

Introdução à História das ideias do Processo Penal Brasileiro

Augusto Jobim

Revista História

Cite this paper

Downloaded from [Academia.edu](#) 

[Get the citation in MLA, APA, or Chicago styles](#)

Related papers

[Download a PDF Pack](#) of the best related papers 



[Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificaçã...](#)

Augusto Jobim

[O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO GARANTIA EXCLUSIVA DA PESSOA: POR UMA TEORIA DOS R...](#)

Leonardo C De Paula

[Texto 2 - Aula 23/09](#)

Antonio E R Santoro

Introdução à História das ideias do Processo Penal Brasileiro

Augusto Jobim do Amaral*

RESUMO: Qualquer abordagem que se queira minimamente responsável e condizente com o tamanho desafio de avançar sobre o terreno da história das ideias processuais penais, em especial na esfera brasileira, deve perseguir com afinco as configurações que se espreitam no modo de pensar inquisitivo e que conduzem o discurso penal. Para tanto, o ensaio inverte alguma simplificante linha do tempo para serem colocados dois níveis de análise: o primeiro, diretamente ligado ao antecedente legal italiano inspirador do Código de Processo Penal Brasileiro, com força de já antecipar e fincar o ponto de observação para, daí sim, no segundo momento, poder retroceder e apontar como se desenrolou a tradição processual penal brasileira até o momento.

Palavras-chave: História das Ideias, Processo Penal Brasileiro, Inquisitorialismo.

Abstract: A conscious and responsible approach to the challenge of advancing on the ground of criminal procedural history of ideas, especially in Brazil, should pursue the settings that are hidden in the way of thinking and questioning leading criminal speech. For this purpose, the essay goes beyond a simple timeline to put two levels of analysis: first, directly connected to the Italian legal history which inspiring the Brazilian Criminal Procedure, anticipates and fixes the vantage point, then, in the second time, to be able to point out how the Brazilian criminal procedure tradition unfolded so far.

Keywords: History of Ideas, Brazilian Criminal Procedure, Inquisitorialism.

1. Breve Apresentação Histórica do Processo Penal Brasileiro

O disfarce do estilo autoritário ao longo da história processual penal tem grande profundidade e a metástase das antigas práticas possui os portões abertos. Para que iniciemos a análise das inspirações do trajeto nacional, antes, nada há por duvidar acerca da ode ao modelo processual penal italiano de 1930, que se afirma largamente no Código de Processo Penal (CPP) Brasileiro de 1941. Nem mesmo seria necessário lembrar algumas filigranas da tradição totalitária que pode acompanhar o processo italiano já de algum tempo.

* Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Universidade de Coimbra – Portugal); Mestre e Especialista em Ciências Criminais (PUCRS), Professor do Departamento de Direito Penal e Processo Penal da PUCRS.

Deve-se ressaltar que há mesmo um antecedente italiano ao próprio monumento da época pós-inquisitorial, como assevera Cordero. Mania esta de “sistemas mistos” que teimará carregar o embuste de um *“gesto garantistico, gusto dell’ordigno complicato, eclettismo elusivo, fondo inquisitorio”*.¹ Antes da *simbiose monstruosa* do Código Napoleônico de 1808 (Code d’instruction criminelle)², há um código expedido em Milão, em 1807, confeccionado por Giandomenico Romagnosi (ícone de um momento *sui generis* de viragem do discurso dito clássico para a aurora do viés positivista na ciência criminal) – a bem que se diga, projeto apresentado a *“Eugenio Napoleone di Francia, Vicerè d’Italia, Principe di Venezia, Arcicancelliere di Stato dell’Impero Francese”*. Referido na abertura da obra que, quando o Código foi conhecido em França, Cambacères, além de ficar maravilhado com o trabalho do autor, dissera que, de fato, os italianos haviam criado um código perfeito. Ademais, via-se na apresentação do projeto (algo como que a exposição de motivos feita por Luosi) claramente o ranço da *defesa social*:

*“Coloro i quali profondamente meditarono sulla natura delle umane istituzioni, avendo ravvisata nel delitto una violazione dei patti fondamentali della unione civile, giustamente riguardarono l’uomo che la commise, come costituito in istato di guerra contro l’intera società. Quindi posero in chiaro lume e giustificarono la necessità della ‘coercizione’, cui la forza pubblica debbe assoggettar l’autore del delitto.”*³

Avançando ao século XX, poder-se-ia dizer, de maneira esquemática, que desde março de 1915, já se instaurara na Itália uma comissão para propor reformas ao código de 1913 (vigente em 1º de janeiro de 1914). Mas foi apenas dez anos

¹ CORDERO, Franco. “Strutture d’un Codice”. In: *L’Indice Penale*. Rivista fondata da Pietro Nuvolone. Anno XXIII. Padova: CEDAM, 1989, p. 20.

² Cf. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986, pp. 68-74 e CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Settima edizione. Milano: Giuffrè, 2003, 59-67.

³ ROMAGNOSI, G. D. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D’Italia con aggiunte e riforme al medesimo G. D. Romagnosi*. Terza Edizione – accresciuta dall’autore di vari articoli sulla giurisprudenza positiva penale. Prato Nella Tipografia Guasti, 1836, pp. V e XIII.

depois, precisamente, em 24 de dezembro de 1925, que o parlamento concede a Alfredo Rocco, constitucionalista do incipiente regime fascista, carta branca para propor uma contrarreforma orgânica. *A mais fascista das reformas*, como assevera Bettiol, usou da estrutura autoritária em vigor para retomar a larga tradição do sistema processual misto, cujos precedentes, sabe-se, fazem retomar ao *ancien régime* de Luís XIV. Abolidas as tendências liberais do Código de Processo Finocchiaro, as provas utilizáveis para os fins da sentença dos debates são recolhidas em segredo e sem o contraditório. Com um código não vinculado à atividade das partes, o Presidente do Colégio dispunha de todo meio de prova apto a procurar a “verdade material”, e a função do defensor acaba reduzida essencialmente a argumentar sobre as provas já antes adquiridas na fase de instrução pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução.⁴

Não havia se passado quatro anos da delegação, sai do programa ministerial um projeto da labuta de Vincenzo Manzini, *“penalista dalla mano pesante, (...) nostalgico dei metodi inquisitoriali, uomo d’ordine”*. Marcantemente alheio à intervenção da defesa na instrução, explica Alfredo Rocco, agora Ministro da Justiça, que *“il contraddittorio ripugna ai «principi fondamentali del Regime»”*. A aprovação veio em 19 de outubro de 1930, vigente em 1º julho de 1931, *“Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini hanno soltanto sviluppato in logica quadrata l’assunto criptoquisitorio del vecchio testo, affossando impietosamente quel semigarantismo; non manca una rude moralità nell’operazione: ecco cosa significa ‘processo misto’, a essere coerenti.”*⁵

Com o Ministério Público agigantado, o instrutor quedando-se equiparado ao juiz, os defensores são praticamente alijados do processo, a detenção preventiva

⁴ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pílares, 2008, p.173.

⁵ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, pp. 99-100.

alheia a qualquer termo final, que “*spira autoritarismo fobico*”.⁶ Tudo tão grave e ferozmente contrário às garantias, centrado no labor oculto dos instrutores, com recursos limitados e nulidades absolutas eliminadas, que as próprias Cortes exitaram em aplicá-lo entre 1930/1940. Dirá Carnelutti que “*nem sua diretriz espiritual nem sua estrutura técnica estão à altura de uma verdadeira civilização*”.⁷

Sobrevive além do seu regime político, só vindo a ser algo reformado em 1955, passando a década de sessenta sob a base de microrreformas na linha “inquisitorial com garantias”, até um modelo pouco menos imperfeito vigente desde 24 de outubro de 1989.⁸ Mesmo que não seja local apropriado para examinar o modelo italiano atual naquilo que interessa propriamente à produção da prova, há de se consignar que com poucos anos de vigência o novo código vem sofrendo reformulações parciais e inúmeras polêmicas interpretações, principalmente quanto à captação da prova durante o julgamento sem o devido contraditório e sem a preservação da oralidade e publicidade. Considerando este mote que vem a orientar o novo diploma, parte da doutrina afirma que se vive a estranha situação de se ter passado de um *garantismo inquisitório*, criado a partir das decisões da corte constitucional adaptando velho código Rocco, a um *acusatório não garantido*.⁹ É sobre esta inspiração da década de 30 que um regime de mesmos ares no Brasil implementa o novo código de processo penal.

O Código italiano de 1930 faz parte daquilo que é costume chamar de *legislação penal Rocco*, não apenas pelo nome do Ministro da Justiça que a inspirou, Alfredo Rocco como dito, mas de Arturo Rocco, chefe da Escola Penal

⁶ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, pp. 84-87.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 1. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 60.

⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 69.

⁹ PERCHINUNNO, Vincenzo (a cura di). *Percorsi di Procedura Penale: Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996, p. VII.

Técnico-Jurídica, que lhe dirigiu os trabalhos. Mas são sobre as folhas do *Tratatto* de Vincenzo Manzini que as razões orientadoras deste influxo se fazem claras. Na esteira do prólogo da tradução em espanhol de Alcalá-Zamorra y Castillo,¹⁰ aliado à tendência antidemocrática escancarada no *Tratatto*, mesmo sendo obra de reconhecida riqueza informativa, um sentimento muito perceptível se extrai do escrito: o espírito antifilosófico o autor¹¹. Certamente o olímpico desprezo pela filosofia jurídica é ponto privilegiado de notar, o que descortina algum sentido da irmandade com Arturo Rocco, um dos representantes maiores, do início do século XX, da chamada reação tecnicista do direito aos influxos positivistas, e irmão do Ministro Alfredo Rocco.¹² Para além da crítica que se resume a duas linhas numa nota de rodapé ao livro célebre de James Goldschmidt sobre *O Processo como Situação Jurídica (Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925), de enorme importância e demolidora em vários aspectos da concepção clássica de Oscar Von Bülow¹³ do processo como *relação jurídica*¹⁴; a

¹⁰ ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto. Prólogo “Vincenzo Manzini – Nota Bio-Bibliográfica”. In: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996, p. XVI.

¹¹ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931, p. 63.

¹² A transição do discurso da Escola Positiva ao modelo da Nova Defesa Social pode ser visualizada em dois momentos históricos diversos e complementares: a prolusão Sassarena de Rocco de 1930 e o Programa de Marburgo de Liszt de 1882 (cf. LISZT, Franz Von, *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998). Na Itália, o movimento de ruptura e reação à concepção naturalística do modelo substancialista racista para se resgatar aquilo que de “jurídico” havia na ciência penal é claramente representada no *tecnicismo* iniciado por Arturo Rocco. Aproveitando-se da perda de legitimidade do discurso etiológico no âmbito das ciências penais na primeira quadra do XX, o autor define com nitidez o local discreto e auxiliar da criminologia, porém eficaz, atuando na justificação da pena. Propondo a reunificação das matérias, porém agora com o saber criminológico subordinado, dotado de auxiliaridade e atuação institucional no âmbito dos cárceres e manicômios para o estabelecimento de diagnósticos da delinquência individual. Serviria, assim, a criminologia para justificar a estrutura do direito penal, sobretudo os fins estabelecidos por ele às penas, fornecendo munição para uma profilaxia criminal (cf. ROCCO, Arturo. *El Problema y El Método de la Ciencia del Derecho Penal*. Segunda reimpressão de la tercera edición. Bogotá: Temis, 2009).

¹³ Ainda que se possam encontrar antecedentes remotos da *teoria da relação jurídica* em juristas alemães como Bethmann-Hollweg, ou nos juristas italianos medievais como Búlgaro e seu *actum trium personarum* (ARAGONES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. 2ª ed.. Madrid: Edersa, 1997, p. 206) foi Bülow que a racionalizou na sua obra clássica *Processeinreden un die Prozessvoraussetzungen*, publicada em 1868. Salutar para a pretensão de autonomia da ciência processual com o avanço da dogmática – não será à toa a dedicatória do autor à Rudolf Jhering –,

filosofia é reduzida a simples pensamento lógico auxiliar ao processo penal. Quanto aos princípios fundamentais de direito processual penal, segundo Manzini, meros produtos históricos e fruto do pensamento prático, *“non furono mai, ed è augurabile che mai abbiano ad essere, creazioni filosofiche”*. Não será à toa que todo o trabalho de questionamento filosófico que possa pôr em xeque qualquer *sentido*, ademais quando falamos de um dos pilares jurídicos do fascismo, é considerado inútil para o direito: *“tutto il lavoro della filosofia è consistito in giustificazioni e in spiegazioni, diverse secondo le diverse scuole, completamente inutili per il diritto (...), ma altresì dannosa per la scienza del diritto.”* O desenvolvimento da ciência jurídica, segundo o professor, não poderia ser outro senão aquele vinculado ao direito positivo, de outro modo, a filosofia é tornada prejudicial, pois *“devia il pensiero giuridico (...), annebbiandolo, verso astrazioni vane o insidiose”*. Ao menos, não se poderá acusá-lo de desonestidade, porque à pergunta central “por que punir?”, que poderia encobrir as mais diversas maquiagens totalitárias sob os auspícios da benevolência, ele dá uma resposta direta, bem afeita a quem interessa defender um estado de coisas num regime autoritário, mas que sinaliza – ao bom leitor isto bastará – o lugar ou mote sensível a ser surpreendido incansavelmente em todo sistema processual: *“perchè si punisce? Si punisce per difendere l’ordine giuridico.”*¹⁵ Com uma curta frase ele desmonta, com honestidade (perversa) inigualável, qualquer dúvida sobre a utilização de termos aptos a encobrir a pura violência instalada no poder punitivo, algo que às avessas por outro lado, como se

assentando a independência, a publicidade e a autonomia da relação jurídica processual, como conjunto de direitos e obrigações recíprocas entre Estado e cidadão, contendo sujeitos, objeto e pressupostos diversos daqueles vínculos estabelecidos no direito material (BÜLOW, Oscar von. *Excepciones Procesales y Pressupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, pp. 01-17). Apenas trafegando por estas lições é que se poderá admitir que um réu que não seja mero objeto do processo, tampouco o processo simples meio de aplicação do *jus puniendi* estatal.

¹⁴ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, p. 72, nota 3.

¹⁵ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, pp. 84-85.

examinará em momento adequado, poderá se constituir em premissa a um discurso crítico (e não ingênuo) quanto ao poder de punir. Com sua linguagem autoritária, ele assume, quase em tom confessional, que se pune para defender a ordem jurídica estabelecida e nada mais – ordem estava posta pela “consciência e coletividade da classe dominante”. Todo o palavreado justificativo ou de fundamentação da pena deve se perder por aqueles dispostos a limitar a pulsão inquisitorial contida em cada sistema jurídico-penal.

A parceria com o Ministro Rocco, sem esquecer a intensa cooperação, na elaboração do Código de 1930, de Ugo Aloisi e Carlo Saltelli¹⁶, rende um prefácio ao *Tratato* de um valor histórico inestimável. Aos interessados em ver o que se vincula e o que serve ao ideário copiado pelo código brasileiro e que, em matéria principalmente de *gestão da prova*, apenas teve seus problemas aprofundados, seu exame se torna imprescindível. Dirá Alfredo Rocco, ministro da Justiça de Mussolini à época:

“È tradizione vecchia che nel presentare un nuovo libro, si dica partitamente del suo contenuto. (...) [Sobre a coloração de Manzini no Código de 1913] Avevano allora incontrastato dominio quelle ideologie demo-liberali che, attraverso la debolezza degli ordinamenti processuali, posero la giustizia penale in balia delle parti. Il Manzini, tra i pochissimi, reagì contro quelle tendenze. Ricordo con vivo compiacimento che egli fu forse il primo a insorgere contro quel principio della presunzione d’innocenza dell’imputato, che tanto è stato sfruttato nelle aule giudiziarie a danno della giustizia penale”¹⁷.

¹⁶ Para um maior acompanhamento do processo legislativo e da própria redação do Código: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, p. 96, (em especial nota 2).

¹⁷ ROCCO, Alfredo. “Prefazione”. In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, pp. IX-X. Ver ainda, sobre o espírito orientador que viria a conduzir o código de processo penal não só da Itália, mas do Brasil incluso, acerca da *liberdade individual como uma concessão do Estado* em MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Volume Primo, p. 183, nota.

A fragilidade, afirma, estava presente na justiça criminal, até a insurgência da virtude de Manzini na formulação de um código rigoroso, ao menos em dois pontos básicos: que não deixasse à mercê das partes o processo penal, quer dizer, que centralizasse na figura do magistrado e em sua voluntária, vigorosa e incisiva intervenção capital; e a menosprezo à presunção de inocência que tanto dano à justiça já havia acarretado, segundo o Ministro.

2. Para uma Genealogia do Processo Penal Brasileiro

O trabalho hora delongado acerca da análise histórica na formação de uma determinada forma de pensamento jurídico, por certo carrega consigo algumas ideias procedimentais básicas já perceptíveis. A singularidade dos acontecimentos demanda uma minúcia do saber; exige, em outros termos, paciência. Se quisermos, podemos chamar este processo de genealógico, que se opõe radicalmente, como diz Foucault, na esteira de Nietzsche, à pesquisa da origem (*Ursprung*).¹⁸

Desta forma, o foco vai ao encontro daquilo que se poderia chamar, sob o ponto de vista hegemônico na doutrina, da nossa independência processual penal, que, simultaneamente, diz respeito à história de nossa própria independência política. Não que seja ignorável a tamanha tradição dos povos que habitavam o Brasil, perto de dois milhões quando aqui os portugueses chegaram. Apenas por questão estratégica e por dispersar por demasiado o enfoque do trabalho, o período indígena não permite ser apurado, desde o genocídio perpetrado nesta quadra de

¹⁸ FOUCAULT, Michel. "Nietzsche, a genealogia e a história". In: *Microfísica do poder*. MACHADO, Roberto (org. e trad.). Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 16. Cf., ademais, MARTON, Scarlett. "Foucault leitor de Nietzsche". In: *Extravagâncias: Ensaio sobre a filosofia de Nietzsche*. São Paulo: Discurso; Ijuí: UNIJUÍ, 2001 e MARQUES, António. *A Filosofia Perspectivista de Nietzsche*. São Paulo: Discurso; Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

nossa histórica política e social desde o ciclo das grandes navegações¹⁹. Aspectos de uma sociedade em que a ausência de distinção entre um direito penal e um direito civil punha-se envolvida numa concepção de organização social e econômica coletivista.

Portugal, por sua vez, de alguma maneira, como é sabido, nasce da obstinação de resistência aos árabes que em 714 invadem a península, desmembrando-se, em 1139, do Reino de Lião. A influência germânica e moura num incipiente processo penal se faz sentir, contudo, tratando-se de um processo público e oral, aos poucos migrando para a forma escrita.²⁰ Convém frisar que os visigodos dispuseram de legislação própria, aplicável ao seu povo (*Código de Eurico* e, posteriormente, *Código de Leovigildo*) enquanto os hispano-romanos submetiam-se ao outro regime (Breviário de Alarico), até que em 654 promulgou-se um novo código unificando a legislação (*Código Visigótico, Liber Iudiciorum* ou *Fuero Juzgo*).²¹

No período colonial brasileiro, antecipe-se, foram as Ordenações Filipinas, editadas em 1603, as que tiveram maior aplicação no território Brasileiro. Vale dizer que, em Portugal, no reinado de Afonso IV, na batalha de Rio Salado (1340), os mouros foram definitivamente banidos do território lusitano, produzindo profunda alteração na ordem jurídica processual penal. Antes disso, porém, foi o primeiro Rei a conceber leis gerais para o processo penal. Já havia instituído *juízes de fora* ou *juízes por el-rei* para residirem no local por certo tempo e não corregedores

¹⁹ Cf. DUSSEL, Enrique. *1492: El encubrimiento del Otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*. Madrid: Nova Utopía, 1993. Sobre uma histórica alargada, porém profunda da formação do continente latino-americano desde a colonização até o contemporâneo despojo, ver GALEANO, Eduardo. *Las Venas Abiertas de America Latina*. Segunda edición – Tercera reimpresión. Madrid: Siglo XXI, 2005.

²⁰ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume I. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 61-71.

²¹ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 2ª ed.. São Paulo: IOB Thomson, 2004, pp. 25-31 e BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, pp. 75-81.

ambulantes. Entretanto, com relação ao processo penal, a primeira delas, editada em 02 de dezembro de 1325, foi sobre as *inquirições devassas*. Foi a *inquirição devassa* que, favorecendo os progressos do processo secreto, dispensando o concurso das partes e mesmo do acusado, tornou-se depois o instrumento de todo o processo criminal *ex-officio*.²²

Sob um rápido resumo, o período que consideramos correspondente aos reinados de D. Afonso III, D. Diniz, D. Afonso IV, D. Pedro I e de D. Fernando, abrangendo, portanto, a metade do século XIII e quase todo o século XIV, quando se operou enorme transformação no Direito Processual (Penal e Civil), pode ser caracterizada da seguinte forma, por inspiração do Direito Romano e também do Código Visigótico:

“a) predomínio progressivo das leis gerais sobre o costume e o Direito foraleiro; b) aperfeiçoamento da justiça régia, quer na corte, quer através dos magistrados de jurisdição local; c) regulamentação legislativa do processo e diferenciação entre processo civil e processo penal, sob a influência do Direito Romano-Canônico, implicando a redução a escrito das peças processuais e a organização dos recursos; d) prosseguimento da luta contra a vingança privada; e) limitação das jurisdições senhoriais.”²³

Em especial, quanto à prova, nada dista do contexto geral da época: a inquirição feita pelo juiz acerca do fato. Se ele entendesse provada a acusação, ou se da prova se extraísse forte presunção de culpabilidade, podia submeter o réu a *tormento*, meio pelo qual poderia se extrair a confissão.²⁴

No reinado de Afonso V, sob a regência do Infante D. Pedro, provavelmente em 1446 ou no ano seguinte, foram editadas as *Ordenações Afonsinas*. Obra dos

²² ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 98-102 e PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 45 e 48.

²³ CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Tomo I (1140-1495). Lisboa-São Paulo: Verbo, s.d., p. 359.

²⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, p. 51.

romanistas João Mendes (Livro I) e de Ruy Fernandes (demais Livros), a codificação tratava no seu livro V dos delitos, das penas e do processo penal, em especial no Título IV, aludindo-se não só à acusação do Direito Romano como também, novamente, às inquirições secretas (*devassas*) do Direito Canônico.²⁵

Após o advento de leis esparsas, aparecem as *Ordenações Manuelinas*, em 1521, em que se ratificava a jurisdição da realeza. Aparece a previsão do Promotor de Justiça (livro I), a extinção dos juízes e foros especiais para mouros e judeus que foram obrigados à conversão (Livro II) e o acento nas formas escritas dos procedimentos. Finalmente, em 1603, passaram a vigorar as *Ordenações Filipinas*, após a morte do Rei Cardeal D. Henrique e sua sucessão pelo Rei espanhol Filipe II de Castela (Felipe I em Portugal) que pouco alterou a anterior legislação. Prevaleceram ainda, por força do Rei D. João IV, que as revalidou em 1643, mesmo depois do jugo espanhol.²⁶ Vemos, segundo Almeida Júnior, agora consolidada a *nominis delatio* do processo romano, isto é, a fórmula pela qual o acusador nomeava o acusado, qualificava o crime e estabelecia as questões do processo, foi pouco a pouco ficando a cargo do juiz até se transformar na sentença de pronúncia do juiz sobre a *devassa*.²⁷

Assim, a importância que para nós assume está na razão direta da aplicação delas em terras brasileiras. Embora formalmente as *Ordenações Manuelinas* e as compilações de Duarte Nunes Leão vigerassem à época das capitânicas hereditárias e do primeiros governos gerais, em realidade, o direito empregado ficava quase ao arbítrio exclusivo dos donatários. Assim, foram as *Ordenações Filipinas*, como dito,

²⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 52-55 e ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 109-121.

²⁶ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 122-139 e PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 55-67.

²⁷ Sobre as *devassas*, cf. ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp., 132-134.

que tiveram maior aplicação no Brasil, passando a vigorar mesmo depois da independência pela Lei de 20 de outubro de 1823. Naquilo que elas não tivessem sido revogadas pelo Constituição de 1824, alcançou a disciplina do processo penal até a promulgação do Código de Processo Criminal do Império em 1832.²⁸

Se a grande parte da legislação penal e processual penal que vigorou no Brasil até a independência se encontrava nas *Ordenações Filipinas*, principalmente no *livro V*, a Constituição do Império, outorgada pelo Imperador trouxe, em seu artigo 179, dividido em 35 pontos, a *inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, o que apresentava significativas garantias do espírito liberal que impregnava o século XIX, preceitos e princípios garantidores de um processo penal antagônicos à legislação da antiga coroa. O que apenas veio se confirmar com as Decisões nº 78 (de 31 de março de 1824) e nº 81 (2 de abril de 1824) do Governo impondo, respectivamente, o dever ao juízes de fundamentar as decisões e as declarações de incompetência para julgar àqueles que funcionassem na fase de *devassa*.²⁹

O salto foi grande para sair do acentuado ranço inquisitorial que emanava do *Livro V*. Para alguns, um momento único do saber jurídico e do espírito liberal que caracterizavam a intelectualidade da época. Para Frederico Marques, não com uma dose de exagero para com o futuro da legislação processual penal, síntese de anseios humanitários e liberais que palpitavam, segundo o professor paulista, *“graças a êle, perdurou, nas leis nacionais, um acentuado espírito anti-inquisitorial que nos preservou o processo penal, de certos resíduos absolutistas, que ainda*

²⁸ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 140-155.

²⁹ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 156-173 e PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 81-87.

existem nos códigos europeus".³⁰ Ao lado também dos elogios, as críticas, como escreve Pierangeli, versavam sobre a benevolência com os acusados e o excesso de garantias que obstaculizavam a perseguição aos delinquentes.

Independente disto, todo o aporte crítico deve ser analisado também de acordo com o momento histórico vivenciado. Certa a ingerência do aporte iluminista, sinais que se faziam sentir na elaboração da Constituição do Império, bem como no Código Criminal de 1830, o que fez atenuar a influência do Código Napoleônico em alguma medida. As influências das ideias dos mestres de Coimbra³¹, Pascoal José de Mello Freire³² e de Antônio Ribeiro dos Santos (sem antes lembrar que estamos no século de *Bentham*³³), representam bem este estado de coisas. Os escritos de ambos e principalmente as suas polêmicas ganharam enorme projeção entre os alunos conimbricenses, muitos dos quais vieram a compor as câmaras legislativas que elaboraram o Código de Processo Criminal. Ribeiro dos Santos, de conteúdo muito mais liberal (suas lições datam do último cartel do século XVIII, sob os auspícios dos arautos da revolução francesa), criticava, em suas *Notas ao Novo Código*, a redação da nova legislação, pois haveria descuidado Mello Freire da forma legislativa, escrevendo o Código cuidando apenas do aspecto doutrinário como se fosse preleção acadêmica. Vale ressaltar, profundamente, o manifesto temor de Antônio Ribeiro dos Santos a respeito da excessiva concentração de poderes na mão do juiz presente na legislação.³⁴

³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I. São Paulo: Forense, 1961, p. 96.

³¹ Sobre a formação do Estado-nação brasileiro e a contribuição dos egressos de Coimbra: GAUER, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-nação no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001.

³² Sobre o seu pensamento penal, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*. Buenos Aires: Ediar, 1987, pp. 111-114.

³³ BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume II (Séculos XIX e XX). Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990, pp. 59-95.

³⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 93 (nota) e 94.

Não se pode perder de vista, assim, a intensa concentração de poderes nas mãos dos juízes de direito, municipais e de paz, que ali vinha prescrita. Encarregados, mais, ao lado da *ação penal particular* (privada), da *ação penal popular* (realizada por qualquer um do povo *ut civis*), da *ação penal pública* e das *denúncias policiais*, de desencadear a ação penal sem nenhuma provocação (*ação penal ex officio*).³⁵ Talvez algum entendimento disto possa se retirar a partir da orientação do gabinete de elaboração do novo Código. Havia a linha conservadora dos *caramurus*, restauradores que postulavam o retorno de D. Pedro I (D. Pedro IV em Portugal), todavia, ainda que no poder estivessem os liberais, eram aqueles os moderados chamados *chimangos*, que se encontravam na posição de mando depois da abdicação. A ala mais exaltada do Partido Liberal (*jurujubas*), de enorme força na queda do Imperador, encontrava-se fora das decisões governamentais.

A mais, isto se refletiu de forma saliente nas formas procedimentais. Aqui a força do paradigma napoleônico em matéria processual penal se fez sentir forte. Ainda que de conteúdo muito mais liberal, “*adotou o procedimento misto ou eclético, muito embora o submetesse à regra da inquisitividade*”,³⁶ o que por inércia, mesmo com a separação formal em face do queixoso, levasse o juiz a toda uma atividade discricionária. Ressalta Pierangelli, desde a lavra de Joaquim Canuto Mendes de Almeida:

*“Se ao promotor cabia realizar a denúncia, se qualquer pessoa do povo podia, outrossim, denunciar, se o ofendido podia apresentar sua queixa, esses atos – denúncia e queixa – representavam com relação ao sumário de culpa meros impulsos ao funcionamento inquisitório do juiz, quando a espontaneidade não se tivesse revelado. A discricção do juiz era tal que seus despachos a pedido das ‘partes’, nos atos de formação de culpa, não cabia recurso algum.”*³⁷

³⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 101-111.

³⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 96.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 97.

Com a edição da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, o procedimento torna-se mais rigoroso. O Código de Processo Criminal estabelecia que a polícia estava afeta a uma autoridade local: o juiz de paz, ao qual se atribuía as funções de polícia preventiva e repressiva, informativa e probatória. Com a modificação, houve uma centralização das atividades policiais sob o comando do Ministro da Justiça, formando-se um verdadeiro exército de funcionários hierárquicos responsável, dentre outras funções de polícia judiciária, por prender os pronunciados e julgar os crimes dentro de sua alçada. A atividade de polícia se tripartia em funções de polícia administrativa, polícia judiciária e atividade de polícia propriamente dita, passando a vigorar um “*policialismo exagerado (...) fortalecendo, com isto, o reacionarismo político*”.³⁸ A que se destacar, como ato paralelo ao gabinete conservador que se compôs, um sensível crescimento do Ministério Público. Como titular da ação penal (art. 222 do Regulamento nº 120), também lhe foi outorgada remuneração por produtividade, de acordo com oferecimento de libelo, arrazoados escritos e sustentação em júri. Antes nomeados por três anos pelo Imperador ou pelo presidente da província, sob lista tríplice das câmaras municipais, com a Lei nº 261, serviriam até o Imperador mandar, dispensada a lista das casas locais; estabelecendo, ainda, que haveria um promotor em cada comarca. Que não se perca a situação, reinante no início do segundo Império nas províncias, de profunda crise política e a necessidade de repressão, vejam-se os casos da *Cabanagem* (no Pará), a *Balaiada* (no Maranhão), a *Sabinada* (na Bahia), o *Conflito de Alagoas*, a *Revolução Liberal* (São Paulo) e a *Guerra dos Farrapos* (Rio Grande do Sul).³⁹

³⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, p. 98.

³⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, p. 136.

A observação do deputado Álvares Machado, mais válida que nunca, quanto àquela transmutação profunda, não apenas à época, cuja reprodução é merecida, teria espaço frente à falta de lucidez (ou interesse?) em matéria penal que teima pairar pelas casas de representação legislativas pelo país:

“parece que meus colegas entendem que, restringindo liberdades evitarão crimes e desordens. Por ventura, o Liv. V das Ordenações, apesar das penas e dos castigos horrorosos, evitou aquêlê caso de tentativa de morte contra a pessoa sagrada Del Rei D. José? Evitou a prática de crimes comuns? Evitou a nossa Independência e o nosso sistema liberal?”⁴⁰

Muito embora, desde 1871, tivesse ganho espaço a reforma da legislação processual anterior,⁴¹ proclamada a República, o influxo das mudanças políticas se acelerou. Moldado pelo sistema federalista, de inspiração norte-americana ao exagero, que deferiu também aos estados membros, para além da União, a competência para legislar sobre matéria processual penal e civil (art. 34 § 23), quebrou-se a unidade processual pela Constituição de 1891, ainda que limitada pelas revigoradas garantias já existentes (art. 72, em especial o § 22, com o *habeas corpus* ampliado e com status de preceito fundamental). A arquitetura adotada de descentralização excessiva contribuiu para que se estabelecesse uma diversidade

⁴⁰ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 180.

⁴¹ Antes da promulgação da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, houve uma série de Decretos, a saber: o Decreto nº 1.723 de 1856 que dele se extrai a necessidade do tratamento de “*Excelência*” que deveria ser dispensado aos promotores das *Relações* (equivalente hoje aos Procuradores de Justiça) e a independência funcional para requererem o que lhes apresentasse, um passo importante de independência funcional; e os Decretos nº 2.423 e nº 2.438 ambos de 1859, que regulavam parte do Código em vigor. Se se tinha como base de apoio incontestável o Projeto José de Alencar de 1869, como assevera Almeida Júnior (ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, pp. 195-211), não se pode negar, como faz Pierangeli doutro modo, que a reforma de 1871 apenas vingou pela manifestação favorável de D. Pedro II (PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal*, pp. 141-144). A Lei nº 2.033 regulamentada pelo Decreto nº 4.824 de 22 de novembro do mesmo ano iniciou uma nova fase na História do Processo Penal no Brasil, pois grande parte do período republicano estruturou-se ali. Em seus 30 artigos, destaque todo especial, além da ampliação da atuação do promotor público, para a criação do inquérito policial, ainda, mais ou menos, nos moldes do atual código de processo penal de 1941. Assim, “*a república ao ser proclamada veio encontrar regulamentado o processo penal.*” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, p. 101).

de sistemas o que, sem dúvida, dificultava a aplicação da lei penal. Ademais de assegurar a ampliação dos casos de fiança, a plenitude de defesa, a inviolabilidade do domicílio e correspondência, direito de reunião e demais direitos individuais especificados na carta republicana, resguardou-se, na Justiça Federal, a criação ano antes do Supremo Tribunal Federal (Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, havendo sido instalado com sessão plenária em 28 de fevereiro de 1891⁴²). Nesta jurisdição, não havia polícia judiciária com direito de iniciativa no procedimento, muito menos com função decisória.⁴³ Resume Frederico Marques a sistemática até então no processo penal pátrio:

“Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração ou formação da culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns e de responsabilidade, com plenário posterior à formação da culpa; inquérito policial servindo de instrumento de denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; o processo especial estabelecendo desde logo a plenitude de defesa nos crimes comuns; a propositura e titularidade da ação penal, de acordo com o que dispunha o art. 407, do Código Penal.”⁴⁴

Com o fim da chamada *República Velha*⁴⁵ pela mudança política radical que se estabeleceu com uma *pseudo-Revolução Liberal*⁴⁶ perpetrada pelas forças de Getúlio Vargas em 1930,⁴⁷ encontrando-se o pluralismo processual em pleno

⁴² MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)*. STF: Brasília, 2007.

⁴³ ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, p. 220.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, p. 102.

⁴⁵ Cf. FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 4ª ed.. São Paulo: Globo, 2008, pp. 503-738.

⁴⁶ De espinha militar, o Estado forte-orientador ali nascido, não tinha qualquer preocupação com a transferência de poder às camadas médias e populares. Cf. FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*, pp. 776-777) e, ainda, sob a ótica constitucional, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 331.

⁴⁷ Sem esquecer o episódio do assassinato de João Pessoa em 26.07.1930, que mobilizou a oposição em prol de uma “revolução” e deflagrou o movimento militar iniciado no Rio Grande do Sul, Barroso refere dois aspectos fundamentais a ensejar a ruína da *República Velha*: o domínio das oligarquias e a fraude eleitoral institucionalizada. Lembra ainda a grave crise econômica de 1929

funcionamento, a nova ordem golpista não se preocupou com a reforma da legislação processual penal, tanto assim que nomeou no mesmo ano uma subcomissão para reformar o Código de Processo Penal do Distrito Federal. Foi a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934, na perspectiva de um Estado Social de Direito, com forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919 – sem poder esquecer é claro a representação classista do Parlamento, quer dizer, a eleição de parte dos representantes para a Câmara dos Deputados pelas organizações profissionais (representação corporativa usada na Itália fascista de Mussolini) – e evidenciando os ditos direitos fundamentais de segunda geração (“sociais”)⁴⁸ que pôs fim ao sistema pluralista (art. 5, inciso XIX, alínea a). Dispunha ainda, o artigo 11 das *Disposições Transitórias*, a organização de uma comissão para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. Entregue o trabalho para comissão formada por Bento Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira, trabalho que ficou conhecido, ao final, por *Projeto Vicente Ráo*, Ministro da Justiça na época. Se tivesse entrado em vigor traria como principais inovações a criação do *juizado de instrução* com a supressão do inquérito policial. Isto não se deu em função de novo golpe e a instalação da ditadura do chamado *Estado Novo*⁴⁹. A outorgada Carta

(“Grande Depressão”), uma pequena burguesia em ascensão, o *Tenentismo* (movimento contra o regime oligárquico que dirigia o Brasil) e o surgimento de uma classe operária descontente em razão do processo de industrialização estimulado pela Primeira Guerra (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54). Cf. ainda FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 1º Volume. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 52.

⁴⁸ Sobre o Sentido, a Forma, o Sistema, a Estrutura e a Função dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional do Estado, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 377-409. Ainda, sobre o regime específico dos direitos sociais, ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 383-403.

⁴⁹ Diante de um quadro de forte embate entre uma direita fascista (destacando-se a *Aliança Integralista Brasileira – AIB*) e os ideais socialistas da ANL – Aliança Nacional Libertadora, Getúlio Vargas, “empossado” para governar até 1938, coloca em 11.07.1935 na ilegalidade, com base na Lei de Segurança Nacional, a ANL liderada por Luís Carlos Prestes. Deflagrada a *Intentona Comunista* em novembro de 1935 (insurreição político-militar havida em Natal, Recife e Rio de Janeiro com o apoio do Partido Comunista Brasileiro e de ex-tenentes), o governo Vargas com suporte do Congresso decreta “estado de guerra” instalando um movimento de repressão ao comunismo,

Constitucional de 10 de novembro de 1937 – elaborada por Francisco Campos e apelidada de “Polaca” pela notável influência exercida pela Constituição polonesa fascista de 1935, imposta pelo Marechal Josef Pilsudski, ministro da guerra do *Première Moscick*⁵⁰ –, que dá o golpe ditatorial de Getúlio Vargas, manteve a unidade processual (art. 16, inciso XVI). Não se precisará lançar mãos da leitura de Graciliano Ramos (um dos milhares de perseguidos pelo regime) e suas *Memórias do Cárcere* para se extrair o ambiente inundado de ideais fascistas e antisemitas. A tortura pairava como instrumento de repressão⁵¹ e medidas como a pena de

destaque para a cruel “Polícia Especial”. Em 30.09.1937, diante de um suposto “Plano Cohen” de tomada do poder pelos comunistas, houve um excelente subterfúgio para que, com o apoio das forças armadas, fosse novamente decretado “estado de guerra” pelo Congresso em 10.11.1937. De farta bibliografia sobre o período, pode-se conferir ainda: SILVA, Hélio. *Vargas – Uma biografia política*. Porto Alegre: L&PM, 2004. RIBEIRO, José Augusto. *A Era Vargas*. Vol. I (1882-1950). Rio de Janeiro: Casa Jorge, 2001; CORSI, Francisco Luiz. *Estado Novo: política externa e projeto nacional*. São Paulo: Unesp, 2000 e SKIDMORE, Thomas E. *Brasil – De Getúlio a Castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 36-79.

⁵⁰ Interessante que Francisco Campos preferia chamar o Estado brasileiro à época de *Estado Autoritário*. Mesmo eufemismo que, vale lembrar, os próprios teóricos do fascismo italiano chamavam o Estado mussoliniano (FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 1º Volume, p. 56). Teórico do novo golpe em 1937, segundo Faoro, “armado com a lâmina fascista, temperada em leituras nacional-socialistas”, são sob as ideias de Francisco campos que a contradição do esquema populista autocrático de Getúlio Vargas, de repressão policial e concessões sociais, aparece claramente. A substância do regime do Estado Novo (sedizente “reformista”, ao modelo de Salazar, onde se buscou o nome da nova ordem), o populismo de “favores simbólicos e castigos reais”, estava na figura mítica do chefe carismático. Nele, segundo Francisco Campos (escrito no seu “*O Estado Nacional*”), não há valor algum de verdade, seu valor (pragmático) é de ação: “na medida, pois, em que o mito tem um valor de verdade, é que ele possui um valor de ação (...)”. O centro da integração política estaria no “César que comanda o progresso, prende, demite e pune, com o esquema de Napoleão III repetindo a história.” Assim, o regime político das massas apenas poderia ser a ditadura, “sob a fascinação da personalidade carismática”, forma unívoca de governar que “traduz a vontade mobilizada para a guerra.” (FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*, pp. 788 e 793). Vale lembrar que será o mesmo Francisco Campos que redigirá, para além da Exposição de Motivos do futuro Código de Processo Penal de 1941, o fatídico AI-1, editado em 9 de abril de 1964 pela junta militar que instalou a Ditadura Civil-Militar no Brasil, após do golpe de 31 de março do mesmo ano (cf. GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada: as ilusões armadas*. Vol. I. Companhia das Letras, 2002).

⁵¹ Desnecessário frisar primeiro a aproximação de Vargas à Alemanha de Hitler, somente elidida pela enorme pressão norte-americana no contexto da política internacional; e, no plano interno, a prática sistemática da tortura utilizada como instrumento de repressão, situação simbolizada pela entrega de Olga Benário Prestes, mulher do líder comunista Luís Carlos Prestes, que viria a ser assassinada em um campo de concentração nazista na Alemanha (CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O Anti-Semitismo na Era Vargas*. São Paulo: Perspectiva, 2001).

morte para crimes políticos, a dissolução dos parlamentos e dos partidos políticos, a nomeação de interventores nos estados, foram medidas rapidamente tomadas.⁵²

A Constituição outorgada pelo golpe de 1937 impediu que a aprovação e a discussão do Projeto Vicente Ráo fossem adiante. Entretanto, tendo mantido a unidade processual, o governo pôs-se na contingência de elaborar um Código de Processo Penal para vigorar em todo o país. Para tanto, foi nomeada uma comissão que, antes de se debruçar sobre o novo Código, elaborou um projeto de reforma da instituição do Júri, restringindo a competência e as faculdades do tribunal popular. Transformado em Decreto-Lei nº 167 de 5 de janeiro de 1938, constitui-se no “primeiro diploma de processo penal elaborado para todo o Brasil, após a unificação do direito processual”.⁵³

3. Conclusão: Metástases Inquisitivas do Código de Processo Penal Brasileiro

Finalmente, em 3 de outubro de 1941, pelo Decreto-Lei 3.889, foi promulgado o Código de Processo Penal vigente, produto do trabalho de Narcélio de Queiroz, Florêncio de Abreu, Cândido Mendes de Oliveira, Vieira Braga, Roberto Lyra e Nelson Hungria. Não se precisa ir a fundo na *Exposição de Motivos*, de 8 de setembro, saída no Diário oficial dia 13 de outubro e elaborada pelo Ministro da Justiça de Vargas, Francisco Campos, para dar o tom da nova legislação.

Conhecida e debatida há anos, mas nem por isso desnecessária a lembrança deste verdadeiro libelo do regime político-processual penal que (ainda) vige e que naturalmente retrata, reproduz e retroalimenta a lógica autoritária da mentalidade jurídica no país, alheia às formas constitucionais de 1988. Dirá a *Exposição*:

⁵² Sobre a dita “revolução”, produto do abalo ideológico e das aspirações difusas, sobretudo, a emergência do Estado forte e o chefe ditatorial, cf. todo o período profundamente analisado em FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*, pp. 741-815.

⁵³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I, pp. 104-105.

“de par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus (...) 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 indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.”

Mais adiante:

“é coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do ‘in dubio pro reo’ (...). Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco. ‘Já se foi o tempo em que a alvorçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas.’”

Os ares antidemocráticos nem precisaram ser camuflados ou envoltos nalguma retórica que ficasse ao menos disfarçadamente longe da referência e inspiração pela reforma no famigerado Código Rocco-Manzini da Itália fascista. Quanto às provas, a carta de intenções

“atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução,

*quer ao final, antes de proferir sentença. (...) Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção da atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar ao final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade.*⁵⁴

Vê-se radicalmente o contrário do modelo acusatório, resguardado constitucionalmente que, segundo entendemos, não deve se circunscrever a apenas uma pura presença de partes processuais, mas, sim, trata, perante a titularidade da ação de penal a cargo do Ministério Público, da *gestão da prova* ser função realizada pelas partes, em que o juiz, garantidor do contraditório e da ampla defesa, ocupe a posição de espectador e destinatário da prova.⁵⁵ Neste viés, nada veio aproveitar a reforma auferida em 2008, com a Lei 11.690; senão, do oposto, pior o aprofundamento da problemática só se fez mais sentir.

A doutrina nacional, ao longo do tempo, com lugar especial aqui a José Frederico Marques, cantado em verso e prosa por grande parte dos processualistas penais ao comentarem nosso CPP/41, por isso, sem muita margem de erro, poder ser posto como ponto de irradiação e representante privilegiado do *senso comum teórico dos juristas*⁵⁶, passa impávida quase em totalidade a este ponto crucial

⁵⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro Francisco Campos. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941)*. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 1941.

⁵⁵ Neste sentido, MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. "O papel do novo juiz no processo penal". In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 5ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 74-83; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 313-316; PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 104 ss. e AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 125-133.

⁵⁶ Para tanto, cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, pp. 13-19 e WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, pp. 57-99.

relativo ao sistema adotado pelo nosso código. Basta ver como aborda a temática, tal como será produzida quase incontestemente, do então novo Código:

“o novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o Inquérito policial, configurando-o tal como o herdamos do Império através da reforma de 1871; em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento ‘ex officio’, que só permaneceu para o processo de contravenções; (...) plasmou tôdas as formas procedimentais sob a fiel observância do sistema acusatório.”⁵⁷

Claramente se acomoda com o avanço de não haver o desencadeamento da acusação, senão pelo ministério Público, salvo no caso das contravenções (previsão que à época ainda não havia sido revogada), para ele suficiente, junto com o contraditório na instrução, para, diante da separação de funções, a adoção do sistema acusatório. Não se apega às inúmeras vezes que o magistrado poderá agir *ex officio* durante o processo, fundamentalmente na *gestão da prova*. E, mais, olvida o golpe de cena dado, a rigor, a exemplo da França napoleônica para a instalação do dito sistema misto que encobria o preço a ser pago para uma restauração inquisitória. *“O chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo”*.⁵⁸ Não alcança uma força mais arguta à permanência de uma fase de investigação preliminar inquisitória, seguida de uma instrução com algum contraditório, contudo agora somada ao papel de um juiz apto a perseguir a verdade manejando aquilo que deveria a ele se dirigir: a prova produzida.

⁵⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 105.

⁵⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, pp. 63-64.

Não se desconhece a meritória crítica ao *fascismo indígena*, que o autor apõe ao código, inclusive, desde à época, atribuindo a crise tremenda que atravessava a Justiça criminal ao resultado deste trabalho legislativo, principalmente no tocante à falta de oralidade nos procedimentos e o apego ao sistema escrito:

“o Cód. de Proc. Penal, apesar de ter mantido grande fidelidade aos postulados essenciais do sistema acusatório, não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nosso legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado (...).”⁵⁹

Repita-se vez mais, de forma simples, que para esta concepção mais estreita basta, para a assunção de um sistema acusatório, a simples presença formal de partes processuais, que fará pecar um exame mais profundo, principalmente quando estamos diante de modelos de partes em pleno ambiente autoritário.

Mas não é por estas bandas, em maioria, que a dificuldade de qualificar a estrutura do nosso sistema processual passa. Apenas para fugir da cultura manualística que invade o processo penal brasileiro como meros instrumentos defeituosos de uma exegese rasteira e irmos ao encontro de opiniões certamente abalizadas, nem assim encontramos alguma tranquilidade. Se Frederico Marques sustenta a acusatoriedade do sistema do nosso Código de Processo Penal, Hélio Tornaghi se compraz, como grande parte da doutrina nacional de forma acrítica, ao engodo do *sistema misto*. Aquele sublinha que o *“direito brasileiro segue um sistema, com maior razão se poderia denominar misto”* isto porque *“a apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial”*, enquanto o processo judiciário que *“compreende instrução e julgamento”* é acusatório, *“em suas linhas gerais”* já que

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, pp. 106.

pode o juiz determinar diligências necessárias a fim de descobrir a verdade.⁶⁰ Raras são as posições que reconhecem a acusatoriedade especificada ao procedimento da segunda fase da persecução penal, como faz Lauria Tucci: “o moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento na segunda fase da persecução penal, acusatório.”⁶¹

As entranhas do processo penal, bem como seu ponto de viragem inquisitivo não poderão ser vertidos senão tendo em conta os elementos aqui levantados. As pacientes referências históricas ao afazer inquisitorial em suas nuances mais diversas, apenas possuem uma única função: a de elaborar um *motivo histórico-conceitual* hábil a perceber as intensivas pressões – longe de qualquer adesão a uma linearidade pretendente a dar mera conta de alguma origem epistemológica – capazes de apreender a regra do poder penal que é o seu *inquisitorialismo*.⁶² Desnudar as suas reais formas de manifestação, seus diversos graus, é captar esta variável constante na configuração das práticas penais. Enfim torna-se de valia inestimável investigar as dimensões decorrentes da característica trans-histórica que possui esta mentalidade altamente funcional para legitimar máquinas jurídicas autoritárias.

Referências Bibliográficas

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Prólogo “Vincenzo Manzini – Nota Bio-Bibliográfica”. In: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 1996.

⁶⁰ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo II, pp. 577-578.

⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal* (Estudo Sistemático). São Paulo: RT, 2003, p. 180.

⁶² Neste sentido, cf. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 77-78.

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Volume I. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGONES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. 2ª ed.. Madrid: Edersa, 1997.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. Volume II (Séculos XIX e XX). Tradução de Maria Manuela Alberty. Lisboa: Edições 70, 1990.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Pilares, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro Francisco Campos. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3-10-1941)*. Rio de Janeiro, 8 de setembro de 1941.

BÜLOW, Oscar von. *Excepciones Procesales y Pressupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Tomo I (1140-1495). Lisboa-São Paulo: Verbo, s.d..

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Volume 1. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. *O Anti-Semitismo na Era Vargas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Settima edizione. Milano: Giuffrè, 2003.

CORDERO, Franco. "Strutture d'un Codice". In: *L'Indice Penale*. Rivista fondata da Pietro Nuvolone. Anno XXIII. Padova: CEDAM, 1989.

CORSI, Francisco Luiz. *Estado Novo: política externa e projeto nacional*. São Paulo: Unesp, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUSSEL, Enrique. *1492: El encubrimiento del Otro: Hacia el origen del mito de la modernidad*. Madrid: Nova Utopía, 1993.

FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 4ª ed.. São Paulo: Globo, 2008.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 1º Volume. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1974.

FOUCAULT, Michel. "Nietzsche, a genealogia e a história". In: *Microfísica do poder*. MACHADO, Roberto (org. e trad.). Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GALEANO, Eduardo. *Las Venas Abiertas de America Latina*. Segunda edición – Tercera reimpressão. Madrid: Siglo XXI, 2005.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada: as ilusões armadas*. Vol. I. Companhia das Letras, 2002.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-nação no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2001.

LISZT, Franz Von, *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1998.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 9ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Secondo Il Nuovo Codice con prefazione di Alfredo Rocco. Volume Primo. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931.

MARQUES, António. *A Filosofia Perspectivista de Nietzsche*. São Paulo: Discurso; Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I. São Paulo: Forense, 1961.

MARTON, Scarlett. "Foucault leitor de Nietzsche". In: *Extravagâncias: Ensaio sobre a filosofia de Nietzsche*. São Paulo: Discurso; Ijuí: UNIJUÍ, 2001.

MELLO, Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)*. STF: Brasília, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra, 2000.

PERCHINUNNO, Vincenzo (a cura di). *Percorsi di Procedura Penale: Dal garantismo inquisitorio a un accusatorio non garantito*. Milano: Giuffrè, 1996.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 2ª ed.. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIBEIRO, José Augusto. *A Era Vargas*. Vol. I (1882-1950). Rio de Janeiro: Casa Jorge, 2001.

ROCCO, Arturo. *El Problema y El Método de la Ciencia del Derecho Penal*. Segunda reimpressão de la tercera edición. Bogotá: Temis, 2009.

ROCCO, Alfredo. "Prefazione". In: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1931.

ROMAGNOSI, G. D. *Progetto del Codice di Procedura Penale pel Cessato Regno D'Italia con aggiunte e riforme al medesimo G. D. Romagnosi*. Terza Edizione – accresciuta dall'autore di vari articoli sulla giurisprudenza positiva penale. Prato Nella Tipografia Guasti, 1836.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Hélio. *Vargas – Uma biografia política*. Porto Alegre: L&PM, 2004.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil – De Getúlio a Castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Tomo II. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*. São Paulo: RT, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I – Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – Parte General II*. Buenos Aires: Ediar, 1987.