efeito prático será jogar para as calendas a existência execução das penas dos colaboradores.

27 de junho de 2017

Moro – 18:24:25 – Diante das absolvição do Vaccari seria talvez conveniente agilizar julgamento do caso do Skornicki no qual ele tb está preso e condenado. Parece que está para parecer na segunda instância

Deltan – 20:54:24 – 👍👍👍

Deltan – 20:54:53 – Providenciamos tb nota de que a PRR vai recorrer

Deltan – 20:57:31 – Tem outras tb no TRF. Alguma razão especial para apontar esta?

Moro – 23:20:53 – Porque Vaccari tb foi condenado nesta?!

Ao passo em que procurador e juiz trocavam confidências por meio privado, sobre assunto diretamente relacionado ao caso penal em andamento – inclusive citando o nome de acusados e o número de processos, em verdadeira persecução paralela e ilegal, no processo penal “oficial”, no dia 21 de setembro de 2015, o então

magistrado Sérgio Moro proferiu sentença⁵²⁶ nos autos de n. 501.2331-04.2015.404.7000, condenando o acusado João Vaccari Neto a uma pena de 15 (quinze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Por esta razão que no trecho exposto, em que os sujeitos processuais conversaram de forma ilegítima no dia 17 de novembro de 2015, o julgador questiona o procurador sobre os recursos de apelação apresentados pelo MPF, nitidamente descontente com o recurso apresentado uma vez que, segundo o próprio julgador do caso, teria como efeito prático o impedimento da execução da pena.

Dentre os papéis destinados ao julgar⁵²⁷, não reserva ao magistrado a prerrogativa de interferir na atuação do órgão ministerial, muito menos a de se mostrar descontente por eventual atraso no cumprimento de pena que algum recurso possa ensejar. Não são sentimentos e ações inerentes ao poder jurisdicional, mas transcendentais a este enquanto reveladores de um atuar voltado a iniciativa probatória. Tal postura denota interferência direta do julgador na atuação do MPF, órgão independente e com relevante missão institucional, sendo certo que não cabe ao promotor ser servente de juiz. O MP, como já demonstrado em tópico próprio neste trabalho, constitui-se em uma parte fabricada para tornar possível uma dialética processual.

Já com relação ao trecho da conversa ocorrida em 27 de junho de 2017, o que se denota é que o magistrado Sérgio Moro, mesmo tendo sua jurisdição esgotada com relação aos autos de n. 501.3405-59.2016.404.7000 – eis que este já se encontrava em fase recursal perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – de forma atípica, além de acompanhar o andamento recursal de processo que havia ele mesmo julgado, alertou o procurador Deltan de que o referido processo estava pendente de parecer da Procuradoria Federal, eis que a remessa para o MPF se deu exatamente no dia 12 de junho de 2017, o qual fora apresentado apenas no dia 10 de julho de 2017⁵²⁸.

Importante observarmos também o pano de fundo – de aparente e indevida cooperação mútua entre procuradores e juiz – havido por detrás da condução

⁵²⁶ A sentença está no mov. 1203 dos autos de n. 501.2331-04.2015.404.7000 da 13ª Vara Federal de Curitiba.

⁵²⁷ Explorados no primeiro capítulo deste trabalho.

⁵²⁸ Parecer contido no evento 47 dos autos de n. 501.3405-59.2016.404.7000, perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

coercitiva do ex-presidente Lula, determinada pelo então juiz Sérgio Moro, nas conversas publicadas⁵²⁹. Contextualiza-se que no mesmo dia em que foi realizada a condução coercitiva (04 de março de 2016), foi também deflagrada a 24ª fase da operação lava jato, em que se realizou operação de busca e apreensão no sítio de Atibaia.

Pelas mensagens confidenciais no grupo dos procurados da referida operação, no mesmo dia 04 de março de 2016, no momento da efetivação das diligências policiais, em tempo real, pode-se denotar que estes tinham comunicação direta com o juiz da causa para esclarecer objetos das colheitas probatórias e ainda requerer extensão do mandado, em verdadeira subversão da ordem processual e constitucional vigente:

4 de março de 2016 – Grupo Amigo Secreto
 Márcio Anselmo – 10:50:34 –Vai pedir pra apreender as caixas do sindicato???
 Roberson Pozzobon – 10:53:23 – Moro pediu parcimônia nessa apreensão. Acho que vale a pena ver exatamente o que vamos apreender
 Anselmo – 10:53:45 – O pessoal lá pediu pra retificar o mandado
 Anselmo – 10:53:58 – Não sei o que fazer
 Anselmo – 10:54:05 – Vivo ainda continua um impasse
 Igor Romario de Paula – 10:54:38 – Vai ser difícil checar isso no local
 Anselmo – 10:55:58 – Aguardo decisão de vcs
 Deltan Dallagnol – 10:56:20 – concordo, tudo
 Anselmo – 10:56:21 – Tem coisa muito valiosa
 Pozzobon – 10:56:29 – Igor, pode ligar para o Moro para explicar?
 Anselmo – 10:56:33 – Moscardi disse que tem coisa que vale mais de 100 mil
 Pozzobon – 10:56:41 – Ou
 Marcio Anselmo – 10:56:41 – Moro tá em audiência
 Pozzobon – 10:57:24 – Acho que vale a pena pedir para a equipe esperar um pouco para termos o aval do juiz
 Dallagnol – 10:57:52 – boa
 Renata Rodrigues – 10:58:16 – Márcio tá pedindo extensão do mandado pra possibilitar apreensão
 Anselmo – 10:59:01 – Pedi
 Dallagnol – 10:59:06 – Boa.

Ainda, dia após a citada diligência de colheita de prova, no dia 5 de março de 2016, há diálogo⁵³⁰ entre o então procurador da operação, Deltan, com uma ex-

⁵²⁹ THE INTERCEPT BRASIL. **Sergio Moro, Polícia Federal, Lava Jato**, 19 out. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/10/19/sergio-moropolicia-federal-lava-jato/> Acesso em: 15 set. 2020.

⁵³⁰ Revelado pela operação *Spoofing*, nos autos da RCL 43007, do STF. Esclarece-se ainda que no referido diálogo a sigla LV quer dizer “Lava Jato”, e a sigla ODE se refere à empresa “Odebrecht”.

assessora da Procuradoria Geral da República, onde ambos discutem a real finalidade escusa da operação: “atingir Lula na cabeça (prioridade número 1)”:

08:46:36 Carol PGR Pessoal, fiquei pensando que precisamos definir melhor o escopo pra nós dos acordos que estão em negociação. Depois de ontem, precisamos atingir Lula na cabeça (prioridade número 1), pra nós da PGR, acho q o segundo alvo mais relevante seria Renan. Sei que vcs pediram a ODE que o primeiro anexo fosse sobre embaraço das investigações. Achei excelente a ideia mas agora tenho minhas dúvidas se o tema é prioritário e se é oportuno nesse momento. Não temos como brigar com todos ao mesmo tempo. Se tentarmos atingir ministros do STF, por exemplo, eles se juntarão contra a LJ, não tenho dúvidas. Tá de bom tamanho, na minha visão, atingirmos nesse momento o min mais novo do STJ. acho que abrirmos mais uma frente contra o Judiciário pode ser over. Por outro lado, aqueles outros (Lula e Renan) temas pra nós hj são essenciais p vencermos as batalhas já abertas.

22:51:19 Deltan rs

22:51:57 O fundamento maior da nossa nota é: não deixamos um amigo apanhar sozinho. Moro fez e estava sendo criticado, vamos pra cima junto. Quanto ao mérito e pertinência da nota em si, o grupo estava dividido

22:52:03 rs

22:55:42 Carol PGR Tá certo. Coitado de Moro. Não ta sendo fácil

22:57:15 Vamos torcer pra esta semana as coisas se acalmarem e conseguirmos mais elementos contra o infeliz do Lula

De maior ou igual gravidade, ainda, é a constatação, por meio de mensagem que veio à público por meio da operação *Spoofing*, de que um mês antes das diligências probatórias acima citadas, ocorridas em março de 2016, houve diálogo, no dia 23 de fevereiro de 2016 em que o então juiz-acusador Sérgio Moro questiona o procurador da república Deltan sobre eventual solidez suficiente de denúncia contra o ex-presidente Lula:

13:47:20 Moro vcs entendem que já tem uma denúncia solida o suficiente?

14:35:04 Deltan Sim. Na parte do crime antecedente, colocaremos que o esquema Petrobras era um esquema partidário de compra da apoio parlamentar, como no Mensalão, mas mediante indicações políticas usadas para arrecadar propina para enriquecimento ilícito e financiamento de campanhas. O esquema era dirigido pelas lideranças partidárias, dando como exemplo JD e Pedro Correa que continuaram recebendo mesmo depois de deixarem posição. Com a saída de JD da casa civil, só se perpetuou pq havia alguém acima dele na direção. Ele tem ampla experiência partidária, sabe como coisas funcionavam, amplificada com o conhecimento do esquema mensalão, e sabia que empresas pagavam como contraprestação e não simples caixa 2. Mais uma prova de que era partidário é o

destino do dinheiro da LILS e IL, para integrantes do partido. Estamos trabalhando a colaboração de Pedro Correa [...] Estamos trabalhando a colaboração de Pedro Correa que dirá que Lula sabia da arrecadação via PRC (e marcamos depoimento do PRC para um dia depois da nova fase, para verificar a versão dele). CCC e AG estão fazendo levantamentos das palestras. A depender de amadurecimento estarão nos crimes antecedentes também o esquema de FGTS e do BNDES. Quanto à lavagem, denunciaremos os pagamentos da ODEBRECHT e OAS no sítio, apartamento e mudança. A depender de amadurecimento, colocaremos também as palestras e a antena da AG (esta está sendo verificada internamente pela AG, e pode ter outro antecedente). Em linhas gerais, seria isso. Eu, particularmente, creio que está suficientemente forte, inclusive considerando as circunstâncias de ser ex-presidente. Quando comparo com aqueles precedentes norte-americanos e espanhóis de prova indiciária, então rs....

15:28:40 Positivo. Descreveremos o esquema petrolão como esquema de partido, que se perpetua mesmo com saída das pessoas de posição de gov, como Pedro Correa e JD. Falaremos que mesmo com saída do JD o esquema continuou, o que indica líder acima. Desde mensalão, não teria como estar iludido quanto à forma de indicações políticas e arrecadação de recursos, que não eram para caixa 2, mas, mais do que isso, ele comandava. Estamos trabalhando no acordo do Pedro Correa, pq este dirá que Lula sabia das propinas via PRC (ouviremos PRC no dia seguinte, para verificar versão dele). Ele era o líder máximo. Na outra ponta, destino dos valores que aportavam na LILS e IL, ia também para pessoas do partido. E mais algumas coisinhas, em descrição do antecedente. A petição da BA dá uma boa ideia disso. Talvez agreguemos alguns outros esquemas para além da petrobras, como BNDS, FGTS e caso Schahin-Bumlai, mas dependerá da maturidade. Em seguida, descreveríamos a lavagem: recebimento da OAS e ODEBRECHT no sítio e apartamento. Palestras e IL depende da maturidade, mas esperamos material novo da AG e CCC. (...)

15:29:04 Opa, desculpa a descrição repetida. Tinha caído energia e reescrevi no laptop. Agora foi sem querer

16:37:47 Ok. Grato pela descrição.

16:39:36 Para ciência reservada. Como caso teste mandei hj executar a pena provisoriamente de um dos condenados do merchants em decorrência do novo precedente do STF. Mas vou publicar a decisão depois do cumprimento do mandado. Progressivamente vou fazendo nos outros.

16:49:31 Deltan Sensacional!!!!

16:49:58 Crossed fingers.

No mesmo ano de 2016, podemos constatar a espécie de servidão a que se submetia Deltan em sua relação espúria com o então juiz Sérgio Moro:

14 Sep 16

MORO 18:57:19 Preciso manifestação do MP no 504615954. Simples

DELTAN 19:08:04 Providenciaremos

DELTAN 19:41:50 Sendo protocolado

Ainda no contexto da denúncia a ser oferecida contra o ex-presidente Lula, juiz e procurador trocam entusiasmadas mensagens no dia 14 de dezembro de 2016:

- 17:48:52 **Deltan** Denúncia do Lula sendo protocolada em breve Denúncia do Cabral será protocolada amanhã
- 23:40:00 **Moro** 😊 um bom dia afinal

É nítida a indevida relação promíscua entre juiz e procurador. O magistrado, como demonstrado pelas mensagens, se coloca na posição de confidente do Ministério Público com a finalidade acusatória de alinharem estratégias. Antes mesmo dos acontecimentos acima narrados, ainda em dezembro de 2015, precisamente no dia 7, o assunto entre juiz-acusador e procurador da república era relacionado diretamente a busca por provas ou elementos que pudessem entoar o coro da acusação do ex-presidente Lula, tendo, inclusive, o próprio juiz indicado e incentivado o Ministério Público onde devesse buscar tais elementos:

- 17:42:56 **Moro** Então. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodado por ter sido a ela solicitada a lavratura de minutas de escrituras para transferências de propriedade de um dos filhos do ex Presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou então repassando. A fonte é séria.
- 17:44:00 **Deltan** Obrigado!! Faremos contato
- 17:45:00 **Moro** E seriam dezenas de imóveis
- 18:08:08 **Deltan** Liguei e ele arriou. Disse que não tem nada a falar etc... quando dei uma pressionada, desligou na minha cara... Estou pensando em fazer uma intimação oficial até, com base em notícia apócrifa
- 18:09:38 **Moro** Estranho pois ele é quem teria alertado as pessoas que me comunicaram. Melhor formalizar então.
- 18:15:04 Supostamente teria comentado com Mário Cesar neves, empresário, 67 81260405, que por sua vez repassou a informação até chegar aqui.
- 18:16:29 **Deltan** Posso indicar a fonte intermediária?
 - 18:59:39 **Moro** Agora ja estou na dúvida.
- 19:00:22 Talvez seja melhor vcs falarem com este Mário primeiro
- 20:03:00 **Deltan** Ok
- 20:03:32 Ok, obrigado, vou ligar

Ainda, em março de 2017, juiz e procurador, alimentando de forma incessante uma insustentável relação descabida, tratam a respeito de uma matéria jornalística

que mencionou o ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O curioso deste breve diálogo não é o conteúdo em si, mas o que ele revela:

13 APR 17

• 09:07:39 **Moro** Tem alguma coisa mesmo seria do FHC? O que vi na TV pareceu muito fraco?

09:08:18 Caixa 2 de 96?

• 10:50:42 **Deltan** Em pp sim, o que tem é muito fraco

• 11:35:19 **Moro** Não estaria mais do que prescrito?

• 13:26:42 **Deltan** Foi enviado pra SP sem se analisar prescrição

13:27:27 Suponho que de propósito. Talvez para passar recado de imparcialidade

• 13:52:51 **Moro** Ah, não sei. Acho questionável pois melindra alguém cujo apoio é importante

Na conversa, o procurador Deltan, ao se referir a remessa de procedimento para apuração de possível cometimento de crime por parte do ex-presidente Fernando Henrique à São Paulo, menciona que isto foi feito “talvez para passar recado de imparcialidade”. Pode-se denotar, a partir desta frase, que parece ser interessante que a referida operação, por vezes, demonstre ao seu público (sociedade, acusados e demais envolvidos), falsa aparência de imparcialidade, subvertendo por completo o grande princípio reitor do sistema acusatório, no afã de referendar práticas ilícitas, por meio de um discurso manipulado e ilegítimo.

Curiosa também é a preocupação exposta pelo magistrado de “melindrar” alguém cujo apoio seria importante. Este ponto em específico merece especial atenção. Processos penais precisam de apoio popular? Precisam de apoio de pessoas específicas? Qual e a título de que seria um apoio? Nos parece que não. O apoio na lei processual e na Constituição Federal, já deveriam ser suficientes para ancorar a segurança (aparentemente) necessária (traduzida como apoio), a qual o magistrado se refere.

Ainda que pareça irrelevante aos desdobramentos processuais, é interessante pontuar diálogo extraído⁵³¹ do dispositivo do procurador Deltan em que ele trava conversa consigo próprio, em 29 de janeiro de 2018 (ano de corrida eleitoral) nos seguintes termos:

Tenho apenas 37 anos. A terceira tentação de Jesus no deserto foi um atalho para o reinado. Apesar de em 2022 ter renovação de só 1

⁵³¹ THE INTERCEPT BRASIL. **Deltan – Senado Candidato**, 03 set. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/09/03/deltan-senado-candidato/>. Acesso em: 20 set. 2020.

vaga e de ser Álvaro Dias, se for para ser, será. Posso traçar plano focado em fazer mudanças e que pode acabar tendo como efeito manter essa porta aberta.

Apesar de ser uma espécie de reflexão ou de desabafo do procurador, não deixa de ser carregada de simbolismo, por conta de sua ferrenha atuação acusatória na operação lava jato, onde justamente trava uma espécie de cruzada moral contra políticos corruptos.

Ainda, podemos extrair conotação política da operação lava jato, em espécie de pretensa escalada ao poder por alguns sujeitos processuais que tornaram-se subcelebridades perante a opinião pública, eis que no mesmo ano de 2018, o então juiz Sérgio Moro, de ofício, determinou a juntada aos autos dos termos de delação premiada do ex-ministro Antônio Palocci, a seis dias da realização do primeiro turno da eleição presidencial, ou seja, às vésperas das eleições, mesmo o acordo tendo sido homologado no mês de junho pelo Tribunal Federal da 4ª Região.

A atuação de Moro foi considerada política inclusive pelas matérias⁵³² jornalísticas da época, uma delas, inclusive, tinha como título: “Sergio Moro entra na campanha eleitoral ao suspender sigilo de parte da delação de Palocci”⁵³³. Tanto foi atípica a postura do então juiz que o Supremo Tribunal Federal, em 4 de agosto de 2020⁵³⁴, por sua 2ª Turma, entendeu que Sérgio Moro abusou do seu poder judicante ao realizar, de ofício, a juntada dos termos de delação do ex-ministro Antônio Palocci às vésperas do primeiro turno das eleições de 2018.

Ainda, pouco mais de um mês após de ter agido com postura inadequada (reconhecida pelo STF), o então juiz da operação lava jato, após aceitar convite do presidente eleito Jair Bolsonaro para ocupar uma das cadeiras do governo, pediu exoneração da função de juiz, a qual foi assinada no dia 16 de novembro de 2018⁵³⁵. Fato que, corroborado com a declaração pública de Sérgio Moro datada de 27 de

⁵³² REDE BRASIL ATUAL. **Moro divulgou delação ‘fraca’ e sem provas de Palocci às vésperas da eleição**, 29 jul. 2019. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2019/07/moro-divulgou-delacao-fraca-e-sem-provas-de-palocci-as-vesperas-da-eleicao/>. Acesso em: 4 jun. 2020.

⁵³³ ÉPOCA. **Sergio Moro entra na campanha eleitoral ao suspender sigilo de parte da delação de Palocci**, 05 out. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/sergio-moro-entra-na-campanha-eleitoral-ao-suspender-sigilo-de-parte-da-delacao-de-palocci-23126422> Acesso em: 23 ago. 2020.

⁵³⁴ No julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 163.943.

⁵³⁵ G1 – GLOBO. **Moro pede exoneração do cargo de juiz federal para ser ministro do novo governo**, 16 nov. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/11/16/presidente-do-trf-4-assina-exoneracao-de-sergio-moro.ghtml>. Acesso em: 30 ago. 2020.

novembro de 2017, em entrevista à Revista Veja⁵³⁶, coloca totalmente em dúvida a imparcialidade do então juiz na condução da operação lava jato. Na referida entrevista, Moro diz expressamente que “Não seria apropriado da minha parte postular qualquer espécie de cargo político porque isso poderia, vamos dizer assim, colocar em dúvida a integridade do trabalho que eu fiz até o presente momento”. Ou seja, por vias transversas, há que se reconhecer que o próprio juiz cogitou a possibilidade de ter quebrada sua própria imparcialidade jurisdicional, caso inclinasse para o campo político.

Há grave quebra da imparcialidade do magistrado Sérgio Moro enquanto responsável pelo julgamento das causas da operação lava jato. Sua atuação ativa, enquanto verdadeiro juiz-ator processual – típico de uma figura inquisitória –, buscando não apenas se alinhar com estratégias acusatórias dos procuradores federais, mas de conduzir a acusação como um todo, em espécie de revisor técnico das peças do MPF, como acertadamente denominou o Min. Gilmar Mendes na ocasião em que proferiu seu voto no HC 164.493/DF, ao citar a mensagem do procurador Deltan direcionada aos demais procuradores da operação, em 21 de julho de 2017, informando que “Russo quer uma previsão das nossas razões de apelação do caso tríplex”. Ou seja, mesmo em situações em que era finda a jurisdição do Moro, este funcionava como coordenador – ou mesmo chancelador – da estratégia acusatória, em grave subversão das funções sóbrias reservadas a um juiz.

Grave também é a diminuição institucional a que foi exposto o Ministério Público, provocada por Sérgio Moro, ao ocupar a cadeira e o corpo de acusador e ignorar por completo a essencial função estrutural do órgão para um devido processo penal democrático, ancorado na dialética processual, conforme explorado neste trabalho. Esta postura de Moro, acompanhada de seus típicos pruridos autoritários enquanto contumaz violador da norma procedimental, é abertamente comentada pelos procuradores nos seguintes diálogos:

13 de julho de 2017

16:21:49 Laura Tessler Pesssoal, percebi que o Moro agora previu para os colaboradores a possibilidade de ampliação pelo juízo da execução dos benefícios previstos no acordo caso haja

⁵³⁶ Entrevista completa no: YOUTUBE. **Sergio Moro em 2017**: "Não seria apropriado da minha parte postular qualquer cargo político", 01 nov. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HlrPS0IFDo8> Acesso em: 30 ago. 2020.

aprofundamento posterior da colaboração, com a entrega de outros elementos relevantes. Não me lembro de ter visto isso antes em alguma sentença. Já veio antes ou é mais uma inovação do Moro?
 16:31:02 Julio Noronha Não lembro de ter visto isso antes tb, Laurinha
 16:33:29 Jerusa é um dispositivo novo do CPP da Rússia !
 16:56:46 Jerusa essa eu não tinha visto ainda mas no CPP russo, tudo pode

Ainda, Moro se preocupada em orientar a atuação probatória do Ministério Público:

30 Aug 17⁵³⁷

MORO - 12:41:23 Esses sistemas recebidos dá ODB, Droussy e webday, vcs vão ter que enviar isso a PF para fazer laudo pericial e depois produzir laudos específicos a cada acusação. Do contrário, vai ser difícil usar

Já em 1º de novembro de 2018, os procuradores falavam com perplexidade sobre a atuação multitarefas do então juiz, no sentido da desnecessidade da atuação do MP, aos olhos do próprio MP:

Monique – 10:01:36 – Moro é inquisitivo, só manda para o MP quando quer corroborar suas ideias, decide sem pedido do MP (variasssss vezes) e respeitosamente o MPF do PR sempre tolerou isso pelos ótimos resultados alcançados pela lava jato

Ângelo – 10:02:13 – Ele nos vê como “mal constitucionalmente necessário”, um desperdício de dinheiro. Monique – 10:02:30 – Se depender dele, seremos ignorados.

Ângelo – 10:03:02 – Afinal, se já tem juiz, por que outro sujeito processual com as mesmas garantias e a mesma independência? Duplicação inútil. E ainda podendo encher o saco.

Monique – 10:03:43 – E essa fama do Moro é antiga. Desde que eu estava no Paraná, em 2008, ele já atuava assim. Alguns colegas do MPF do PR diziam que gostavam da pro atividade dele, que inclusive aprendiam com isso.

Ângelo – 10:04:30 – Fez umas tabelinhas lá, absolvendo aqui para a gente recorrer ali, mas na investigação criminal – a única coisa que interessa -, opa, a dupla polícia/ juiz eh senhora.

Monique – 10:04:31 – Moro viola sempre o sistema acusatório e é tolerado por seus resultados.

A afirmação dos procuradores de que “Moro viola sempre o sistema acusatório e é tolerado por seus resultados”, ou então de que “a dupla polícia/ juiz eh senhora”, são gravíssimas não apenas pelo conteúdo, eis que exprimem a mais

⁵³⁷ Trechos contidos na manifestação do Assistente Técnico de n. 173 da RCL 43007.

autêntica atividade de um juiz inquisidor, mas por terem sido proferidas por procuradores federal atuantes nos mesmos casos penais que o então juiz, que não se posicionaram em nenhum momento para cobrar que cada parte ocupasse seu lugar constitucionalmente demarcado no processo, como recomenda o sistema acusatório, até com a finalidade de resguardar a missão e a grandeza institucional do órgão ao qual pertencem (Ministério Público).

As afrontas a premissas básicas do nosso sistema processual democrático, com viés acusatório delineado pela nossa Constituição Federal, pela atuação ativa e inquisitória do magistrado na operação lava jato, denotam grave quebra da imparcialidade do julgador, corroboradas pelas revelações constantes nos diálogos expostos pela operação *Spoofing*, são objeto do HC 164.493/DF⁵³⁸, perante o STF, impetrado pela defesa⁵³⁹ do ex-presidente Lula, visando reconhecer a suspeição do então juiz e anular as sentenças condenatórias proferidas contra o ex-presidente.

O HC, que é de relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin, com julgamento suspenso desde 9 de março de 2021, teve louvável voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes⁵⁴⁰, no sentido de reconhecer a suspeição do então juiz Moro, destacando três importantes situações de evidente ilegalidade cometida no andamento das causas:

1. Julgador definindo os limites da acusação e selecionando pessoas a serem denunciadas, ou não, pois prejudicaria apoios importantes;
2. Julgador indicando testemunha para a acusação e sugerindo meios ilícitos para inserção da fonte de prova no processo penal,

⁵³⁸ Até a conclusão deste trabalho, o HC ainda estava com o julgamento suspenso por ocasião de vista dos autos ao Ministro Nunes Marques.

⁵³⁹ A defesa do ex-presidente Lula, na impetração do HC elencou 7 fatos que denotam a ausência de imparcialidade do magistrado. São eles: "(i) o deferimento da condução coercitiva do paciente e de familiares seus, ocorrida em 4.3.2016, sem que tenha havido prévia intimação para oitiva pela autoridade policial; (ii) a autorização para a interceptação de ramais telefônicos pertencentes ao paciente, familiares e advogados antes de adotadas outras medidas investigativas; (iii) a divulgação, no dia 16.3.2016, do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas; (iv) o momento histórico em que tais provimentos jurisdicionais foram exarados, pontuando os impetrantes que "[A]s principais figuras públicas hostilizadas pelos apoiadores do impedimento eram a ex-Presidente Dilma e o Paciente"; (v) a condenação do paciente, reputada injusta pela defesa técnica, em sentença proferida no dia 12.7.2017; (vi) na atuação impeditiva ao cumprimento da ordem de soltura do paciente exarada pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, no dia 8.7.2018, em decisão liminar proferida nos autos do HC5025614- 40.2018.4.04.0000; e (vii) a aceitação do convite feito pelo Presidente da República eleito no pleito de 2018 para ocupar o cargo de Ministro da Justiça, a indicar que toda essa atuação pretérita estaria voltada a tal desiderato"

⁵⁴⁰ Ressalta-se trecho do voto: "Os diálogos apreendidos na operação *Spoofing* que, nos últimos doze meses, foram objeto de intensa veiculação pelos portais jornalísticos destacam conversas entre acusadores e o julgador – Procuradores da República e o ex-juiz federal Sergio Moro. Assim, fica evidente a relação próxima entre tais atores, que deveriam, em um processo penal democrático e acusatório, restar afastados, pois a função de acusar não pode se misturar com a de julgar".

além de incentivar a sua inserção no processo de modo indevido, como se fosse de fonte anônima;

3. Julgador atuando em conjunto com acusadores no sentido de emitir nota contrária à defesa, além de taxar de modo pejorativo as estratégias defensivas.

O voto do Ministro Gilmar Mendes revela importante passo para nossa jurisprudência pátria na construção de parâmetros de análise da quebra da imparcialidade objetiva do juiz. O voto⁵⁴¹ exprime que é necessária, para se aferir a parcialidade sob o viés objetivo, a investigação contextualizada do encadeamento das decisões judiciais, seus motivos explícitos ou implícitos de prolação, suas repercussões intencionais sobre a condução do processo e, principalmente, as suas repercussões para a percepção objetiva sobre se o magistrado cumpre ou não o seu dever de independência, sendo que não é suficiente se examinar, de forma isolada, se os atos jurisdicionais estão amparados pela legislação pátria.

O voto ainda faz menção à Teoria da Aparência Geral da Imparcialidade, já referida neste trabalho, deixando claro que se conduziu pelo aspecto da imparcialidade objetiva. O Ministro deixa de lado ilações acerca de predileções do magistrado, sob o viés subjetivo da imparcialidade, a qualquer das partes processuais, e sintetiza de forma primorosa que os questionamentos que devem ser feitos, como norte da análise geral do HC impetrado, é: “diante de todo o conjunto de atos jurisdicionais praticados por Sérgio Moro, ainda é possível manter a percepção de que o julgamento do paciente deste HC foi realizado por um juiz despido de todo e qualquer preconceito acerca da culpabilidade do acusado? É ainda possível afirmar que a decisão condenatória assinada pelo magistrado serviria unicamente à realização do interesse da Justiça, independente dos desígnios pessoais do magistrado?”. A partir dos questionamentos lançados, o Ministro, de pronto, conclui que, sob sua ótica, todas as respostas são negativas.

As relevantes provocações lançadas pelo Ministro, em seu voto paradigmático, constituem-se como um importante passo ao aperfeiçoamento do princípio da imparcialidade no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme já explorado neste trabalho, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem, pelo menos desde os anos 80 do século passado, se debruçado sobre a matéria da preservação

⁵⁴¹ Proferido na ocasião do julgamento realizado no dia 9 de março de 2021, do HC 164.493/DF, pela 2ª Turma do STF.

cognitiva do juiz e construído parâmetros que precisam ser absorvidos de forma efetiva pelo Brasil.

Se espera que o Supremo Tribunal Federal seja grande para conduzir novamente o país ao prumo da democracia, também para ocupar o lugar, de fato e de direito, constitucionalmente demarcado, a si reservado, para finalmente implementar o sistema acusatório e estabelecer parâmetros sólidos de controle da imparcialidade jurisdicional.

O que se pode perceber, pela relação de contemporaneidade das conversas espúrias dos procuradores com o então juiz federal Sérgio Moro com os atos processuais e o cenário nacional, é a verdadeira manipulação de um discurso pautado na legalidade, mas que de legítimo nada possui. É nítido o interesse do próprio magistrado nas causas em que atuou, desempenhando funções de investigador e de acusador, coordenando a estratégia acusatória, tendo como serventes os membros do Ministério Público Federal, estes em gravíssimo desserviço à sua Instituição, que é, sem sombra de dúvidas, infinitamente maior do que alguns membros que parecem não compreender a real missão institucional do MP e sua função estruturante da dialética processual em um processo penal democrático.

3.3 Pinceladas na alma coletiva e na perversidade do discurso que reflete a paranoia de uma magistratura lavajatista

Mas quais ingredientes devem compor um bom juiz? Sob a perspectiva de Thomas Hobbes⁵⁴², as qualidades necessárias – de caráter não técnico⁵⁴³ – para o fiel e digno cumprimento do cargo seriam:

- 1) um justo entendimento da lei principal da natureza chamada equidade; (...) 2) o desprezo por inúteis opulências e promoções; 3) ser capaz, ao julgar, de se desvencilhar de todo temor, fúria, ódio, amor e compaixão; 4) paciente e diligente atenção para escutar e memória para reter, ordenar e aplicar o que foi ouvido.

⁵⁴² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 232.

⁵⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 529.

Mas a pergunta que devemos fazer é: nosso sistema processual penal, com suas reiteradas práticas de impossibilitar a preservação da imparcialidade jurisdicional, somada a massiva mentalidade inquisitorial reinante, forma um juiz apto a exercer a magistratura dentro do viés recomendado pelo olhar constitucional do processo penal?

De acordo com Carnelutti, a função jurisdicional cada vez mais se insere em um cenário de ameaça pelos perigos opostos da indiferença ou do clamor⁵⁴⁴. O perigo do clamor, segundo o autor, é relacionado aos processos tidos como célebres, nestes a toga funciona como espécie de disfarce teatral⁵⁴⁵. Já o referido perigo pela indiferença se relaciona aos processos menores, nos quais a toga pode parecer como se armadura inútil⁵⁴⁶ fosse.

Sob o aspecto de nítidas diferenciações de postura em processos, devemos observar como a forma de publicizar o processo penal – e aqui podemos tomar como exemplo a transmissão ao vivo de grandes julgamentos, onde juízes se tornam subcelebridades –, que inicialmente detinha cunho educacional, somado a ideia de controle e acesso da população ao sistema de julgamento e o modo de administrar a justiça, perdeu-se, subverteu-se, em uma situação de desordem⁵⁴⁷. A intensa participação da imprensa como fator interferente nos julgamentos é algo que precisa também ser considerado. De acordo com Carnelutti, a imprensa, ao lado também da turba formada por esta, por muitas vezes, possui postura imprudente contra a qual ninguém ousa reagir⁵⁴⁸ e que acaba por arrancar dos sujeitos processuais a serenidade que devia ser inerente às funções de cada um, que inclusive podem se perder em meio a esta multidão – mormente ao julgador, no desafio de preservar sua imparcialidade –, sob o iminente risco de julgamentos se transmudarem-se a linchamentos.

⁵⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 20.

⁵⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 20.

⁵⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 20.

⁵⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 20.

⁵⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 20.

Com relação a ideia da referida turba, fez-se necessário trazer ao trabalho a consequente noção da alma coletiva, construída por Gustave Le Bon⁵⁴⁹. A medida em que pessoas, com ideias diferentes ou não, se unem e passam a constituir uma multidão⁵⁵⁰ – do ponto de vista psicológico⁵⁵¹ – com uma unicidade final, surge o fenômeno da alma coletiva. Tal fenômeno faz estes indivíduos unidos pensarem, agirem e sentirem de uma forma distinta da qual costumam pensar, agir e sentir⁵⁵², nas palavras de Le Bon⁵⁵³, faz com que esses indivíduos passem a “constituir um ser único” que fica submetido “à lei da unidade mental das multidões”. Uma das características da alma coletiva é a orientação dos sentimentos e pensamentos em um mesmo sentido, que ocupa o lugar de uma anterior personalidade consciente do sujeito⁵⁵⁴.

Pela influência das mais diversas sensações, como por exemplo de injustiça, impunidade, ou ainda de um grande acontecimento nacional, sob a influência de certas emoções violentas⁵⁵⁵, pessoas indeterminadas podem, ainda que em nome de uma razão inicialmente nobre e legítima, adquirir os contornos de uma multidão psicológica, tornando-se, com seus corpos, partes integrantes de uma alma coletiva.

⁵⁴⁹ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Presses Universitaires de France, 1895. Tradução de Ivone Moura Delraux. Lisboa: Edições Roger Delraux, 1980.

⁵⁵⁰ O mesmo entendimento é cabível à noção de massa psicológica. Freud, em sua obra (SIGMUND, Freud. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos 1920-1923**. Tradução de Paulo César de Souza. 4ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011) se vale do termo “massa” a fim de descrever a multidão.

⁵⁵¹ “O fato de muitos indivíduos se encontrarem ocasionalmente lado a lado não lhes confere os caracteres de uma multidão organizada. Efetivamente, mil indivíduos reunidos ao acaso numa praça pública, sem qualquer fim determinado, não constituem de modo algum uma multidão psicológica. Para adquirirem caracteres específicos é necessária a influência de certos excitantes cuja natureza iremos determinar”. Ainda, registra-se que não é objeto deste trabalho analisar como surgem as multidões. (LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Presses Universitaires de France, 1895. Tradução de Ivone Moura Delraux. Lisboa: Edições Roger Delraux, 1980, p. 10).

⁵⁵² “O que há de mais impressionante numa multidão é o seguinte: quaisquer que sejam os indivíduos que a compõem, sejam quais forem as semelhanças ou diferenças no seu gênero de vida, nas suas ocupações, no seu caráter ou na sua inteligência, o simples fato de constituírem uma multidão concede-lhes uma alma coletiva. Esta alma fá-los sentir, pensar e agir de uma maneira diferente do modo como sentiriam, pensariam e agiriam cada um isoladamente. Certas ideias, certos sentimentos só surgem e se transformam em atos nos indivíduos em multidão. A multidão psicológica é um ser provisório, composto de elementos heterogêneos que, por momentos, se uniram, tal como as células que se unem num corpo novo formam um ser que manifesta caracteres bem diferentes daqueles que cada uma das células possui”. (LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Presses Universitaires de France, 1895. Tradução de Ivone Moura Delraux. Lisboa: Edições Roger Delraux, 1980, p. 12).

⁵⁵³ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Presses Universitaires de France, 1895. Tradução de Ivone Moura Delraux. Lisboa: Edições Roger Delraux, 1980, p. 10.

⁵⁵⁴ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Presses Universitaires de France, 1895. Tradução de Ivone Moura Delraux. Lisboa: Edições Roger Delraux, 1980, p. 10.

⁵⁵⁵ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Presses Universitaires de France, 1895. Tradução de Ivone Moura Delraux. Lisboa: Edições Roger Delraux, 1980, p. 11.

Tais indivíduos, nesta reunião, deixam de lado quaisquer inibições pessoais, as quais dão lugar aos mais variados instintos animais brutais, violentos e destrutivos, que remontam aos humanos primórdios, com a finalidade de satisfazer os instintos⁵⁵⁶.

E é justamente nesta alma coletiva que o magistrado não pode e não deve embarcar, este é o não lugar do juiz no processo penal. O magistrado, enquanto Estado-juiz deve se centrar na posição contra majoritária, muitas vezes, e não permitir que em si se infiltrem sentimentos provocados pela alma coletiva da massa. O grande norte que o julgador deve seguir é o dos princípios que balizam o Estado Democrático de Direito, os quais devem edificar o processo penal.

O que ocorre é que quando o magistrado ocupa o espaço de inquisidor, com iniciativa e gestão probatória plena, mormente na fase pré-processual, passa a ter contato com elementos produzidos sob a égide da ausência de efetiva defesa e contraditório, o que, conforme já explorado neste trabalho, enseja a perda da originalidade cognitiva e sua conseqüente quebra da imparcialidade. A justificativa do magistrado tomar para si a gestão da prova – em contrariedade ao que prega o sistema acusatório, de que a produção probatória deve ser das partes – se funda na malfadada e já combatida neste trabalho busca da verdade.

Em megaprocessos, como é o caso da operação lava jato e do processo mensalão⁵⁵⁷, possuidores de um apelo popular intenso, existe, por parte de uma alma coletiva que almeja o fim da corrupção, a criação de um quadro de expectativas⁵⁵⁸ pela punição dos perseguidos que precisa ser cuidadosamente gerido pelo magistrado.

Justamente dentro deste panorama, de um quadro de expectativas criado pela alma coletiva, urge a necessária posição do magistrado de funcionar como um verdadeiro operador de um processo penal defraudador de expectativas⁵⁵⁹, de forma impopular, para que, apenas assim, alcance sua finalidade: de ser, o processo – não o juiz –, um potencial operador de mudança⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ SIGMUND, Freud. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos 1920-1923**. Tradução de Paulo César de Souza. 4ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 27.

⁵⁵⁷ Ação Penal 470, julgada pelo STF.

⁵⁵⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100.

⁵⁵⁹ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100.

⁵⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 98.

A real problemática que merece atenção é a de que o magistrado que ocupa um lugar de portador da palavra do Outro⁵⁶¹, na condução de um caso penal, ao se mostrar perdido em sua verdadeira função judicante (dentro da confusão gerada pela incerteza dos papéis dos sujeitos processuais⁵⁶²), assumindo, assim, a função de Estado-juiz da devassa, em atividade típica de inquisidor na gestão da prova, sob a lógica de uma equivocada pretensão de verdade, de acordo com Alexandre Morais da Rosa, acaba “acreditando que é o escolhido, o mandatário Divino capaz de conceder – com as implicações psicanalíticas do termo – a segurança jurídica, até a aposentadoria, claro”.

Por isto que, para Legendre, o sistema jurídico funciona, em seus mais diversos aspectos, para a grande obra: “adestrar para o amor”⁵⁶³.

Dentro da lógica apresentada, o julgador se coloca no lugar de “guardião da verdade ligada à certeza”⁵⁶⁴, sendo assim, torna-se um potencial paranoico⁵⁶⁵. A paranoia, nas palavras de Melman:

É a certeza para um sujeito de ter o saber da verdade, da verdade absoluta. E a prova é que essa verdade que o sujeito possui ela é capaz de reparar tudo o que não vai bem na sociedade, tudo o que não vai bem no casal; o que faz com que seja um saber que se apresenta também como salvador⁵⁶⁶.

Foi, sob nossa ótica, o que acometeu a magistratura lavajatista.

Ainda, para o Melman, esse – muitas vezes incontrolável – desejo de conhecer a verdade, é inerente ao ser humano, estando em cada um de nós. Desta

⁵⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 293. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁶² Incerteza gerada pelo sistema confusional em que estamos inseridos, onde ao juiz é permitida a iniciativa probatória. Sobre o tema, vide: MINAGÉ, Thiago Miranda. A incompatibilidade entre a busca da verdade e a limitação do poder. **Boletim IBCCRIM**, ano 28, n. 335, out. 2020.

⁵⁶³ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Tradução e revisão de Alúcio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 34.

⁵⁶⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 293. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁶⁵ Este trabalho não possui a pretensão de emitir diagnósticos clínicos, muito menos de se aprofundar tecnicamente na seara psicanalítica.

⁵⁶⁶ MELMAN, Charles. **Como Alguém se Torna Paranoico?** De Schreber a Nossos Dias. Porto Alegre: Editora CMC, 2008, p. 13

forma, por existir em nosso interior a tentação paranoica⁵⁶⁷, a paranoia será particularmente frequente em todos os reformadores sociais. Assim, Melman constrói ainda o que chama de “paranoia da vida cotidiana” no afã de explicar que, gostemos ou não, nós temos alto potencial de nos encontrarmos em situações que nos aproxime da paranoia.

De acordo com Alexandre Morais da Rosa⁵⁶⁸, a figura de um juiz inquisidor, carregada de toda problemática que já elencamos neste trabalho, calcada nos consequentes efeitos de um quadro mental paranoico⁵⁶⁹, reflete de forma muito clara características paranoicas, ou seja, um julgador que “diz a verdade projetada desde antes e retida no significante mestre”⁵⁷⁰, que se acredita único e se revela na perversidade em como manipula⁵⁷¹ o discurso, o que traz certa aproximação com Schreber⁵⁷².

O estudo do caso clínico realizado por Freud, a partir das particularidades da paranoia de Schreber, teve continuação com os estudos de Lacan⁵⁷³, o qual constatou que depois de ocorrer um delírio hipocondríaco, iniciou-se um quadro de

⁵⁶⁷ MELMAN, Charles. **Como Alguém se Torna Paranoico?** De Schreber a Nossos Dias. Porto Alegre: Editora CMC, 2008, p. 13.

⁵⁶⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes.** Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 326. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁶⁹ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal.** Bogotá: Temis, 2000, v.1, p. 23.

⁵⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes.** Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 326. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁷¹ “O paranóico que se acredita esse Um único pode querer encarnar o Outro para todos os outros – posição que o aproxima do canalha. Presunçoso, sabe o que é bom para os outros, como conduzi-los e como fazê-los gozar, seja do saber, seja da vida eterna ou do paraíso (...) A falta de divisão subjetiva e a certeza de suas convicções (políticas ou religiosas), além de sua determinação em impor suas idéias, faz do paranóico um atrativo hipnótico para o neurótico, sempre dividido, incerto, à busca de respostas para suas questões, insatisfeito com seu desejo, sua vida e seus amores. Assim, o neurótico encontra nas formações de grupo lideradas por paranóicos o ideal no lugar da causa perdida, o que pode levá-lo ao pior. A partir disso, o paranóico coletiviza os neuróticos divididos, sempre à procura de alguma certeza, de alguém que lhes dê respostas e indique o caminho a seguir – nem que seja para contestar. Ninguém melhor que o paranóico, com sua certeza delirante e unicidade que o faz confundir-se como ideal que representa, para ocupara esse lugar de mestre. (...) O paranóico é um messiânico por estrutura. Ele constrói um delírio em que demonstra ter sido escolhido pelo Outro, como ‘o que acontece com o romente de filiação na paranóia, heróis, fundadores de religião.” (QUINET, Antonio. O número um, o único. In: QUINET, Antonio. **Na mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos.** Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos, 2002, p. 18-19).

⁵⁷² Freud analisou, a partir do livro de memórias do próprio Schreber, as particularidades de sua paranóia. (FREUD, Sigmund. Notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranóia (dementia paranoides). In: FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas.** Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 15-89, v. XII).

⁵⁷³ LACAN, Jacques. **O seminário: as psicoses.** Tradução de Aluisio Menezes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 30-42.

estafa inesperada por conta da nomeação de Schreber para o cargo de Presidente do Tribunal de Apelação de Leipzig e pelo desgosto de não ter um filho⁵⁷⁴. Após este quadro, Schreber é internado por diversas vezes sendo que, entre a primeira crise e a segunda passaram-se oito anos em que Schreber permaneceu exercendo as funções de juiz, dentro de um suposto quadro de normalidade. Porém, a assunção de Schreber ao cargo⁵⁷⁵ de Presidente desencadeou-lhe o delírio⁵⁷⁶.

Em nossa realidade, de um sistema processual em que a imparcialidade não é assídua frequentadora de gabinetes jurisdicionais, espécies de “juízes descendentes de Schreber” são comuns. Mas ocorre que este lugar da paranoia, da perversidade da manipulação do discurso, é um lugar hoje censurado em nome da objetividade e da neutralidade⁵⁷⁷ sendo certo que, qualquer ser que ouse pensar ou expor este lugar, corre o risco de se fazer herege. Vale aqui a lógica vaticinada por Legendre⁵⁷⁸ e já explorada neste trabalho, de que a grande obra do poder é “fazer-se amar”: amar o censor.

⁵⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 290. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁷⁵ “Essa função, que tem o caráter de uma eminência, confere a ele, dizem, uma autoridade que o alça a uma responsabilidade, não inteiramente total, mas pelo menos mais plena e mais pesada que todas as que teria podido esperar, o que nos dá o sentimento de que há uma relação entre essa promoção e o desencadear da crise. Em outros termos, no primeiro caso, põe-se em função o fato de que Schreber não pôde satisfazer sua ambição, no outro, que ela foi realizada pelo exterior, de uma forma que se ratifica quase como imerecida. O mesmo valor desencadeador é reconhecido nesses dois acontecimentos. Anotam que o presidente Schreber não tenha tido filho para consignar um papel fundamental à noção da paternidade. Mas se admite, ao mesmo tempo, que é porque ele acede finalmente a uma posição paterna que, ao mesmo passo, o temor à castração revive nele, com uma apetência homossexual correlativa. Eis o que estaria diretamente em causa no desencadeamento da crise, e acarretaria todas as distorções, as deformações patológicas, as miragens, que progressivamente vão evoluir como delírio”. (LACAN, Jacques. **O seminário: as psicoses**. Tradução de Aluisio Menezes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 40-41).

⁵⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 290. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁷⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 389. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁷⁸ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Tradução e revisão de Aluisio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 7.

Ainda que alienado e aprisionado em seu próprio desejo⁵⁷⁹, o qual é revelado por meio do discurso, o juiz acredita estar prestando relevante serviço à nação, enquanto seu discurso é chancelado pelo Estado, sob a exímia tarefa de “extirpar o mal da terra”⁵⁸⁰. Por isso, é necessário se esclarecer que esse discurso opera⁵⁸¹ sob o escopo de matrizes condicionantes⁵⁸² e também inconscientes que precisam ser identificadas, eis que, de acordo com Alexandre Morais da Rosa⁵⁸³, ambas: “fragmentam a função de julgar numa sociedade complexa, à margem do capitalismo, no qual o Direito Penal possui uma tarefa de adestramento estratégica”. A partir desta importante constatação, revelar-se-á como será a atuação do julgador e o motivo de determinadas manifestações por meio do seu discurso, mormente sob a influência da matriz inconsciente.

Apesar do dever legal de se fundamentar decisões judiciais, previsto em nossa Constituição Federal⁵⁸⁴, ainda assim, é possível se exprimir de discursos jurisdicionais o deslize, o ato falho, – momentos em que, a partir da psicanálise, se desvela a real motivação do sujeito judicante, de acordo com Alexandre Morais da

⁵⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 291. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁸⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 339. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 291. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁸² Alexandre Morais da Rosa elenca como exemplos de matrizes condicionantes a ideologia e a criminologia. (ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 291. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021).

⁵⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 291. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁸⁴ Art. 93, IX da Constituição Federal: “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 jan. 2021).

Rosa⁵⁸⁵ –, assim, mesmo com um controle linguístico “a ‘estrutura’ divina – do Um – esconde-se por detrás do ‘véu democrático’”⁵⁸⁶, no interesse de manter-se guardião de seu desejo, apoiando-se em recursos retóricos.

Sabe-se, assim, que o discurso consciente, em um viés perverso, é o lugar que dá abrigo ao ato falho e, justamente, por meio deste, pode-se presenciar a dominação do discurso pela manipulação da vinculação teológica ao pecado⁵⁸⁷. Até por isso, se justifica a visão de Legendre de que a ideia da Salvação está entre os juristas de tal modo associada à pena e ao benefício moral⁵⁸⁸.

Assim, pela contextualização realizada, frisa-se o perigo a que estamos expostos enquanto inseridos em um sistema processual penal de matriz verdadeiramente inquisitorial, sob a jurisdição de inquisidores propensos e incentivados – pelo próprio sistema – a desencadear não apenas quadros mentais paranoicos, como proposto por Franco Cordeiro, mas também o legítimo quadro clínico da paranoia.

Pela amostra da atuação da magistratura lavajatista revelada em tópicos anteriores deste trabalho, mormente pela obscena troca de confidências revelada entre juiz e procuradores, conclui-se que há uma manipulação do discurso inserido nas decisões judiciais, sob um viés de perversidade narcísica, ao passo em que, além de manifestações afloradas pela matriz do inconsciente do julgador, relações espúrias decorrem dos bastidores dos processos, as quais são amparadas em interesses escusos, logo, escondidas e nunca expostas como “legítima razão de decidir”.

⁵⁸⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 307. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁸⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 307. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁸⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 307. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁵⁸⁸ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Tradução e revisão de Aluísio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 34.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a perspectiva atual exposta, de desaparecimento progressivo do terceiro – coletividade – diante de imposições de vontades pessoais, parecemos estar envolvidos em uma sociedade que tenta romper o laço entre o indivíduo e o coletivo. A partir daí, nasce o que, segundo Lebrun, agora se espera do Direito: que siga bem de perto a evolução dos modos, que regule as trocas entre os diversos atores da sociedade preenchendo, com leis e regulamentações tudo o que hoje é designado como um vazio jurídico⁵⁸⁹.

Mas o que esperar do Direito enquanto Estado-juiz? Enquanto a revelação e consequente consolidação do “dizer o direito”, sob a perspectiva da racionalidade neoliberal, é colocada sobre os ombros de um ser-no-mundo (pessoa do magistrado, que pode ser completamente dissociada da instituição judiciário e de sua real missão), passível de preterir à coletividade em nome de uma singularidade (de um gozo singular)? Em sendo o **não lugar** um espaço dos outros sem a presença dos outros, um suposto espaço constituído em espetáculo⁵⁹⁰, pode-se concluir que está a magistratura brasileira, em sua perspectiva atual, inserida em um **não lugar**.

Para esta constatação, analisamos o juiz como sujeito processual, bem como a real compreensão da natureza jurídica do processo, em sua constituição e representação, conjugada com uma releitura do papel do juiz, com olhos voltados ao sistema de matriz acusatória, delineado por nossa Constituição Federal.

Em um processo de matriz acusatória, a separação das figuras responsáveis por acusar e julgar não é suficiente quando não há a clara delimitação das funções⁵⁹¹ entre o julgador e as partes. Tal delimitação além de determinar a ideia de juiz como não-parte, ainda que sujeito processual, é pressuposto para se (tentar) preservar a imparcialidade⁵⁹² como pilar de um processo penal democrático.

⁵⁸⁹ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum**: viver juntos sem outro. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 206.

⁵⁹⁰ AUGÉ, Marc. **Le sens des autres**. Actualité de l'anthropologie. Paris: Fayard, 1998, p. 167.

⁵⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.

⁵⁹² “Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127).

Com isso, constatou-se que a malfadada pretensão científica de afirmação de uma verdade é algo completamente fora de alcance do campo do direito⁵⁹³, campo este essencialmente falível que, além de não se consubstanciar como ciência, por ser produto de elaboração humana enquanto forma de argumentar, precisa reduzir sua pretensão de afirmação e permanecer na busca do alcance da justiça possível e realizável⁵⁹⁴. Evidencia-se que a pretensão de verdade é mitológica e utópica, pois inalcançável é no plano da realidade humana. Sendo assim, a pretensão que deve prevalecer no procedimento penal é a de justiça, aquela que é tateável no mundo dos autos, diante das provas e valorações jurisdicionais, não pertencendo ao julgador a análise do campo da verdade.

Na prática, a grande problemática jurisdicional está inserida na plena possibilidade de manipulação da lei e do discurso pelo juiz, contra a qual, já vaticinou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵⁹⁵, todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram.

A concepção de que o processo como direito fundamental, seria uma espécie de procedimento, caracterizado pela presença do contraditório, como um conjunto de atos, até porque, se contém procedimento, é mesmo inafastável. Ocorre que, esse processo, como um procedimento desenvolvido com participação dos interessados, destina-se a um fim específico, qual seja, a prolação de uma decisão pelo juiz, no entanto, imperioso que essa decisão, para ser legítima, deva ser resultado da atuação das partes de forma **dialética**, na ordem estabelecida pela lei.

Tal perspectiva tornou possível a compreensão de que, entre procedimento e processo não há distinção, e sim, uma relação de inclusão, uma vez que, o processo é uma espécie do procedimento, e dele se distingue por uma propriedade particular, que é o contraditório. O procedimento torna-se parte essencial do processo⁵⁹⁶. Este traço distintivo entre os dois não se limita a pensar num conceito amplo de um e

⁵⁹³ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 105.

⁵⁹⁴ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 105.

⁵⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 32. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

⁵⁹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

outro, entendendo ser o processo uma espécie do procedimento, desenvolvido com a participação **dialética**⁵⁹⁷ das partes destinatárias da decisão final, ou seja, o processo se caracteriza por uma característica reitora do procedimento, caso contrário, haverá procedimento sem processo.

A necessidade de compreensão do contraditório, como garantia política, transcende a esfera processual para ser elevado ao nível máximo de respeito e observação de suas premissas e contornos, ou seja, cria-se uma ânsia de punição rápida, no curso de uma investigação ou processo, sob alegação de demora no trâmite processual e necessidade de uma resposta desmedida.

Com as reformas processuais e, principalmente, pelo advento da Constituição Federal de 1988, encontra-se, hoje, o Ministério Público, na condição de parte processual responsável pela formulação do caso penal a partir do qual pretende – e deve – produzir elementos de prova suficientes, em contraposição (ou não) da parte defensiva, que possam ensejar o provimento jurisdicional de seu pedido⁵⁹⁸. Não pode mais o órgão ministerial adotar a postura de mero espectador da atividade probatória do magistrado, eis que quando assim atua renuncia a sua missão institucional e permite que sua função seja usurpada indevidamente. A ninguém interessa um Ministério Público omissivo, submisso ou até servente do Poder Judiciário. Ao órgão ministerial se reserva a importante missão de ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito e estar na vanguarda da defesa dos direitos individuais e coletivos.

Assim, nada mais urgente do que a necessidade de que o Ministério Público finalmente e de forma definitiva assumam⁵⁹⁹ e ocupe sua posição de parte no processo penal – com todas as funções a ela inerentes – principalmente no que tange a ser parte legítima da produção probatória possibilitando, assim, a real dialética processual e a preservação da originalidade cognitiva do magistrado, evitando a contaminação do mesmo com a consequente e indevida iniciativa probatória.

⁵⁹⁷ Entende-se por dialética o método para compreensão empregado (tese x antítese = síntese).

⁵⁹⁸ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 116.

⁵⁹⁹ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 123.

O atingimento do ideal de um processo de partes, inserido na perspectiva de uma matriz acusatória, é a única fórmula que, segundo Paulo César Busato⁶⁰⁰, propõe um ideal de justiça em substituição a uma pretensão de verdade que a tudo justifica. A partir de tal raciocínio, podemos concluir que apenas iremos estabelecer uma dialética possível e efetiva no processo penal a partir do momento em que as partes tomarem para si as “rédeas” do processo, no sentido de terem a plena consciência do que efetivamente representam, colocando-se o magistrado em seu devido lugar, constitucionalmente demarcado⁶⁰¹, recolhendo-se à posição equidistante do processo e para além⁶⁰² das partes.

Quando se pensa em processo, pensa-se em um caminhar para uma pretensão de justiça que vise confirmar ou não a formulação inicial acusatória. Inerente e de mãos dadas com ao caminhar processual, temos a necessidade da instrução probatória, pois ao magistrado cabe a função recognitiva⁶⁰³.

A hipótese com a qual trabalhamos é que a imparcialidade é uma garantia fundamental do processo penal, em especial prevista nos pactos internacionais aderidos formalmente ao ordenamento brasileiro, mas não há, na prática, uma efetiva proteção aos jurisdicionados brasileiros, considerando a extensão que as Cortes internacionais de direitos humanos dão a esta cara garantia.

Na intenção de demonstrar que a imparcialidade é o grande princípio reitor de um processo penal guiado por inspirações democráticas, citou-se a postura e os principais argumentos do TEDH em casos emblemáticos, em franca posição pela

⁶⁰⁰ BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009, p. 124.

⁶⁰¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 186, pp. 103-116, 2009.

⁶⁰² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 31. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

⁶⁰³ “A um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto, com o escopo (da sua parte) pacificador, razão por que precisamos da coisa julgada. Por isso, intermedeia, do seu conhecimento do caso concreto (*notio; cognitio*) à sentença (não esquecer, jamais, que, do latim a palavra decorre de *sentire*, gerúndio *sentiendo*, só para que não pense em ‘máquinas judicantes’), um conjunto de atos preordenados a um fim. Ora, tais atos (...), tomando em conta aquele escopo, têm, por evidente, o fim de sanar a ignorância, razão pela qual se vai falar em instrução (...)”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriela Saad. (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 163).

preservação da imparcialidade jurisdicional e estabilidade do artigo 6º da Convenção Europeia.

Assim, o que é realmente necessário em um processo penal democrático e de matriz acusatória é a reunião de condições de possibilidades para que o juiz consiga exercer a jurisdição com imparcialidade⁶⁰⁴. De nada adianta um sistema com um aspecto esteticamente imparcial, mas que em verdade não permita que o magistrado o seja. Por exemplo, o sistema em que estamos inseridos no Brasil não propicia a preservação da originalidade cognitiva do julgador, ou seja, nossa sistemática processual reinante confronta abertamente o ideal acusatório desenhado por nossa Constituição Federal, fundado nas garantias da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Não se é suficiente que exista apenas a separação formal das funções de acusar e julgar, não é nisso que o sistema acusatório⁶⁰⁵ se ancora⁶⁰⁶, mas sim na completa inércia do magistrado com relação a iniciativa probatória. O juiz precisa se manter completamente afastado da gestão da prova, sob pena de sacrificar ditames elementares do Estado Democrático de Direito⁶⁰⁷. Nas palavras de Aury Lopes Jr.⁶⁰⁸, a figura do juiz-espectador em oposição à figura do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório. Ou seja, não podemos ficar nas mãos do mito da verdade real, sob o anseio pelo juiz justiceiro, que é capaz de fazer justiça a qualquer custo. É necessária a plena ciência das reais atribuições do magistrado no processo penal, inclusive nas hipóteses de atividade probatória insuficiente ou incompleta das partes, da qual o magistrado deve se conformar e não buscar por supri-las, mesmo que seja para eventualmente colaborar com a defesa: por questão

⁶⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

⁶⁰⁵ “Para o modelo acusatório, não basta a existência de órgãos distintos de acusação, defesa e julgamento; é necessária uma total imparcialidade do juiz, que não pode ter preconceitos nem pré-julgamentos sobre a matéria em debate. O cerne do modelo acusatório depende da real imparcialidade do juiz, que é fruto de uma meditada e consciente opção entre as hipóteses propostas – acusação e defesa – em relação às quais se mantém equidistante”. (THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 259).

⁶⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 72.

⁶⁰⁷ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do RHC 144615 AGR / PR: “Isso porque a existência da imparcialidade, ao lado da paridade de armas, constitui um dos pilares estruturantes do Estado Democrático de Direito, verdadeiro predicado de validade dos processos judiciais, estando estreitamente vinculado ao princípio do juiz natural. De fato, de nada adiantaria estabelecer regras prévias e objetivas de investidura e designação de magistrados para apreciação das distintas lides ou proibir a constituição de juízes ou tribunais ad hoc caso se permitisse ou tolerasse que julgadores fossem contaminados por paixões ou arrebatamentos exógenos aos fatos colocados sob sua jurisdição”.

⁶⁰⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 73.

de respeito às esferas de exercício de poder⁶⁰⁹, eis o preço a ser pago pela manutenção de um sistema acusatório, vaticinado por Aury Lopes Jr.

O processo, em verdade, para ser devido e reunir condições mínimas para ser considerado legal precisa ter o interesse de se desligar⁶¹⁰ por completo de sua função atual dos quadros de expectativas criados. Enquanto operador de mudança⁶¹¹, o processo precisa ocupar um lugar nada popular⁶¹², ainda que (ou principalmente quando) venha a cair em desgraça perante a opinião pública, precisa funcionar como defraudador de expectativas⁶¹³.

Não basta apenas que se busque preservar a originalidade cognitiva do juiz por meio da separação das funções de acusar e de julgar a órgãos distintos, precisa-se de mais. Precisa-se, além do afastamento total do juiz da atividade probatória, garantias procedimentais específicas⁶¹⁴ que garantam igualdade de condições para que as partes desenvolvam suas potencialidades probatórias. Apenas assim é possível preservar o caráter cognitivo do processo, para que não se transmude em espécie de processo ofensivo⁶¹⁵, em que o juiz se posta como inimigo do réu⁶¹⁶.

Evidente que, diante do cenário nacional que estamos inseridos, sob a égide de um sistema processual de matriz realmente inquisitorial, não há efetivo controle

⁶⁰⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 73.

⁶¹⁰ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 100.

⁶¹¹ “(...) Todo problema se joga então em reconhecer as condições de emergência de uma mudança, ou aquilo que, de entre as diversas manifestações da diferença, pode ser dito com propriedade constituir um operador da mudança. Trata-se de descortinar, por entre as gramáticas da diferença, algum tipo de modalidade de efetivo recorte diferenciador em torno do qual possa perfilar-se, com razoável eficácia, uma resistência não acantonada às formas triviais de oposição e de protesto que comprovadamente se arriscam a reproduzir o que as produz”. (MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 193).

⁶¹² Neste sentido, vide trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no HC 95.009/STF: “expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando o exijam a Constituição e a lei – mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A vinculação do juiz à ética da legalidade algumas vezes o coloca sob forte pressão dos que supõem que todos são culpados até prova em contrário”.

⁶¹³ “Se há hoje uma ‘batalha de expectativas’, ela situa-se numa zona de manifesta confluência intersistêmica: um sistema jurídico posicionado frente a um sistema comunicacional que por sua vez é percorrido pelos fluxos de um sistema econômico, todos envolvidos num jogo de sedução similar aos do reino animal, em que o que está em causa é captar a atenção de um sistema social inquieto por atribuir a cada um deles determinado grau de confiança e, em função dele, determinado grau de adesão” (MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 101-102).

⁶¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535.

⁶¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 535.

⁶¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: José Bushatsky, 1978, p. 46.

que garanta a imparcialidade de magistrados. O próprio sistema não reúne meios disponíveis que permita ao juiz se distanciar da causa em julgamento, em adequada posição de equidistância. Assim, em decorrência da parcialidade, instituições estarão fadadas ao descrédito da população, que não depositará mais confiança em seus atos. Assim, podemos dizer que estamos inseridos em um contexto de uma crise⁶¹⁷ que pode ser interpretada como uma crise da legitimidade enquanto tal⁶¹⁸.

No decorrer do trabalho adentramos na breve análise das conversas travadas entre juiz e procuradores atuantes na operação lava jato, a título exemplificativo, com a intenção de ilustrar como pode se dar a manipulação do discurso dentro do processo penal, demonstrando a relação entre a contemporaneidade das mensagens com os atos processuais. Ainda que a veracidade das conversas vazadas não tenha sido oficialmente atestada, pelo fato de as obtenções terem ocorrido por meios ilícitos (hackeamento)⁶¹⁹, a reprodução dos trechos colacionados neste trabalho, além de serem de acesso e domínio público, cumprem importante papel exemplificativo para demonstrar exatamente a real necessidade da preservação da originalidade cognitiva do magistrado, com seu afastamento total da iniciativa probatória, para que este esteja apto a decidir, e a imprescindível separação radical das funções de acusar e julgar, que se revelam na real razão de ser de todas as garantias legais e constitucionais existentes e, principalmente, revelam o não-lugar do juiz no processo penal brasileiro.

O que se pode perceber, pela relação de contemporaneidade das conversas espúrias dos procuradores com o então juiz federal Sérgio Moro com os atos processuais e o cenário nacional, é a verdadeira manipulação de um discurso pautado na legalidade, mas que de legítimo nada possui. É nítido o interesse do próprio magistrado nas causas em que atuou, desempenhando funções de investigador e de acusador, coordenando a estratégia acusatória, tendo como serventes os membros do Ministério Público Federal, estes em gravíssimo

⁶¹⁷ “O que chamamos de crise de legitimidade remete bem a isto: reconhecer que existe um programa, uma tarefa a ser cumprida, cuja justificação derradeira não poderia ser encontrada no nível em que se situam os protagonistas envolvidos”. (LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 23).

⁶¹⁸ LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008, p. 22.

⁶¹⁹ O GLOBO. **'Spoofing': como foi a invasão do celular de Sérgio Moro, segundo a decisão judicial que mandou prender 4 suspeitos**, 24 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/07/24/spoofing-como-foi-a-invasao-do-celular-de-sergio-moro-segundo-a-decisao-judicial-que-mandou-prender-4-suspeitos.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

desserviço à sua Instituição, que é, sem sombra de dúvidas, infinitamente maior do que alguns membros que parecem não compreender a real missão institucional do MP e sua função estruturante da dialética processual em um processo penal democrático.

Em nossa realidade, de um sistema processual em que a imparcialidade não é assídua frequentadora de gabinetes jurisdicionais, espécies de “juízes descendentes de Schreber” são comuns. Mas ocorre que este lugar da paranoia, da perversidade da manipulação do discurso, é um lugar hoje censurado em nome da objetividade e da neutralidade⁶²⁰ sendo certo que, qualquer ser que ouse pensar ou expor este lugar, corre o risco de se fazer herege. Vale aqui a lógica vaticinada por Legendre⁶²¹ e já explorada neste trabalho, de que a grande obra do poder é “fazer-se amar”: amar o censor.

O que se pode perceber, pela relação de contemporaneidade das conversas espúrias dos procuradores com o então juiz federal Sérgio Moro com os atos processuais e o cenário nacional, é a verdadeira manipulação de um discurso pautado na legalidade, mas que de legítimo nada possui. É nítido o interesse do próprio magistrado nas causas em que atuou, desempenhando funções de investigador e de acusador, coordenando a estratégia acusatória, tendo como serventes os membros do Ministério Público Federal, estes em gravíssimo desserviço à sua Instituição, que é, sem sombra de dúvidas, infinitamente maior do que alguns membros que parecem não compreender a real missão institucional do MP e sua função estruturante da dialética processual em um processo penal democrático.

Assim, extrai-se, do presente trabalho, que mesmo com o processo de redemocratização do país, com o surgimento de uma Constituição Federal sob a égide de um Estado Democrático e Social de Direito⁶²², e com as sucessivas reformas processuais penais mencionadas neste trabalho – sendo a última delas especialmente significativa no que tange ao caminhar para um processo penal de

⁶²⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 389. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

⁶²¹ LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Tradução e revisão de Aluísio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983, p. 7.

⁶²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 jan. 2021.

matriz acusatória⁶²³ – estamos ainda longe da plena implementação de um processo penal democrático e de matriz acusatória, de fato e de direito, no Brasil, sendo certo que o período em que estamos inseridos, nesta quadra história, pode ser denominado como pós-acusatório⁶²⁴.

⁶²³ Especial ênfase à inserção do art. 3-A do CPP, com o advento da Lei 13964 de 2019.

⁶²⁴ “Por este termo entendemos o advento de um cenário em que o sistema acusatório teria se consolidado como fato per se: simplesmente através de uma nova Constituição da República, as práticas punitivistas autoritárias estariam como que banidas do panorama processual penal e o sistema acusatório, como que num passe de mágica, restaria implementado. Com efeito, não foi o que aconteceu”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1, p. 567).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Maria Gascón. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ABREU, Allan de; MAZZA, Luigi. Na era da lava jato, supremo nunca afastou juiz. **Folha de São Paulo**, 18 jun. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/na-era-da-lava-jato-supremo-nunca-afastou-juiz/> Acesso em: 1 mar. 2021.

ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014.

ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos Del Sistema Penal**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2010.

ASSAD, Elias Mattar. **A Importância do Direito de Defesa Para a Democracia e a Cidadania**. São Paulo: Editora OAB Conselho Federal e OAB/SP, 2013.

AUGÉ, Marc. **Pour une anthropologie des mondes contemporains**. Paris: Aubier, 1994.

_____. **Le sens des autres**. Actualité de l'anthropologie. Paris: Fayard, 1998.

_____. **A guerra dos sonhos**. Oeiras: Celta, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação**

de competência no direito processual penal brasileiro. 2011. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

_____. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: José Bushatsky, 1978.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Barcelona: Bosch, 1973.

BINDER, Alberto M. **Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática**. Buenos Aires: Astrea, 2011.

BOLTANSKI, L. e CHIAPPELLO, E. **Le nouvel esprit du capitalisme**. Paris: Gallimard, 1999. [O novo espírito do capitalismo. Tradução de Ivone C. Benedetti e Revisão Técnica Brasília Sallum Jr. São Paulo: Martins Fontes, 2009].

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. CNJ. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Decisão do governo n. 81, Império, 1824**. p. 59. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_53.pdf Acesso em 7 jan. 2021.

_____. **HC 77622**, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 29.10.1999.

_____. **HC 92893**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2008, DJe de 11/12/2008.

_____. **HC 94641**, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008.

_____. **HC 97553**, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJe de 09/09/2010.

_____. **HC 97544**, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.09.2010.

_____. Lava Jato sai de cena sob um Brasil em silêncio. **El País**, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-04/lava-jato-sai-de-cena-sob-um-brasil-em-silencio.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Polícia Federal. **Lava Jato 2014**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1/fases-da-lava-jato-2014>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. Ministério Público Federal. **Lava Jato passa a integrar o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado no Paraná**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-passa-a-integrar-o-gaeco-no-parana>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. Ministério Público Federal. **Lava Jato passa a integrar o Grupo de Ação Especial de Combate ao Crime Organizado no Paraná**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-passa-a-integrar-o-gaeco-no-parana> Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato – Entenda o Caso**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. Nações Unidas (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf. Acesso em: 2 fev. 2021.

_____. **Resolução ONU nº 217-A de 10 de dezembro de 1948**. Norma Federal - Publicado no DO em 10 dez 1948. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao2171948_94854.html#:~:text=Todo%20indiv%20C3%ADduo%20tem%20direito%20%20C3%A0,liberdade%20e%20%20C3%A0%20seguran%20C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%20C3%A9m%20ser%20C3%A1%20mantido%20em%20escravatura,todas%20as%20formas%20C%20s%20C3%A3o%20proibidos.&text=Ningu%20C3%A9m%20ser%20C3%A1%20submetido%20a%20tortura,tratamentos%20cru%20C3%A9is%20C%20desumanos%20ou%20degradantes. Acesso em: 2 fev. 2021.

_____. STF. **Ministro Lewandowski garante acesso de Lula a arquivos da Operação Spoofing**, 28 dez. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457870&ori=1>
Acesso em: 30 dez. 2020.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUSATO, Paulo César. De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba: FAE Centro Universitário, v. 1, n. 1, jul./dez, 2009.

CABRERA, Michelle Girona. **A mentalidade inquisitória no processo penal brasileiro** (parte II). Disponível em: <https://canalcienciascriminais.br/processo-penal-brasileiro/> Acesso em: 25 set. 2019.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. Poner en su puesto al Ministerio Público. In: CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Buenos Aires: El Foro, 1994.

_____. Verdade Dúvida e Certeza. In: Clássicos do Direito Processual. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 9, jul./set. 1998.

_____. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Processo Penal do Espetáculo**. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. São Paulo: Editora Empório do Direito, 2017.

_____. Em tempos de justiça neoliberal. **Justificando**, 07 fev. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/02/07/em-tempos-de-justica-neoliberal/> Acesso em: 20 nov. 2020.

CHIGNOLA, Sandro. A toupeira e a serpente. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 19(3), 239-269. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i3.1599>. Acesso em: 10 out. 2020.

_____. Body factories. In: RUTA, C. e MELVILLE, G. (Eds.). **Thinking the Body as a Basis, Provocation and Burden of Life**. Studies in Intercultural and historical Contexts. Berlin/Boston: De Gruyter, 2015, p. 3-18.

CIEJ. **Código Ibero-americano de Ética Judicial**. Disponível em:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/pt/CIEJ/Codigo-Ibero-Americano-de-Etica-Judicial/>

Acesso em: 12 mar. 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. Universidad Pablo D Olavide Sevilla: Lección Inaugural Curso, 1998-99.

_____. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

COPETTI NETO, Alfredo. **A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Bogotá: Temis, 2000, v.1

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (et. al.). **Direito e Neoliberalismo**: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar. Curitiba: EdiBEJ, 1996.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 186, p. 103-116, jul./set. 2009.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. (Orgs.). **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 32. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

_____. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova**: segue o princípio inquisitivo. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

_____. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriela Saad. (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

_____. “Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?”. **Conjur**, 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em: 30 ago. 2020.

DELEUZE, G. Post-scriptum sur les sociétés de contrôle. 1990. In Pourparlers 1972-1990. Paris: Minuit, 2003, p. 240-247. Post-scriptum sobre a sociedade de controle. In: DELEUZE, G. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Perbart. Rio de Janeiro: 34, 1992, p. 219-226.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

_____. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ÉPOCA. **Sergio Moro entra na campanha eleitoral ao suspender sigilo de parte da delação de Palocci**, 05 out. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/sergio-moro-entra-na-campanha-eleitoral-ao-suspender-sigilo-de-parte-da-delacao-de-palocci-23126422> Acesso em: 23 ago. 2020.

EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**, adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf Acesso em: 2 fev. 2021.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1950.

FAZZALARI, Elio. **“Instituzioni di Diritto Processuale”**. Padova: Cedam, 1983.

FEITOZA, Denilson. **Reforma processual penal**. Niterói: Impetus, 2008.

FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRUUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2012, p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1982.

_____. **Histoire de la sexualité, I, La volonté de savoir**. Paris: Gallimard, 1976. [História da Sexualidade, I, Vontade de Saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. 2ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Departamento de Letras, 2001.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

_____. **A sociedade punitiva: Curso Collège de France (1972- 1973)**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FREUD, Sigmund. Notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranóia (dementia paranoides). In: FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas**. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 15-89, v. XII.

G1 – GLOBO. **Moro pede exoneração do cargo de juiz federal para ser ministro do novo governo**, 16 nov. 2018. Disponível em:

<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/11/16/presidente-do-trf-4-assina-exoneracao-de-sergio-moro.ghtml>. Acesso em: 30 ago. 2020.

GALBRAITH, J. Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Torloni. 2. ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1986.

GAUER, Ruth C. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth C. (Org.). **A qualidade do tempo: para além das experiências históricas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018, v. 1.

GOLDSCHMIDT, James. **“Prozess als Rechtslage”**. Berlim: J. Springer, 1925.

_____. **Derecho Procesal Civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Buenos Aires: Labor, 1936.

_____. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZÁLEZ, Leonel; FANDIÑO, Marco. **Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina**. In La Justicia Penal Adversarial en América Latina. Hacia la Gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. Chile/Santiago, 2018.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Atividade probatória complementar do juiz como aplicação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo**

processo penal brasileiro. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HUDOC. European Court of Human Rights. **Caso Piersack vs Bélgica.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57557%22%5D%7D> Acesso em: 4 mar. 2021.

_____. **Caso De Cubber vs. Bélgica, §25 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57465%22%5D%7D>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. **Caso Piersack vs Bélgica, §30 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57557%22%5D%7D> Acesso em: 4 mar. 2021.

_____. **Caso Kyprianou vs. Cyprus, §119.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71671%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. **Caso Kyprianou v. Cyprus, § 121 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71671%22%5D%7D> Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. **Caso Hauschildt vs. Denmark, § 47 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57500%22%5D%7D> Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. **Caso Morice vs. França, § 75 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-154265%22%5D%7D>. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. **Caso Pullar vs Reino Unido, §38 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57995%22%5D%7D>. Acesso em: 3 fev. 2021.

_____. **Caso Lavents vs. Letônia, §119 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-65362%22%5D%7D>. Acesso em: 3 fev. 2021.

_____. **Caso Buscemi vs. Itália § 67 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58304%22%5D%7D>. Acesso em: 3 fev. 2021.

_____. **Caso Khodorkovskiy e Lebedev vs. Rússia, § 430 e seguintes.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-200333%22%5D%7D>. Acesso em: 3 mar. 2021.

_____. **Caso Grieves vs. the United Kingdom.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61550%22%5D%7D>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Caso Grieves vs. the United Kingdom, §69.** Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61550%22%5D%7D>. Acesso em: 10 fev. 2021.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal.** Para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KNOPFHOLZ, Alexandre. A Necessária – e já tardia – Constitucionalização do Processo Penal. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 2, n. 2, p. 173-212, ago. 2017. Disponível em: <https://dotti.adv.br/necessaria-e-ja-tardia-constitucionalizacao-do-processo-penal-2/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

LACAN, Jacques. **O seminário: as psicoses**. Tradução de Aluisio Menezes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 8.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Presses Universitaires de France, 1895. Tradução de Ivone Moura Delraux. Lisboa: Edições Roger Delraux, 1980.

LEBRUN, Jean-Pierre. **A perversão comum: viver juntos sem outro**. Tradução de Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática**. Tradução e revisão de Aluísio Pereira Mendes da Silveira Jr. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983.

_____. **Filiations, Leçons IV, “Fondement généalogique de la psychanalyse”**. Paris: Fayard, 1990.

_____. **De la société comme texte**. Linéaments d’une anthropologie dogmatique. Paris: Fayard, 2001.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, v. 2.

_____. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. “Afinal, se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei”. **Conjur**, 05 jul. 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-jul-05/limite-penal-jogo-nao-juiz-nao-jogada-fora-lei>.

Acesso em: 20 out. 2020.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. A ‘estrutura acusatória’ atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. **Conjur**, 03 jan. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 4 abr. 2020.

_____; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**. Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudos de Justicia de las Américas – CEJA, 2018.

_____; GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; RITTER, Ruiz. Juiz das garantias: para acabar com o faz-de-conta-que-existe-igualdade-cognitiva. **Conjur**, 08 mai. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/juiz-garantias-fim-faz-conta> Acesso em: 10 jan. 2021.

LORENZERRO, Bruno Meneses; KENICKE, Pedro Henrique Galloti. Estudo revela doutrinadores de Direito Constitucional mais citados pelo STF. **Migalhas**, 08 jul. 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/182136/estudo-revela-doutrinadores-de-direito-constitucional-mais-citados-pelo-stf> Acesso em: 3 mar. 2021.

MALCHER, Fabio; FREIRE, Ana Beatriz. Laço social, temporalidade e discurso: do Totem e tabu ao discurso capitalista. **Ágora (Rio J.)**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 69-84, Apr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982016000100069. Acesso em: 10 jan. 2021.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Traducción de Santiago Sentís Meledo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires / Chile: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Forense, 1961.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1.

_____. **Elementos de direitos processual penal**. Campinas, SP: Milenium Editora, 2009, v. 1.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

_____. **O Ponto Cego do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

_____. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção expectativa e processo penal**. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. São Paulo: Lúmen Juris, 2011.

_____. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; URANI, Marcelo F. O princípio da identidade física do juiz e a função persuasiva da prova no processo penal. In: FAYET JR., Ney; MAYA, André M. (Orgs.). **Ciências penais e sociedade complexa II**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

MELMAN, Charles. **Como Alguém se Torna Paranoico? De Schreber a Nossos Dias**. Porto Alegre: Editora CMC, 2008.

MICELLI, Vincenzo. **Principii di filosofia deel diritto**. Milano: Societa Editrice Libreria, 1928.

MINAGÉ, Thiago Miranda A. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 929-964, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.85> Acesso em: 10 out. 2020.

_____. **O Contraditório na Prisão Cautelar e o Devido Processo Penal Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Tese (Doutorado). Universidade Estácio de Sá, 2017.

_____. A incompatibilidade entre a busca da verdade e a limitação do poder. **Boletim IBCCRIM**, ano 28, n. 335, out. 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Abril, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O GLOBO. **Fachin afirma que suspeição de Moro 'pode ter efeitos gigantescos' e anular toda a Lava-Jato**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/fachin-afirma-que-suspeicao-de-moro-pode-ter-efeitos-gigantescos-anular-toda-lava-jato-1-24922494>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. **'Spoofing': como foi a invasão do celular de Sérgio Moro, segundo a decisão judicial que mandou prender 4 suspeitos**, 24 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/07/24/spoofing-como-foi-a-invasao-do-celular-de-sergio-moro-segundo-a-decisao-judicial-que-mandou-prender-4-suspeitos.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

PINHO, Ana Cláudia. Como dever de ofício, juízes devem ouvir a Constituição, e não a "voz das ruas". **Conjur**, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/ana-pinho-juizes-devemouvir-constituicao-nao-voz-ruas>. Acesso em: 4 jan. 2021.

PITOMBO, Antônio S. M. **Imparcialidade da Jurisdição**. São Paulo: Singular, 2018.

QUETELET, A. Sur l'homme et le développement de ses facultes. 1835. Paris: Fayard, 1891 [Física social o Ensayo sobre el hombre y el desarrollo de sus facultades]. **Revista española de investigaciones sociológicas**, n. 87, p. 305-324, 1999.

QUINET, Antonio. O número um, o único. In: QUINET, Antonio. **Na mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos**. Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

_____. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Editora Gen Atlas, 2020.

REDE BRASIL ATUAL. **Moro divulgou delação 'fraca' e sem provas de Palocci às vésperas da eleição**, 29 jul. 2019. Disponível em:

<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2019/07/moro-divulgou-delacao-fraca-e-sem-provas-de-palocci-as-vesperas-da-eleicao/>. Acesso em: 4 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **CP 0246643-78.2010.8.19.0001 FM**. Disponível em:

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B8791F30EBC148CC3D5C9CD60A883D3E3FC434366115&USER=>. Acesso em: 10 out. 2020.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, p. 18. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/1203?show=full> Acesso em: 20 jan. 2021.

SÁ. Tereza. Lugares e não lugares em Marc Augé. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 26, n. 2.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo**. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; RANGEL, Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Interceptação das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. **Segurança Pública**. Brasília: IDP, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 11, set./dez. 2012.

_____. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SIGMUND, Freud. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos 1920-1923**. Tradução de Paulo César de Souza. 4ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Processual Penal Português: Noções Gerais: Sujeitos Processuais e Objecto**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SMITH, Adam. **A Mão Invisível**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Camonhia das Letras, 2013.

STRECK, Lenio. **Precisamos falar sobre direito e moral**. Florianópolis: Tirant Lo blanch, 2019.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y motivación. **Jueces para la democracia**, Madri, v. 59, p. 71-79, jul. 2007.

THE INTERCEPT BRASIL. **Como e por que o intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro**, 09 jun. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>. Acesso em: 3 out. 2010.

_____. **Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept**, 12 jun. 2019. Disponível em:

<https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>

Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Sergio Moro, Polícia Federal, Lava Jato**, 19 out. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/10/19/sergio-moropolicia-federal-lava-jato/> Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Deltan – Senado Candidato**, 03 set. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/09/03/deltan-senado-candidato/>. Acesso em: 20 set. 2020.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. 1. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1956.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

WARAT, Luís Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. **Revista Sequências: Estudos Jurídicos e Políticos**, UFSC, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1566>
Acesso em: 10 out. 2020.

_____. **Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WEBER, Max. **Law in Economy and Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1934.

_____. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusosofia Press, 2010.

WINTER, Lorena Bachmaier. **Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados**. Espanha: Thomson, 2008.

YOUTUBE. **Sergio Moro em 2017**: "Não seria apropriado da minha parte postular qualquer cargo político", 01 nov. 2018. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=HlrPS0IFDo8> Acesso em: 30 ago. 2020.