

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**FACULDADE DE DIREITO**

**CARLOS HENRIQUE ALVARENGA URQUISA MARQUES**

**TORTURA: DE MÉTODO A CRIME**

**BELO HORIZONTE**

**2014**

**CARLOS HENRIQUE ALVARENGA URQUISA MARQUES**

**TORTURA: DE MÉTODO A CRIME**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do Professor Doutor Felipe Martins Pinto, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

**BELO HORIZONTE**

**2014**

MARQUES, Carlos Henrique Alvarenga Urquiza

M357 t Tortura: de método a crime./ Carlos Henrique Alvarenga Urquiza Marques – 2014

195 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Martins Pinto

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Referências: f. 11-179

1. Tortura. 2. Inquisição. 3. Humanismo. 4. Garantias processuais penais. 5. Processo penal. I. Pinto, Felipe Martins.. II. Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito. III. Título

CDU 343.615(043)

Ficha catalográfica elaborada por Emilce Maria Diniz – CRB – 6 / 1206

CARLOS HENRIQUE ALVARENGA URQUISA MARQUES

**TORTURA: DE MÉTODO A CRIME**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2014.

Componentes da banca examinadora:

---

Professor Doutor Felipe Martins Pinto (orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

---

Professor Doutor Antônio de Pádova Marchi Júnior  
Centro Universitário de Belo Horizonte - UNIBH

---

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

---

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas

*Aos que ainda acreditam na justiça através do sistema.*

*“Será que tu, ao assumires o sofrimento, já não apagas  
metade do teu crime?”.*

Fiódor Dostoiévski

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por atender minhas preces e permitir que toda minha vida confluísse a este ponto de realização profissional.

Agradeço à minha mãe por me ensinar que, com fé, ousadia e luta, é possível conquistar os tesouros do céu e da terra.

Ao meu pai por me mostrar o valor do passado e das tradições. Também, pelo incentivo a sempre almejar novas conquistas intelectuais.

Ao meu orientador, o Professor Dr. Felipe Martins Pinto, por me guiar não apenas academicamente, mas com conselhos pessoais e profissionais.

Aos professores, colegas e amigos do Programa de Pós Graduação da UFMG, por vivenciarem comigo esta experiência, especialmente ao Gabriel Lago e à Jéssica Freitas, que dividiram comigo desde as aspirações iniciais, até as aflições dos últimos instantes.

Agradeço também à minha família pelo apoio. A todas tias, tios, primos e primas, principalmente ao Gustavo por sempre apoiar meus projetos pessoais.

Aos meus amigos Armanis, que festejaram comigo cada conquista e se compadeceram de cada sacrifício, em especial à Marialice, pelo apoio, carinho e compreensão nesta fase da minha vida.

Ao Dr. Luciano Santos Lopes por compartilhar sua experiência, investir sua confiança e ser uma inspiração tanto profissional quanto acadêmica.

Agradeço, por fim, aos amigos e colegas do Escritório Salomão Cateb. Ao Dr. Renato Machado e ao Dr. Leonardo Barbosa, também aspirantes a mestres, com os quais dividi as dúvidas, descobertas e angústias dessa fase.

A todas estas pessoas, agradeço por participarem desse momento, certo de que encerro esta etapa engrandecido pelas experiências e fortalecido pelas dificuldades.

## RESUMO

Este estudo é voltado para a identificação das transformações trazidas pelo humanismo para a concepção jurídica de tortura. Para tanto, divide-se a pesquisa em três partes. A primeira destina-se a compreensão da realidade pré-moderna em que a tortura é um instrumento legítimo do sistema. Em seguida, apresenta-se a fundamentação teórica que é empregada pelo sistema inquisitorial para justificar a utilização da tortura. Na segunda parte da pesquisa, o pensamento humanista é apresentado. O contexto histórico de seu surgimento é descrito para, então, demonstrar-se como o humanismo critica a utilização da tortura. A terceira e última fase da pesquisa é utilizada para descrever a maneira como o humanismo provocou mudança nos ordenamentos jurídicos levando a um processo de criminalização da tortura.

**Palavras-chave:** Tortura; Inquisição; Humanismo; Garantias Processuais Penais; Processo Penal.

## **ABSTRACT**

This study is focused on identifying the changes brought by humanism to the legal conception of torture. To do so, this work is divided into three parts. The first is aimed at understanding the pre modern reality that torture is a legitimate tool of the system. It then presents the theoretical foundation that is employed by inquisitorial system to justify the use of torture. In the second part of the research, humanist thought is presented. The historical context of its emergence is described to then be shown as humanism criticizes the use of torture. The third and final phase of the research, is used to describe how humanism caused change in the legal systems, leading to a process of criminalization of torture.

**Keywords:** Torture; Inquisition; Humanism; Criminal Guarantees; Criminal Procedure.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1: INQUISIÇÃO E O PROCESSO PENAL INQUISITÓRIO</b> .....	14
1.1 As raízes do sistema inquisitorial .....	15
1.2 Institucionalização do sistema pela igreja .....	17
1.3 A transposição do procedimento inquisitório para a ordem jurídica .....	26
1.4 Elementos do procedimento investigatório inquisitorial .....	32
1.4.1 Verdade real .....	34
1.4.2 Sistema de provas tarifadas .....	39
1.4.3 Instrumentalização institucionalizada da tortura .....	44
<b>CAPÍTULO 2: A TORTURA COMO INSTRUMENTO DE OBTENÇÃO DA VERDADE REAL ENQUANTO CORRESPONDÊNCIA</b> .....	54
2.1 A tortura como ferramenta do sistema persecutório inquisitorial .....	54
2.2 O correspondismo no processo penal .....	60
2.3 Verdade correspondista e tortura .....	70
2.4 Tortura: a verdade a todo custo .....	79
<b>CAPÍTULO 3: O ROMPIMENTO PARADIGMÁTICO: HUMANISMO LIBERAL E O SUJEITO DE DIREITOS</b> .....	86
3.1 Revolução do pensamento humanístico e as raízes do rompimento de paradigma no plano jurídico .....	93
3.2 Elevação do ser humano ao status de sujeito de direitos .....	103
3.3 O surgimento de novas referências para o processo penal .....	110

<b>CAPÍTULO 4: IMPLICAÇÕES DA MUDANÇA PARA UM PARADIGMA DE RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>123</b>
4.1 A consolidação do humanismo através dos Direitos Fundamentais de Primeira Geração.....	125
4.2 A formação do Estado Liberal e a implementação dos Direitos Fundamentais de Primeira Geração .....	132
4.3 Processo Penal Moderno regido sob os princípios do pensamento humanitário .....	140
<b>CAPÍTULO 5: TORTURA COMO CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>166</b>
5.1 O tratamento legal da tortura criminalizada, anteriormente à Constituição Federal de 1988.....	166
5.2 O tratamento legal da tortura a partir da Constituição de 1988 e a tipificação deste crime .....	170
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>177</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS .....</b>	<b>182</b>
<b>REFERÊNCIAS NORMATIVAS.....</b>	<b>192</b>

## INTRODUÇÃO

A tortura já foi um método legítimo utilizado pelo sistema jurídico brasileiro. Durante as Ordenações Filipinas, que vigiam no Brasil em seu período colonial (1500-1822), a utilização da tortura era prescrita como método para extrair dos suspeitos, aquilo que se julgava ser a verdade sobre o cometimento de um crime.

Em 1821, o então príncipe regente, Dom Pedro, proibiu o emprego dos tormentos com esta finalidade. Todavia, a tipificação do crime de tortura se deu apenas em 1997 através da lei nº. 9.455/97<sup>1</sup>.

A diferença entre as concepções de tortura do Brasil Colônia e do Brasil contemporâneo, revelam o distanciamento entre as mentalidades dos legisladores nos dois períodos.

No primeiro, à época das Ordenações Filipinas, a submissão dos investigados aos tormentos parecia uma maneira eficaz de se averiguar a suspeita de um crime. Isso se deve à formação do sistema processual penal português. Em sua origem, ele recebe direta influência do sistema utilizado pela Inquisição Católica para a perseguição de hereges.

Por outro lado, naquele segundo momento, em que a tortura é abolida do ordenamento jurídico, o precedente histórico é o movimento iluminista do século XVIII. A Coroa Portuguesa foi influenciada pelas ideias humanistas que tomavam a Europa, talvez temerosa de que sua recusa em se adequar às diretrizes iluministas, levasse repercussões violentas como se operou na França em 1789.

---

<sup>1</sup> GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e prova no processo penal. (São Paulo: 2002, Atlas), p. 39.

Mesmo após a abolição do emprego institucionalizado dos suplícios, os relatos de um passado ditatorial recente - entre 1964 e 1989 - trazem casos de utilização extralegal da tortura enquanto um método de investigação por parte das autoridades militares. Tais relatos levaram o descontentamento da sociedade brasileira. Desse inconformismo surgiram iniciativas, subsistentes até os dias atuais, de resgate da memória e punição aos torturadores<sup>2</sup>.

Mais recentemente, a notícia de policiais paulistas torturando pessoas, levou a população brasileira a clamar por justiça, grito este que foi atendido com a aprovação da atual lei que tipifica o Crime de Tortura<sup>3</sup>.

Percebe-se, com esses casos, que a sociedade moderna introjetou o pensamento humanista em relação à inadmissão da tortura. Não por outro motivo é que se observou a revolta popular quando se tornou público e notório a sua utilização.

Do ponto de vista jurídico, a implementação do humanismo no sistema persecutório, em relação à tortura, aconteceu através de um processo que parte da proibição e vai até a tipificação do crime de tortura. A evolução normativa que se dá neste íterim, implica na gradual construção de um Processo Penal de garantias voltadas à proteção da dignidade humana.

Para a compreensão de quais são essas garantias e como elas são o resultado de um processo histórico de exorcismo da tortura enquanto método institucionalizado, é que foram voltados os presentes esforços científicos.

A pesquisa realizada se deu em três fases, relatáveis em cinco capítulos. O primeiro capítulo é destinado a descrever as origens do sistema inquisitorial e sua utilização da tortura enquanto método.

No segundo capítulo, apresenta-se o resultado de uma análise jurídica científica sobre a estrutura do sistema inquisitorial. A lógica que orienta o

---

<sup>2</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. Memória e Verdade - A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. (Belo Horizonte:2009, Editora Fórum). p. 57.

<sup>3</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey), p. 96.

emprego institucionalizado dos suplícios é descrita neste capítulo, para possibilitar o entendimento das críticas posteriormente formuladas, pelo movimento humanista, ao inquisitorialismo e à tortura.

A segunda fase da pesquisa inicia-se com o terceiro capítulo. Ele destina-se à contextualização e explicação do movimento humanista. Nessa parte, primeiramente se trata do contexto histórico que envolveu o período iluminista, para, então, se apresentar as críticas do iluminismo à realidade social do ocidente, especialmente aquelas relacionadas ao sistema inquisitorial com seu procedimento persecutório característico. Neste ponto, o projeto humanista para a modernidade é apresentado através dos pensadores que se tornaram expoentes, ao tratarem de questões relacionadas ao assunto do presente estudo.

Como terceira e última fase da pesquisa desenvolveu-se o quarto e quinto capítulos. Naquele quarto capítulo descreve-se o processo de assentamento das teorias humanistas nos sistemas jurídicos modernos. Finalmente no quinto capítulo, desenvolve-se a trajetória legislativa, através da qual a tortura se tornou antijurídica para o ordenamento brasileiro.

Em resumo, essa fase final dos trabalhos é destinada a demonstrar como o processo penal contemporâneo absorveu o pensamento humanista e se tornou absolutamente avesso à tortura.

Assim, resta claro que a presente pesquisa, de natureza exploratória, tem tanto um aspecto histórico, pois, em todas as fases da pesquisa foi essencial situar historicamente o objeto de estudo, quanto jurídico, pois se destina a analisar a tortura através de dois vieses jurídicos distintos: enquanto método e enquanto crime.

## CAPÍTULO 1: INQUISIÇÃO E O PROCESSO PENAL INQUISITÓRIO

A primeira fase da pesquisa proposta se refere ao momento em que a tortura é utilizada enquanto um método institucionalizado de persecução criminal.

"Depois de haver sido tratado no Direito Grego e no Romano como pessoa, sujeito de direitos, o acusado, por influência dos costumes bárbaros, passou a ser visto como simples coisa, mero objeto do processo. Arrancado do lar sem qualquer explicação, era levado a uma enxovia que, dali por diante, iria ser o esquife de suas aspirações e o túmulo de seus anseios. Sonhos que sonhara, projetos que concebera, desejos que acalentara, tudo ali encontrava o termo final. O aconchego familiar desaparecia. E se ele saía da masmorra em que definhava era para ser conduzido à presença de um juiz que lhe fazia perguntas vagas sobre fatos que nem sempre conhecia. Não alcançando o objetivo das indagações e a correlação entre elas, era levado a responder ao que sabia e ao que ignorava. Ainda quando dissesse a verdade, não se livrava da acusação de estar mentindo ou de haver caído em contradição. Se respondia com firmeza era tachado de audacioso e petulante; se tremia era tido como delinquente confesso. Essa interpretação de suas atitudes ainda mais contribuía para aumentar-lhe a confusão, perturbando-lhe a mente já cansada pelo número e pela diversidade das perguntas que se sucediam em atropelo. A partir daí, já não se lembrava nem do que havia dito nem do que realmente acontecera. E fraquejava, cedia ao pavor. Passava a negar a verdade, entrava pelo reino da fantasia e da imagina. Ou emudecia. Uma só preocupação o dominava: dizer o que o juiz quisesse ouvir e livrar-se daquela tortura"<sup>4</sup>.

Diante do que se propôs analisar, a passagem inicial de Hélio Tornaghi citada acima, serve a orientar o ponto de partida para os primeiros esforços.

Demonstra que a utilização institucionalizada da tortura pelo ocidente situa-se, historicamente, posterior ao Direito Grego e Romano. Dá-se em um momento histórico em que os costumes bárbaros deram origem a um novo procedimento persecutório.

---

<sup>4</sup> TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. (São Paulo:1987, Saraiva). p. 03.

Trata-se do sistema inquisitorial. Tornaghi, sem se referir expressamente à Inquisição, faz menção ao indivíduo alvo de procedimentos arbitrários de investigação, que, conforme se demonstrará adiante, apresentam um evidente caráter inquisitorial.

Para se abordar a utilização dos suplícios enquanto métodos desse sistema far-se-á necessário, portanto, analisar o sistema inquisitorial, sua origem histórica e suas características. A isso se voltarão os esforços seguintes.

### **1.1 As raízes do sistema inquisitorial**

O procedimento jurídico a que se pode atribuir características chamadas inquisitoriais tem existência anterior à consolidação da hegemonia Católica no ocidente. De fato, cronologicamente sucede um sistema acusatório que predominou na tradição jurídica até o Império Romano.

Note-se que o procedimento veio combater alguns perigos que se apresentaram no procedimento acusatório, como a facilitação da acusação falsa, inexequibilidade da sentença e outros, conforme demonstra Denis Sampaio:

“Estabeleceram-se à época, no entanto, alguns perigos no acompanhamento desse sistema processual: a crescente impunidade; com a facilitação da acusação falsa; desamparo dos fracos; deturpação da verdade; impossibilidade de julgamento em muitos casos e inexequibilidade de sentença em outros. Observadas as agruras que atravessava o sistema acusatório, o Senado Romano buscou uma saída para a melhor averiguação das infrações penais, objetivando o afastamento da impunidade que assolava toda a Idade Média e dar maior credibilidade às decisões judiciais. Assim, o processo inquisitório apareceu como subsidiário ao acusatório, não havendo possibilidade de o juiz se contentar com a verdade (ficta) produzidas apenas pelas partes. O aprimoramento desse modelo se deu pela Igreja Católica, através da qual instituiu o inquérito como forma de acusação e a busca de provas para a sanção das heresias, extravasando às demandas meramente intraeclesial, na medida em

que o cristianismo resultou na religião oficial do Império, tornando a questão não apenas religiosa, mas também política”<sup>5</sup>.

Portanto, o sistema jurídico que predominava no direito Romano foi inicialmente acusatório.

Porem, a necessidade de iniciativa particular e a publicidade dos atos processuais tornou o procedimento acusatório pouco a pouco indesejado. A influência de alguns particulares trouxe incerteza e corrupção para a prestação jurisdicional. A publicidade expunha ao vexame aqueles que eram levianamente acusados.

Foi, portanto, a necessidade de manutenção de um sistema judicial com garantias de imparcialidade que inspirou uma mudança de paradigma na tutela jurisdicional no Império Romano:

“O discurso de mudança do sistema jurídico não era apenas um aprimoramento na demonstração dos fatos delitivos, mas uma maior segurança que se buscava à época, pelas decisões do Imperador. Ilustra Tornaghi que para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos, que os homens de bem sofressem na boa fama, na estima pública e, finalmente, para assegurar o bom êxito das investigações, o processo passou a ser secreto e documentado pela redução a escrito de todos os atos. O que não estivesse nos autos era como se não existisse: *quo nos est in actis non est in mundo*”<sup>6</sup>.

Daí o procedimento ser caracteristicamente escrito e sigiloso. Procurou-se, como se percebe das observações de Denis Sampaio, preservar a imagem dos acusados, permitir a previsibilidade dos atos, a segurança jurídica, e a efetividades das decisões<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> SAMPAIO, Denis. A Verdade no Processo Penal. A permanência do Sistema Inquisitorial através do discurso sobre a verdade (Rio de Janeiro: 2010, Lumen Juris). p. 115.

<sup>6</sup> SAMPAIO, op. cit.

<sup>7</sup> FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal - O Criminoso e o Crime. (Campinas:2003, Russell). p. 27.

Mas não se resumia a isso. O modelo de processo *cognitio extra ordinem* trazido, implementava o poder dos juízes do Estado em conhecer a demanda por iniciativa própria. Eles poderiam ter conhecimento da notícia do crime, e dela dar início às investigações para apuração do fato. A estas providências preliminares deu-se o nome de *inquisitio*<sup>8</sup>.

Este procedimento, contudo não é ainda o que se denomina procedimento inquisitório. Na verdade, as características do *inquisitio* são utilizadas como a base estrutural do sistema investigatório criado pela Igreja Católica a partir do século XII. Por apresentar características semelhantes, como que herdadas daquela fase do *extra ordinem* romano, é que se utiliza o nome “inquisitório” quando do seu resgate pelo direito canônico, tudo, conforme será analisado adiante.

## 1.2 Institucionalização do sistema pela igreja

Com a queda do Império Romano e a ascensão da Igreja Católica no Ocidente, a expansão do cristianismo passou a se confundir com a própria noção de expansão da ocidentalidade<sup>9</sup>.

Nesse sentido, a começar pela Cruzada invocada pelo Papa Urbano II em 1095, iniciou-se um movimento de expansão da Igreja, pela violência, voltado para o Oriente<sup>10</sup>. Era uma luta sob o pretexto de “salvar” povos que não apenas se mostravam resistentes à conversão ao catolicismo, mas tinham seus próprios interesses expansionistas.

---

<sup>8</sup> Na verdade, o poder dos juízes a este tempo era “desmesurado”. (BARROS, Marco Antonio de. A Busca da Verdade no Processo Penal. (São Paulo:2010, Revista dos Tribunais) p. 59).

<sup>9</sup> BAIGENT, Michael. A Inquisição (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 19.

<sup>10</sup> LE GOFF, Jacques, As Raízes medievais da Europa; tradução de Jaime A. Clasen (Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes,2007), p.127.

"O diabo entrou na Europa com o cristianismo, unificado sob seu domínio, uma multidão de demônios diversos vindos do paganismo greco-romano ou das numerosas crenças populares. Mas o diabo só se torna esse comandante chefe de todas as cores do mal a partir do século XI. Doravante ele conduz o baile dos futuros condenados. Nem todos os homens e todas as mulheres sucumbem a ele, mas todos são ameaçados, tentados. A cristandade unificada confere ao "inimigo do gênero humano" um poder unificado. A heresia é seu instrumento. A Inquisição será a arma da Igreja para o combater. Mas sua presença e sua ação durarão muito tempo. A Europa do diabo nasceu"<sup>11</sup>.

Para os soberanos de então, tratava-se de um interesse evidentemente político. Mas para o líder da Igreja, era uma jornada aparentemente pela salvação de almas e recuperação da Terra Santa, embora isso nada mais seja do que uma jornada pelo poder da Igreja, e, por isso mesmo, se resumindo também a um interesse político.

Cumprir observar que, nesse momento, a luta contra o herege - o diferente - voltava-se para fora dos muros da cristandade, principalmente para os mouros. Os desvios do cidadão comum não interessavam muito à cúpula eclesiástica, já que o controle da Igreja era inquestionável dentro dos feudos<sup>12</sup>.

A partir do século XII essa realidade apresentou sintomas de mudança.

O surgimento das cidades burguesas, em detrimento do sistema feudal anteriormente instalado, trouxe consigo uma realidade de valorização do dinheiro e da propriedade material.

Não era por menos: os burgos tiveram sua origem nos entrepostos comerciais criados com o objetivo de auxiliar a atividade comercial em expansão na Europa. Por óbvio, o coração do comércio é a noção propriedade, acompanhada pela valorização do patrimônio individual<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> LE GOFF, op. cit., p. 132.

<sup>12</sup> NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculo de massa (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 38.

<sup>13</sup> LE GOFF, Jacques, As Raízes medievais da Europa; tradução de Jaime A. Clasen (Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007), p. 143.

Sob um ponto de vista axiológico, isso significa a elevação do “desejo”, até então rebaixado à condição de pecado, ao *status* de valor.

Muito embora, sob essas bases, as cidades burguesas se diferenciavam fundamentalmente dos feudos da alta Idade Média.

“à Igreja Católica (ou parte dela) importava, porém, não o fato de haver diferença entre o burgo e o feudo mas, sim, que naquele não tinha um domínio pleno, agora eclipsado por aquele dos “burgueses”, senhores das caravanas, do comércio e do grosso do dinheiro. E sem volta, pelo menos aparente. Aqui, então, o dilema: o que fazer em relação a tal ponto?”<sup>14</sup>

A resposta veio em uma sequência de medidas adotadas pela Igreja a fim de conservar seu poder, posto que a mera presença da Cúria nas Cidades, não foi suficiente para aplacar a perda de influência.

Dentre as novas posturas adotadas, vale citar a decisão do então Papa Inocêncio III em transformar a confissão em sacramento e torná-la obrigatória<sup>15</sup>.

Pretendia com isso, estender sua influência ao lar de cada fiel, pois os sacerdotes que lhe serviam seriam seus olhos e ouvidos na vigia dos hereges.

Também em relação à heresia, outra medida adotada por Inocêncio III foi a bula *Vergentis in senium*, baixada em 1199. No documento, o crime de heresia era equiparado ao de lesa majestade, o mais grave dos delitos até então<sup>16</sup>.

Com isso a Igreja Católica revelou uma nova postura de manutenção de poder pela força.

---

<sup>14</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado (Brasília, v.46, n. 183, jul./set. 2009), p. 189.

<sup>15</sup> Daí a raiz da importância que recebe no sistema inquisitorial. (Vide nota nº 46).

<sup>16</sup> BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. (Rio de Janeiro: 2002, Revan). p. 234.

Se antes o uso da força se direcionava exclusivamente para fora da cristandade, agora a luta pela expansão da fé católica e manutenção do poder tinha como pano de fundo também as cidades cristãs. Explica-se.

A formação de novos núcleos populacionais e o intercâmbio de informações permitido pelo crescimento da atividade mercante, possibilitou o surgimento de grupos religiosos que divergiam pontualmente da doutrina Católica.

Eram seguimentos religiosos autônomos como os Cátaros, Valdistas e Maniqueístas.

Todavia, o ponto essencial de atrito em relação à Igreja, era a resistência em se submeter à ordem Hierárquica da Cúria. Eram grupos que prezavam pela independência religiosa e propagavam a própria fé pelo contato direto de seus líderes com a população.

“Em última análise, claro, o próprio cristianismo é implicitamente dualista, exaltando o espírito, repudiando a carne toda a “natureza irredimida”. Os cátaros pregavam o que poderia ser visto como uma forma extrema de teologia cristã – ou uma tentativa de levar a teologia cristã às suas conclusões lógicas. Eles próprios viam suas doutrinas como mais próximas do que se dizia que Jesus e os apóstolos haviam ensinado. Certamente estavam mais próximas que o que promulgava Roma. E em sua simplicidade e repúdio ao luxo mundano, os cátaros achavam-se mais próximos que os sacerdotes romanos do estilo de vida adotado por Jesus e seus seguidores nos Evangelhos”<sup>17</sup>.

Assim, as novas cruzadas que foram empreendidas, não foram contra pessoas de uma sociedade alienígena e costumes avessos aos católicos, mas contra Cátaros, Maniqueístas e Valdistas, que possuíam hábitos cristãos e viviam em um meio social indiscutivelmente influenciado pela Igreja<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> BAIGENT, Michael. A Inquisição (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 24.

<sup>18</sup> WELLS, Herbert George. História Universal. v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1070.

O que não se podia permitir era a divergência essencial desses cultos em recusarem-se a se sujeitar à hierarquia eclesiástica. Para o papa, isso era intolerável, pois representava um foco de oposição em seu próprio “quintal”.

Permitir a proliferação dos ideais de não sujeição à hierarquia imposta era pernicioso ao revelar um descontrole sob os fieis ainda maior do que aquele que naturalmente decorria da situação histórica provocada pela ascensão da burguesia.

Os massacres que se procederam, foram a amostra de que a Igreja teria que promover uma luta religiosa em seu próprio território.

Como nas primeiras cruzadas, o inevitável enfrentamento era, novamente, uma luta do povo santo contra um exército herege. Até este ponto, a luta armada é o principal instrumento para manutenção da fé.<sup>19</sup>

Todavia, quando o mal combatido deixa de ter uma delimitação territorial mais ou menos definida (como em Albi, ao sul da França) e a luta contra o herético torna-se disseminada pontualmente no cotidiano, os mecanismos necessários passam a ser outros.

A isso se prestam as referidas medidas adotadas por Inocêncio III: combater a heresia pontual que aflorava no dia a dia das cidades. Foram, contudo, ineficientes, pois o surgimento da nova dinâmica burguesa levou uma perda de poder longe do que a Igreja poderia esperar<sup>20</sup>.

Para se manter, seria necessário implementar um método institucionalizado de combate ao infiel, mais uma vez sob o argumento de salvação de almas, e que aproveitasse da influência que a religião ainda tinha sob o imaginário popular, quando se tratava de vida após a morte e condenação eterna.

---

<sup>19</sup> BAIGENT, Michael. *A Inquisição* (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 21.

<sup>20</sup> WELLS, Herbert George. *História Universal*. v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1063.

Mas se nem a própria fé – já que as doutrinas católicas começavam a ser questionadas – nem o medo de incorrer nas iras de um Senhor Feudal – cujos poderes se dispersavam nas cidades burguesas, eram suficientes para manter os indivíduos longe das ideias heréticas, como condensar uma sistemática que exigia um poder sancionador?

Ora, não obstante o gradual distanciamento entre a Igreja e o poder estatal, o Bispo de Roma ainda gozava de prestígio suficiente para que os Estados dessem respaldo oficial a qualquer nova tradição católica. Assim, apesar da ausência, nas cidades, de um controle tão direto do poder governante, em relação ao decadente sistema feudal, as autoridades ainda reconheciam a legitimidade da Igreja Católica em governar seus fiei<sup>21</sup>s.

A sistemática pensada para a perseguição dos hereges nesse novo meio, trazia, como se verá adiante, valores nucleares para os quais o antigo modelo da *inquisitio* romana se adequou perfeitamente.

Logo, adianta-se que o modelo inquisitorial não foi pensado a partir do procedimento, mas a partir dos objetivos traçados. Explica-se.

Considerando, por exemplo, que o propósito de uma perseguição herética era salvar a alma pelo conhecimento do pecado, então o método adequado necessariamente deveria alcançar essa verdade herética reconhecida pelo investigador. Observando o modelo inquisitorial romano, nota-se que essa finalidade aproxima-se muito daquela em que o acusador do Estado formula uma tese acusatória que pretende confirmar através do procedimento judicial. Por isso, a princípio, o modelo se adéqua tão bem às intenções da Igreja naquele momento:

“A fines del siglo XII los juicios de Dios quedaron desacreditados; un Canon del IV Concilio de Latrán de 1215 prohibió todo aporte litúrgico a las ordalías y decretos papales condenaron toda purgatio vulgaris. La revolución inquisitorial satisface exigências comunes a dos mundos: el eclesiástico, esachado por las herejías, y el civil, em el cual la expansión económica origina criminalidad, los intereses que se han de proteger exigen um automatismo represivo incompatible com las acusaciones privadas; la cultura jurídica

---

<sup>21</sup> BAIGENT, Michael. *A Inquisição* (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 38.

romana, ya muy difundida, impone decisiones técnicas; em el cuanto al método de la instrucción, no es una novedad la indagación de testigos de oficio, experimentada desde los iudicia synodalia carolíngios”<sup>22</sup>.

Ainda, esse instrumento escolhido não necessitava de uma presença verdadeiramente ostensiva da Igreja, como se tornava cada vez mais difícil devido à expansão mercantil. Necessitava apenas que aparentasse um controle absoluto da Igreja naquela nova sociedade.

Bastava que qualquer demonstração de força possuísse mero caráter emblemático, para que um temor generalizado fizesse seu papel entre as massas<sup>23</sup>.

Repita-se: também nesse sentido a estrutura de controle nos moldes da *inquisitio* romana, serviria perfeitamente.

Em primeiro lugar, se o combate à heresia seria feito por uma instituição piedosa, como a Igreja Católica, ela se faria, ao menos aparentemente, conferindo garantias aos objetos de investigação: leia-se investigados<sup>24</sup>.

O sistema nas bases inquisitoriais poderia apresentar (ao menos em parte) essas garantias, ao passo que possuía características então peculiares, como o procedimento escrito, o julgamento impessoal e a predeterminação dos ritos.

Perceba-se que em relação aos sistemas jurídicos anteriormente vigentes na Europa em razão do Direito Romano pré *cognitio extra ordinem*, essas eram verdadeiras garantias posto que, de modo diverso, imperava a arbitrariedade e a incerteza nos procedimentos judiciais<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 16.

<sup>23</sup> BAIGENT, Michael. A Inquisição (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 47.

<sup>24</sup> BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. (Rio de Janeiro: 2002, Revan). p. 234.

<sup>25</sup> Vide item 1.1.

Em segundo lugar, a dinâmica inquisitória permitia uma espetacularização de atos, exatamente nos termos de que a Igreja necessitava. Afinal, a intenção da cúpula não era outra senão disseminar o medo no coração dos hereges e desestimular os atos contrários ao *ethos* católico imposto. A publicidade das *sansões*<sup>26</sup> mais tarde cumpriria este propósito através dos espetáculos de fé<sup>27</sup>.

Por fim, para a manutenção de um sistema nesses termos, era necessário uma estrutura administrativa organizada e pré determinada, com que a Igreja já contava pois, desde o século XI, expandia-se não apenas territorialmente, como também se apresentava mais enraizada e organizada dentro da sociedade ocidental:

“Nos dias de ignorância, era extraordinária a boa vontade para se crer no sacerdócio católico e para se julgá-lo bom e prudente. E naqueles dias era de fato melhor e mais sábio. Essa confiança determinou que se confiassem à Igreja grandes poderes, além de suas funções espirituais. Eram extraordinários os direitos e privilégios de que se armara o seu governo. Não houve vantagens que não colhesse da confiança que gozava. A Igreja se tornou um estado dentro do estado. Mantinha seus próprios tribunais. Casos que envolvem não apenas sacerdotes, mas monges, estudantes, cruzados, viúvas, órfãos e abandonados, eram reservados aos tribunais eclesiásticos; e sempre que os ritos ou regras da Igreja estivessem em causa, a Igreja se atribuía a jurisdição sobre a matéria que lhe entregava todos os casos de testamento, casamento, juramento e, naturalmente, de heresia, feitiçaria e blasfêmia. Eram numerosas as prisões eclesiásticas em que os transgressores podiam purgar por toda a vida as suas ofensas à lei”<sup>28</sup>.

Essas características permitiam ao sistema inquisitorial um ar de oficialidade, mas sua necessidade, certamente demonstrava que, se a Cúria

---

<sup>26</sup> Deve-se alertar para a diferença entre publicidade de métodos para a publicidade de atos. Tais conceitos não se confundem. No sistema inquisitório, o procedimento era público e foi notório que, no bojo de qualquer processo, observar-se-iam interrogatórios, suplícios e, no caso de condenação, autos de fé. Não é o mesmo que um processo público pois é certo que o conteúdo dos processos inquisitórios não era levado ao conhecimento de todos. O domínio do conteúdo das acusações e de todo substrato probatório que emergia do procedimento aplicado, era exclusivamente do corpo membros da Inquisição.

<sup>27</sup> NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculo de massa (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 161.

<sup>28</sup> WELLS, Herbert George. História Universal. v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1061.

“estava a estender no mundo seu poder legal, estava a perder a sua força sobre a consciência dos homens”<sup>29</sup>

Afinal, se àquele tempo. Essa característica permitia ao sistema inquisitorial um ar de oficialidade.

Portanto, em tudo o procedimento inquisitório serviria ao sistema de processamento dos atos hereges. Restava apenas que fossem devidamente importadas para a estrutura católica através de atos legítimos de poder, o que veio a ser observado ao final do século XII.

Referimo-nos, aqui, ao *Ad Abolendam* do papa Lúcio III em 1184. Foi com esse decreto que o procedimento adotado pela Santa Inquisição começa a ganhar corpo.

Mas se o sistema inquisitorial de base católica reputa-se criado pelo IV Concílio de Latrão, convocado por Inocêncio III em 1215, é com a bula de *Ex Excomuniamus* de Gregório IX em 1231 que se tem o arcabouço técnico para o seu nascimento. Também deste Papa emanou-se a bula *Licet ad capiendos*, que em 1233 foi catalisadora da perseguição aos hereges. Em menos de meio século, a Igreja Católica converteu sua missão de salvação das almas pelo amor, em uma luta cruenta contra o mal:

"O século treze assistiu ao surto de uma nova instituição na Igreja, a Inquisição papal. Antes desse tempo, havia sido costume do papa fazer ocasionais investigações sobre a heresia, nesta ou naquela região. Mas eis que Inocêncio III enxerga agora na Ordem dos Dominicanos um instrumento mais poderoso de repressão. E sob a direção dessa Ordem, se organiza a Inquisição como um permanente inquérito, um imenso aparelho de investigação e repressão. E a igreja se entrega à tarefa de minar e enfraquecer com o fogo e a tortura a consciência humana, a própria consciência que residia a sua única esperança de domínio mundial. Antes do décimo terceiro século, só raramente se infligira a pena de morte a heréticos e incrédulos. Agora, em uma centena de praças públicas na Europa, os dignitários da Igreja, com solenidade de gala presidiam as cenas em que os corpos enegrecidos dos seus antagonistas, na sua maior parte gente pobre e insignificante, eram queimados até se reduzirem a cinzas. Mas com esses corpos que ardiam dolorosamente,

---

<sup>29</sup> WELLS, Herbert George. *História Universal*. v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1080.

queimava-se e se reduzia a cinzas a sua própria grande missão para com a humanidade”<sup>30</sup>.

A verdadeira implementação da Inquisição se dá, todavia, com a admissibilidade de seus métodos característicos através da Bula *Ad Extirpanda* de Inocêncio IV datada de 1252 e estendida ao mundo em 1254<sup>31</sup>.

Por métodos característicos leiam-se aqueles necessários a alimentar o sistema persecutório a que havia se dado início no Concílio de 1215. É dizer que os métodos permitidos pela *Ad Extirpanda* seriam ferramentas da Inquisição e de todo procedimento investigatório, que surgia com a nobre aparência de uma cruzada pela fé, mas sob a sombra sínica do interesse político na manutenção do poder Católico, em um ocidente onde o controle social da Igreja pouco a pouco lhe escapava por entre seus dedos<sup>32</sup>.

### 1.3 A transposição do procedimento inquisitório para a ordem jurídica

Na Europa do século XIII, as monarquias tomavam conta do cenário político. Dentre as mais consolidadas, encontravam-se a Inglaterra, França e Castela<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> WELLS, op. cit., p. 1076.

<sup>31</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. *Da Tortura*. (Belo Horizonte:2004, Del Rey). p. 13.

<sup>32</sup> NAZARIO, Luiz. *Autos-de-fé como espetáculo de massa* (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 41.

<sup>33</sup> “Nem todas essas monarquias feudais atingiram o mesmo grau de desenvolvimento e de estabilidade nem puseram, portanto, em toda parte, tão solidamente as bases das futuras nações europeias. No mundo da cristandade nórdica escandinava, no da cristandade eslava e húngara da Europa Central e Oriental as monarquias não apresentavam as bases sólidas do ponto de vista territorial. A Alemanha e a Itália estavam fracionadas por diversos poderes, sendo o mais importante o das cidades, que será lembrado. Restam, pois, a Inglaterra, a França e, no conjunto da Península Ibérica, Castela”. (LE GOFF, Jacques, *As Raízes medievais da Europa*; tradução de Jaime A. Clasen (Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes,2007), p. 106).

Partindo do Reino Ibérico, o controle social permitido à Igreja Católica através, da Inquisição atraiu a atenção do poder secular em um momento em que as monarquias demonstravam especial interesse na centralização do poder<sup>34</sup>.

A Península Ibérica foi referencial nesse sentido, afinal, trazer a Inquisição para o seio da monarquia era especialmente importante. Naquela região, “cristãos, judeus e muçulmanos haviam convivido em harmonia até o século XIV. Mas em 1331, cerca de 30 clérigos e escolares de Gerona invadiram o quarteirão judeu para tentar incendiá-lo”<sup>35</sup>. A partir deste evento, deflagraram-se perseguições religiosas que conturbaram a paz social, de modo que a manutenção da ordem e da autoridade real passou a envolver uma intervenção de cunho religioso, por parte do Estado. Os Reis Católicos, então, tentaram trazer a Inquisição para próxima da esfera de influência da Coroa.

“Importante ressaltar que a Península Ibérica foi palco de subseqüentes dominações bárbaras, judaicas e muçulmanas. Por essa razão, os Reis Isabela e Ferdinando, após a expulsão dos judeus, e, em seguida, dos mulçumanos, ansiosos para estabelecerem a unidade nacional do jovem Estado espanhol, preocupados com problemas religiosos e sociais surgidos com a conversão dos judeus e temerosos com a iminente emersão de uma classe média, intuíram um Tribunal do Santo Ofício que consistiu em instrumento eficaz na manutenção do controle social e na preservação da hegemonia política recém-conquistada”<sup>36</sup>.

Os Reis Espanhóis, então conseguiram do Papa Sisto IV, a concessão para nomear dois ou três bispos para exercer a função de inquisidores nas dioceses espanholas. Além disso, o mesmo Papa permitiu o estabelecimento de uma nova Inquisição nos reinos de Castela e Aragão, onde a nomeação de Tomás de Torquemada como inquisidor geral marcou o nascimento da Inquisição Moderna, conhecida pelo controle direto exercido pela Monarquia.

---

<sup>34</sup> NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculo de massa (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 160.

<sup>35</sup> NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculo de massa (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 55.

<sup>36</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 09.

Mas se podia ir além. Se o modelo inquisitório foi instrumento indispensável para que a Igreja Católica reinventasse sua presença nas cidades europeias do século XII, poderia fazer o mesmo para a Monarquia naquele instante crucial em que o feudalismo agonizava:

A utilização do Tribunal do Santo Ofício como braço do poder real é um dado indiscutível, sobretudo durante os séculos XVI e XVII, quando consistiu no principal instrumento apto a preservar o poder dos soberanos e conferir efetividade a suas determinações<sup>37</sup>.

Não sem razão que na Península Ibérica que o sistema persecutório da Inquisição migrou para o sistema jurídico estatal, afinal, "os domínios dos monarcas espanhóis compreendiam uma espécie de teocracia, com a Igreja e o Estado atuando conjugados, a Inquisição espanhola era tanto um adjunto da Coroa quanto da Igreja"<sup>38</sup>.

A partir do bem sucedido exemplo Espanhol, outros Tribunais de Inquisição foram instalados em Portugal e em Roma, fazendo com que a influência inquisitorial se estendesse mesmo até as Américas.

Enquanto servia aos interesses seculares, o sistema inquisitivo teve influência viral nos ordenamentos jurídicos. Neste momento histórico de consolidação dos Estados Nacionais, a formação de um poder judiciário se apresentou como um requisito de manutenção da ordem.

Para tanto, a inegável organização institucional dos Tribunais do Santo Ofício, e a aparente eficiência da Inquisição em identificar a heresia e puni-la, levava a crer que o sistema inquisitório seria o melhor parâmetro para a ordem jurídica. Essa opinião era corroborada pelo fato de haver enorme influência da Igreja Católica nas grandes Universidades da época e na formação da maioria dos estudiosos em matéria de Direito<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 10-11.

<sup>38</sup> BAIGENT, Michael. A Inquisição (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 81.

<sup>39</sup> LE GOFF, Jacques, As Raízes medievais da Europa; tradução de Jaime A. Clasen (Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007), p. 173.

Contudo, fazer a transposição de procedimentos a partir de uma plataforma, em tese, espiritual, para um domínio eminentemente secular, requereu uma adaptação teleológica do sistema inquisitorial. Carece de esclarecimento.

O procedimento inquisitório começa a se infiltrar na ordem jurídica secular através do inquérito, conforme explica Foucault:

“Tem-se assim por volta do século XII, uma curiosa conjunção entre lesão à lei e a falta religiosa. Lesar o soberano e cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. Dessa conjunção ainda não estamos totalmente Livres. O Inquérito que aparece no século XII em consequência desta transformação nas estruturas políticas e nas relações de poder, reorganizou inteiramente (ou em sua volta se reorganizaram) todas as práticas judiciárias da Idade Média, da época clássica e até da época moderna”<sup>40</sup>.

O Direito Clássico, portanto, pelo que Foucault nos permite concluir, se ocupou precipuamente dessa adaptação. Nele (direito clássico) a investigação pelo inquérito, estaria na vanguarda dos procedimentos que necessitavam se adequar à estrutura jurídica secular, a começar pelo que – em abstrato – se pretendia alcançar através de sua utilização.

Caso se quisesse importar o modelo inquisitorial, o argumento para a utilização dos seus métodos – como a tortura – e características próprias – como a sigiliosidade – não poderia ser a salvação das almas e a manutenção da fé, mas a segurança do Estado através da ordem pública e da paz.

As bases inquisitoriais, transportadas para uma esfera jurisdicional secularizada, não serviriam a combater o pecado, mas o delito que colocasse em risco a ordem.

E o delito necessitava de um enfrentamento, por parte do sistema, diferente do que daquele que antes era oposto ao pecado. Isso porque, embora tanto o sistema eclesiástico quanto o laico sejam seletivos em relação aos

---

<sup>40</sup> FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p. 74.

acusados, a Igreja necessitava se fazer presente por poucos e emblemáticos autos de fé, que serviriam disseminar espetacularmente o medo nos corações heréticos. O Estado, por outro lado, precisa se fazer presente através do conhecimento e sanção de cada pequeno delito. A ordem social prescindia de um controle tanto quanto mais cerrado<sup>41</sup>. Por isso, o meio jurídico necessitava que o procedimento inquisitório fosse mais operacionalizável e dinâmico, do que era requisitado pela Inquisição.

Isso se nota pela normatização sistemática das regras de procedimentais da persecução criminal. Se antes o Manual do Inquisidor e o Martelo das Feiticeiras - que posteriormente serão apresentadas - davam orientações genéricas aos inquisidores, diplomadas como as Ordenações Manuelinas traziam normas de aplicação imediata e irrestrita pelos juízes laicos<sup>42</sup>.

O transporte, para o sistema jurídico, do procedimento antes justificado pela expiação dos pecados, reivindicou mudanças, mas, na sua origem histórica, permaneceu incrustada a noção de um mal anterior ao procedimento investigatório, como motivador incondicional de seus métodos característicos, tornando-se, posteriormente injustificáveis quando a noção de verdade construída no processo se apresenta como mais condizente com o projeto iluminista do século XVIII<sup>43</sup>.

De qualquer maneira, com a formação de sistemas jurídicos nacionais à imagem da sistemática de perseguição de hereges da Inquisição, como na Espanha e depois Portugal e França, houve um aumento abrupto de processamentos sob bases inquisitoriais<sup>44</sup>. Leia-se: os procedimentos característicos adotados pela Igreja Católica, com as necessárias adaptações, passaram a servir amplamente ao Estado no exercício jurisdicional.

---

<sup>41</sup> Não por menos, que a utilização da tortura recrudescer e se tornou mais ampla a partir do século XV. (TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey). p. 75).

<sup>42</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 73.

<sup>43</sup> Conforme se apresentará, dentro da proposta desta pesquisa, no capítulo 4, quando da demonstração do papel humanista no Processo Penal.

<sup>44</sup> Vide nota n.º 33.

O Processo Judicial abduziu a proceduralização de perseguição aos hereges de tal maneira, que nas áreas do Direito em que a pretensão punitiva do Estado se assemelha à da Santa Sé, como é o caso da esfera Criminal, o próprio sistema passou a receber a nomenclatura de inquisitório<sup>45</sup>.

Não se pode perder de vista que, de um elemento de manutenção de poder, pela igreja, até a transformação em processo judicial, o sistema inquisitório passa por modificações em sua estrutura operacional, passando das mãos de inquisidores escolhidos pelo Papa<sup>46</sup>, à Juízes escolhidos pelo Rei.

Inicialmente os objetivos da Inquisição orientavam o processo inquisitivo. O procedimento, com todos seus elementos característicos, era voltado a cumprir as metas políticas da Igreja Católica e por isso a expiação de pecados e salvação da alma eram justificativas invocadas para toda arbitrariedade do sistema, com os procedimentos secretos, os imensos poderes instrutórios dos inquisidores e, como não poderia deixar de ser, o emprego da tortura. Todavia, depois que a esfera jurídica estatal absorve a sistemática inquisitória, ao processo penal não resta escolha a não ser buscar, nas finalidades do Estado, justificativas análogas àquelas dadas pela Igreja quando da implementação do sistema no século XII. É o papel que passa a ser conferido à manutenção da ordem pública<sup>47</sup>.

Daí parte a questão de quão pernicioso é um sistema processual que, herdado pela ordem jurídica moderna, é analogamente justificável pelos fins perseguidos pela Inquisição (relativos à salvação da alma).

Para que seja possível, em esforços posteriores, demonstrar apropriadamente a crítica iluminista à busca da verdade através da tortura nos procedimentos investigatórios inquisitoriais, faz-se necessário deter-se, neste

---

<sup>45</sup> Admite-se, a partir do *Code d'Instruction Criminelle*, a coexistência de um sistema inquisitivo na fase pré processual, com um sistema acusatório na fase judicial (*Vide* ponto 4.3).

<sup>46</sup> Na Espanha era diferente. A Inquisição Espanhola "não era um instrumento do Papado. Prestava contas diretamente a Fernando e Isabel". (BAIGENT, Michael. *A Inquisição* (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 81).

<sup>47</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. *Da Tortura*. (Belo Horizonte:2004, Del Rey). p. 76.

instante, da análise dos elementos que compõe a ritualística de tais procedimentos.

Antes, vale esclarecer que, por *procedimento*, assume-se o conceito adotado por Frederico Marques, segundo o qual, o procedimento se reduz a ser uma coordenação de atos em marcha, relacionados ou ligados entre si pela unidade do efeito final<sup>48</sup>.

#### **1.4 Elementos do procedimento investigatório inquisitorial**

Conforme se afirmou, a base teórica utilizada para justificar a ritualística empregada pela Inquisição foi a doutrina católica.

É interessante notar como a Igreja se esforçou para buscar a justificação para os métodos inquisitorial na base da doutrina cristã. Textos sagrados não escaparam desta intenção, de modo que Cordero aponta uma referência retirada da Bíblia e usada pela Inquisição:

“Lo dicen fuentes bíblicas: cuando Le llega um clamor sobre Sodoma y Gamorra, Yahvé descende a ver qué está ocurriendo, y luego manda a dos ángeles a imponer orden”.<sup>49</sup>

Logo, o sistema processual emergente apresenta-se como em completa sintonia com esta fonte doutrinária, servindo como “efetiva” ferramenta de salvação da humanidade e expiação dos pecados. Através das ferramentas institucionalizadas, os agentes da Santa Inquisição tornaram-se especialistas na perseguição e abate do mal, e o mal estava em todo aquele obstáculo aos

---

<sup>48</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal. v.1. (Campinhas: 2009, Millennium) p. 329.

<sup>49</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 20.

interesses da igreja, como se observou inicialmente em relação aos movimentos religiosos Valdistas e Maniqueístas já citados<sup>50</sup>.

O caminho da laicização do procedimento inquisitório começou pela ampliação da “jurisdição” da Inquisição Católica, para além da mera perseguição aos Hereges, conforme esclarece Nicolau Eymérico:

“Todos os hereges sem exceção estão sujeitos à jurisdição do Santo Ofício e fora isto existem delitos que, sem ser propriamente herético, sujeitam os que cometem ao tribunal da Inquisição”<sup>51</sup>.

Essa expansão da competência originalmente atribuída ao Tribunal do Santo Ofício (perseguição dos heréticos), demonstrava que a ritualística do Santa Inquisição serviria como mecanismo de controle social, afinal o controle do poder punitivo é o próprio exercício de controle social:

“Na realidade essa prática tinha por fim a busca da solução para os crimes – ou talvez pecados, formando os delitos de lesa-majestade divina – através de todos os meios possíveis, inclusive a ocorrência natural da tortura, uma vez que o exercício do poder soberano na punição de crimes é sem dúvida uma das partes essenciais na administração da justiça, como afirmara Foucault”<sup>52</sup>.

Assim, quando a "ordem pública" é chamada a substituir a "luta contra o mal" e o procedimento inquisitório passa a ser empregado como instrumento de controle social pelo Estado, surge, no sistema jurídico laico, um sistema

---

<sup>50</sup> Detendo métodos “infalíveis” de investigação da alma, a Inquisição afirmava-se como instância privilegiada de inspiração divina para apanhar suspeitos, arrancar confissões e condenar os inimigos da massa. Ela os detectava entre os elementos sociais que mais incomodavam o Estado e a Igreja, e dos quais podia tirar proveito. Seus qualificadores examinavam as provas e acusações formuladas contra os réus e determinavam se os fatos narrados envolviam heresias, censurando, além dos livros e impressos, imagens e pinturas. Eles detinham o que hoje chamaríamos de “conhecimento científico” do Mal e que na época se entendia ser o “conhecimento teológico” para identificar os hereges – um conhecimento “certo”, “justo”, “trascendente”, que não cabia ao homem comum e que esse devia simplesmente acatar, por vir de uma autoridade legitimada por Deus. (NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculo de massa (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 81-82).

<sup>51</sup> EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 97.

<sup>52</sup> SAMPAIO, Denis. A Verdade no Processo Penal. A permanência do Sistema Inquisitorial através do discurso sobre a verdade. (Rio de Janeiro: 2010, Lumen Juris). p. 119.

penal de natureza inquisitório. Então, diversas daquelas características anteriormente atribuídas ao sistema persecutório da Santa Inquisição, como a sigiliosidade, a valorização do procedimento escrito, *et cetera*, são replicados no processo penal laico. Dentre elas, três elementos dessa "importação", revelam-se essenciais para o que propôs para a pesquisa desenvolvida: a verdade real, o sistema de provas tarifadas e a utilização da tortura.

#### 1.4.1 Verdade real

O princípio da Verdade real alinha-se com uma estrutura de poder teocentrista da Igreja Católica, que se edifica a partir de mitos e dogmas.

A doutrina Católica estabelece a existência de um mal ao qual o homem é eternamente inclinado a participar através do pecado. O mundo material, essencialmente perverso, corrompe o fiel para longe do Reino de Deus e o atrai para o erro capital. Desta maneira, o papel da Igreja de Deus como guia espiritual do homem na Terra, é resguardá-lo contra as tentações do Demônio, fonte de todo mal.

Esta lógica de enfrentamento do pecado traz um elemento essencial para o sistema inquisitorial: a inegável existência de um mal anterior.

Ora, se o homem será sempre pecador e o mal é uma força eternamente presente no mundo contingencial, então o enfrentamento do pecado parte, antes de mais nada, de combater sua existência no meio social.

Nesse sentido, passar pelo procedimento inquisitório é servir de objeto para a certificação de uma situação anterior presumidamente existente<sup>53</sup>. O

---

<sup>53</sup> “Provisto de instrumentos virtualmente irresistibles, el inquisidor tortura los pacientes como quiere; dentro de su marco cultural pesimista el animal humano nace culpable; estando corrompido el mundo basta excavar em um punto cualquiera para que aflore el

papel do inquisidor em tal contexto é o de estabelecer qual é esta hipótese real que deverá ser comprovada e então verificar sua existência, daí sua dupla função de acusar e julgar.

O que se assume como a verdade real no processo Inquisitorial é justamente a hipótese predeterminada pelo investigador baseada na eterna propensão da humanidade ao pecado.

"Assim, citando Bettial, retrata Salo que o processo inquisitivo é infalível, pois o resultado é determinado previamente pelo próprio juiz-acusador. A sentença é potestativa e plena, e, na maioria das vezes, não admite recurso, pois o divino encarnado pelo Santo Ofício não se contradiz e não admite questionamento, ou seja, é perfeito e não suscetível ao erro. Dessa forma, Juiz-Acusador formula uma hipóteses e realiza a verificação. A verdade admitida como 'adaequatio rei et intellectus' é atingível e deve ser alcançada. Esta verdade, verdade material [verdade real], já existe como hipótese na mente do Juiz-Acusador, deve, por outro lado, ser atingida solipsisticamente. O contraditório perturba esta investigação. A poluição da prova daquela verdade já postulada é o maior de todos perigos. Daí resulta o sigilo do processo, a ausência de indiciado ou do seu defensor na aquisição da prova que poderá servir para fundamentar a sentença de condenação. Deve-se lembrar ainda que o modelo inquisitório não se restringia apenas no procedimento criminal, mas na cultura social e na linguagem jurisdicional. Portanto, não só a forma desse sistema deveria ser identificada, mas, principalmente, sua essência"<sup>54</sup>.

Assim o inquisidor deve formular a essa verdade pressuposta que servirá de parâmetro para buscar novos indícios e organizar as provas colhidas. Tudo com o objetivo de comprovar a hipótese formulada, como peças de um quebra-cabeça cuja tela final foi criada por ele mesmo:

"El inquisidor labora mientras quiere, trabajando em secreto sobre los animales que confiesan; concebida uma hipótesis, sobre ella edifica cabalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre um Portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone lãs piezas como Le conviene: la inquisición es um mundo verbal semejante al onírico;

---

mal. Este axioma elimina todo escrúpulo de la investigación" (CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 23).

<sup>54</sup> SAMPAIO, Denis A Verdade no Processo Penal. A permanência do Sistema Inquisitorial através do discurso sobre a verdade (Rio de Janeiro: 2010, Lumen Juris). p. 116-117.

tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven em cuadros manipulables".<sup>55</sup>

Assim, o exercício de convencimento do julgador, atualmente exercido pela defesa e acusação, naquele cenário era um exercício que partia do julgador em demonstrar, em um exercício retórico de auto legitimação, o acerto em suas pressuposições acusatórias.

Adiante, o fundamento da verdade real foi basilar para todo sistema inquisitorial. A Igreja Católica conseguiu forçar sua presença nas cidades da Baixa Idade Média em grande parte pela certeza de que havia um mal a ser perseguido. Afinal, o medo do sobrenatural ainda assombrava o imaginário cristão e a Santa Sé indiscutivelmente conseguiu se aproveitar disso para justificar as Cruzadas e os Tribunais de Inquisição.

Duas das principais obras de referência inquisitorial contemporâneas ao período, o Manual do Inquisidor de 1525 e o Martelo das Feiticeiras de 1484, são claras em demonstrar como a noção de um mal pressuposto pelo Inquisidor é essencial para justificar o procedimento adotado.

O Martelo das Feiticeiras discorre amplamente sobre a existências das bruxas<sup>56</sup> e a forma como se relacionam com as forças dos demônio afim de corromper o homem<sup>57</sup>. A existência de um mal absoluto e anterior ao procedimento investigativo (tratado posteriormente na obra) é inegável. Os autores apenas teorizam coerentemente a correlação entre esta maldade e o mundo material.

---

<sup>55</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 23.

<sup>56</sup> "Do que já se disse, tiramos a seguinte conclusão: a opinião mais certa e mais católica é a de que existem feiticeiros e bruxas que, com a ajuda do diabo, glaças a um pacto com ele firmado, se tornam capazes, se Deus assim permitir, de causar males e flagelos autênticos e concretos, o que não torna improvável serem também capazes de produzir ilusões, visionárias e fantásticas, por algum meio extraordinário e peculiar". (KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011) p. 56).

<sup>57</sup> "Seja por solicitação das bruxas ou não, os demônios são capazes de possuir e ferir os homens de cinco modos diferentes. Quando o fazem por insistência das bruxas, maior a ofensa a Deus e maior seu poder para molestar os homens". (KRAMER, H.; SPRANGER, J., op. cit., p. 266).

Por sua vez, o Manual dos Inquisidores, já referenciado neste trabalho, coloca naquele que é submetido à Inquisição a sina de pecador antes mesmo de qualquer processo de conhecimento<sup>58</sup>. Não se preocupa em saber se o investigado é de fato culpado, mas em localizar o pecado e identificar sua extensão. Ou seja: o mal está no mundo e o papel do inquisidor deve ser ativamente persegui-lo.

Franco Cordero bem sintetiza a mentalidade da época:

“Nace una mística: descubre y elimina herejías o delitos, combate potencias maléficas em una cruzada cotidiana; es mérito suyo que el mundo no termine devorado por el diablo; se fuera neutral, sería cómplice del infierno y los escúpulos son cobardía.”<sup>59</sup>

Existindo uma verdade real, os procedimentos de investigação seriam sempre razoáveis. Afinal, o que é o bem estar de uma pessoa perto da salvação de toda a humanidade? O que estava em jogo não era a ordem pública, mas a prevalência do bem sobre a influência do mal.

Não havia garantia, direito ou valor que se opusesse ao método investigativo inquisitório. E ainda não se pudesse falar de Direitos Humanos, a própria noção cristã de piedade e respeito ao próximo não representavam qualquer obstáculo para o trabalho exercido pelo Tribunal do Santo Ofício, pois desde o século XI a ideologia de luta de bem contra o mal começava a se sobrepor à benevolência cristã para com o próximo.

Ademais, na concepção criada, o herege não era entendido como digno de qualquer benesse. Também, tamanha a crença na infalibilidade do juízo de Deus através da Inquisição, que não havia dúvidas de que somente os infiéis seriam condenados por ele. Tão cega era esta percepção, que Heinrich Kramer afirma:

---

<sup>58</sup> "Nunca haverá de sobra a prudência, a circunspecção e a dureza do inquisidor no interrogatório do réu. Os hereges são muito astutos em dissimular seus erros, fingir santidade e em verterem fingidas lágrimas para poderem abrandar os juízes mais rigorosos. Um inquisidor deve se armar contra essas manhas, supondo sempre que o querem enganar". (EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 03).

<sup>59</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 21.

"Ora, estamos aqui a nos referir a fatos reais: não é de nosso conhecimento que alguma pessoa inocente já tenha sido punida por mera suspeita de bruxaria: Deus nunca há de permitir que isso aconteça"<sup>60</sup>.

Quando é transportada para o sistema jurídico, a busca da verdade real deixa de ser uma busca pelo pecado e passa a ser pelo crime.

Contudo essa transposição não altera a forma como o sistema enxerga o investigado, pois a sua culpa continua sendo um pressuposto da investigação que legitima o uso dos métodos necessários à averiguação. Foucault esclarece a questão ao explicar o fundamento de utilização da tortura:

"Como pode uma pena ser utilizada como um meio, se perguntará mais tarde. Como se pode fazer valer a título de castigo o que deveria ser um processo de demonstração? A razão está na maneira como, na época clássica, a justiça criminal fazia funcionar a demonstração da verdade. As diferentes partes da prova não constituíam outros tantos elementos neutros; não lhes cabia serem reunidas num feixe único para darem a certeza final da culpa. Cada indício trazia consigo um grau de abominação. A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas; peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim uma meia-prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada; fazia dele um meio-culpado,; o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como "um pouco" criminoso. Enfim, a demonstração em matéria penal não obedecia um sistema dualista; verdadeiro ou falso; mas um princípio de gradação continua: um grau atingido na demonstração já formava um grau de culpa e implicava conseqüentemente num grau de punição"<sup>61</sup>.

Assim, busca da verdade real, pelo sistema investigatório inquisitorial, vai ao encontro desta verdade ontológica – de um indivíduo previamente pecador<sup>62</sup> – e com ela é bem sucedida ao justificar os métodos inquisitórios.

---

<sup>60</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011) p 277.

<sup>61</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir (Pertrópolis: Vozes, 2010), p. 43.

<sup>62</sup> Uma reflexão necessária é de que, no campo da fé, existe uma doutrina que estabelece a existência perpétua de um mal que tenta o ser humano. No mundo dos homens, contudo, o crime não é predeterminado pelas leis. Sua verificação não pode ser presumida, pois não se supõe sua existência. Afinal, o cristianismo não vislumbra um mundo sem pecado, mas é possível uma sociedade sem crimes. Por isso mesmo a noção de verdade real é, já na sua origem, pernicioso à formação de um Direito Processual Penal construído a partir do princípio do Estado de Inocência (Constituição Federal de 1988, art. 5.º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória).

Denis Sampaio, citando Jacinto, é feliz em demonstrar que nisso reside o verdadeiro mérito da Inquisição:

“Portanto, de forma resumida, expõe Jacinto que a inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório. Esses mecanismos são perfeitamente difundidos à cultura social, o que autoriza sua aplicação indiscriminada. O herege é aquele que se recusa a repetir o discurso da consciência coletiva. Interpretando a forma manualística da Inquisição, Boff expõe que curiosíssimos são os ‘dez truques dos hereges para responder sem confessar’ e os ‘dez truques do inquisidor para neutralizar os truques dos hereges’. A malícia da mente do inquisidor é completa. A astúcia é refinadíssima. Como faziam os interrogadores militares da repressão política, deve-se, diz o Manual, dar a impressão de que sabe tudo”<sup>63</sup>.

E se é através da busca da verdade real que se justifica o sistema (inquisitório), então a verdade real é referencial tanto para o sistema de provas tarifadas como para a utilização da tortura, ainda que de modo intrínseco.

#### **1.4.2 Sistema de provas tarifadas**

Partindo da presumida possibilidade de se alcançar a verdade real, todo o sistema inquisitório se apresenta direcionado à perseguição realidade ontológica.

Em outras palavras, todo o sistema se volta para encontrar a verdade (pecado) presumida pela acusação.

---

<sup>63</sup> SAMPAIO, Denis. A Verdade no Processo Penal. A permanência do Sistema Inquisitorial através do discurso sobre a verdade. (Rio de Janeiro: 2010, Lumen Juris). p. 119.

Especialmente quanto ao elemento probatório, percebe-se a função da prova absolutamente dirigida a atender unilateralmente às intenções acusatórias. Logo, não se confere qualquer valor defensivo à prova, servindo, esta, sempre a buscar o mal e jamais a comprovar a inocência. Trata-se de um sistema que concede ao julgador uma parca liberdade na avaliação das provas, já que seu papel fica adstrito a colhê-las de acordo com o critério legal.

“A conjugação de forças para se chegar a uma decisão condenatória retrata a característica indelével desse modelo inquisitório, até porque a presunção de culpabilidade daqueles que respondiam pela suposta prática de um delito era a regra. Espelhava-se, assim, numa ampla discricionariedade de obtenção de elementos fáticos pelo investigador, que também possuía a função de acusar e julgar. Como historiciza Foucault, o suspeito, enquanto tal, merecia sempre um certo castigo; não se podia ser inocentemente objeto de pesquisa. A suspeita implicava ao mesmo tempo, da parte do juiz um elemento de demonstração, da parte do acusa a prova de uma certa culpa, e da parte da punição uma forma ilimitada de pena. Um suspeito que continuasse suspeito não estava inocentado por isso, mas era parcialmente punido”<sup>64</sup>.

Através do formalismo, o legislador restringe a o papel do juiz, impedindo-o de avaliar a prova pela sua robustez e capacidade probatória. Ao inverso, estabelece um valor diferenciado para cada tipo de prova durante o procedimento.

A partir de tal valoração, estabelece-se, com Gregório IX, uma estrutura de hierarquia dentro do sistema de provas. Ou seja: certas provas têm mais valor que outras no exercício de busca da verdade pelo inquisidor:

“O procedimento inquisitório favorece o surgimento de minuciosa rede de regras sobre o valor de cada meio de prova, que resultará no chamado regime de provas legais. Gregório IX promoveu uma classificação das provas, arrolando a confissão (destacada das demais, porquanto como veremos a confissão no processo penal canônico em verdade dispensa a prova), as testemunhas, os documentos, as presunções e o juramento”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 116-117.

<sup>65</sup> BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. (Rio de Janeiro: 2002, Revan). p. 235.

A lógica criada a partir desta estrutura permite afirmar um sistema de tarifação de provas, de modo a se conceber algumas provas como melhores a alcançar determinada qualidade de certeza, do que outras.

O julgador fica adstrito ao valor particular de cada prova segundo estabelecido abstratamente pelo legislador, embora seja dele (julgador) a autoria da hipótese acusatória que se deseja comprovar. Deverá então seguir o extremo formalismo previsto pelo procedimento, a fim de ordenar a marcha processual e utilizar oportunamente os métodos apropriados à colheita das provas.

Note-se, por exemplo, o evidente papel das provas testemunhais na formulação da tese acusatória. Embora o sistema lhes dê especial relevo no alcance da "verdade", ele também determina uma ritualística em sua apreciação:

“Nas causas de heresia, por respeito à fé, são admitidos testemunhos de excomungados, os cúmplices do acusado e infames e os réus de um delito qualquer. Para fins de heresia, estes testemunhos valem contra o acusado e nunca a seu favor. [...] Em rigor duas testemunhas bastam para falar em sentença definitiva contra o herege, é o que nos parece mas conforme à equidade não considerar esta prova como plena, quando não se pode juntar a ela a má fama do acusado, indulgência esta necessária porque no processo de heresia não se segue a prática dos demais tribunais, nem se faz acareação do réu com as testemunhas, e nem se deixa saber quem são estas, providências todas tomadas em defesa da fé”.<sup>66</sup>

Fica claro que, neste modelo de pesos diversos, a confissão do acusado ganha o papel de *regina probarum*, ou rainha das provas. De fato, a identidade entre a doutrina que fundamenta a liturgia Católica e aquela sobre a qual o Tribunal da Santa Inquisição se justifica, permite a Confissão ganhar essa importância como elemento de prova.

Transformada em sacramento por Inocêncio III, a confissão torna-se o principal instrumento de descoberta dos pecados. A busca dos fiéis pela salvação e perdão pelas faltas cometidas perante a Deus, faz com que surja

---

<sup>66</sup> EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 21-23.

uma ilusão de que a realidade pecaminosa poderia eficientemente ser alcançada pela confissão do pecador.

Mandamento eclesiástico aparentemente pouco relevante, a confissão, revela a intenção do então Papa, Inocêncio III, em estender a presença da Igreja Católica. Não mais até os Mouros e além do Ocidente, mas na residência de cada fiel, entre as famílias católicas e na intimidade de cada um.

Inocêncio desejava que o pequeno clero se tornasse os olhos e ouvidos da Igreja dentro das casas dos fiéis e assim a heresia poderia ser combatida e o poder da Igreja infiltrado nos capilares da sociedade.

Mais do que uma decisão com conotações políticas subtendidas, a sobrevalorização da confissão traz consigo uma perigosa ideia intrínseca: há sempre uma verdade a ser descoberta.

Este mito, quando transportado para a Inquisição, torna a confissão uma prova de especial valor. Passa então a encabeçar, acima de qualquer elemento concretamente mais verossímil, o sistema abstrato de provas legais.

Aquele que se torna objeto de investigação é amplamente induzido a confessar, já que apenas a confissão serve sozinha a embasar uma sentença condenatória e dispensa maiores esforços investigativos. Inclusive, tamanho era o caráter definitivo da confissão, que no plano secular, por vezes a confissão era pressuposto para a condenação à pena de morte:

“A justiça comum exige que a bruxa não seja condenada à morte a menos que tenha sido declarada culpada por própria confissão”<sup>67</sup>.

Para tanto, não apenas a tortura se apresentava como método (embora o mais eficiente), conforme se verá adiante, mas toda forma de engodo e astúcia que se fazia possível:

---

<sup>67</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011) p. 428.

“Um deles, segundo Frei Manuel Calado, era a fraude. Os holandeses mandavam aos condenados, como se fossem sacerdotes católicos, predicantes calvinistas: logo acudiam os pastores protestantes “como lobos carniceiros e lhes metiam em cabeça que eram Sacerdotes, e confessores, e que lhes confessem a culpa, porque haviam presos, que eles os faziam ajudariam a livrar, e com suas razões satíricas faziam vomitar a alguns ignorantes as culpas, que se não podiam verificar senão por suas confissões, e logo iam dizer aos do supremo Conselho, e ao Fiscal o que os pobres ignorantes lhes diziam, às vezes dizendo de suas casas o que nem por pensamento tinham ouvido; e os ministros da justiça, e o Fiscal só com os ditos dos Predicantes pronunciavam a sentença de morte”<sup>68</sup>.

Perceba-se que, não obstante a existência de um procedimento formal para a instrução probatória, a confissão do investigando supre qualquer deficiência ou ilicitude observada na colheita das provas.

Ademais, todo o conteúdo trazido aos autos volta-se diretamente a obter a confissão, como se alcançá-la fosse a chancela final de que o sistema é eficiente em perseguir o herege.

E desta forma se estabelece a relação entre os níveis de tarifação de prova. Aquelas com menos valor se voltam para servir aquelas de maior valor, e assim sucessivamente até que ao fim todas sejam empenhadas a alcançar a confissão:

“Tendo tomado tais precauções, e depois de dar à bruxa Água Benta para beber, que torne a interrogá-la, exortando-a a confessar a verdade de todo modo, como no interrogatório anterior. E enquanto ela estiver sendo suspensa do chão, caso seja torturada dessa forma, que o Juiz Leia ou faça ler para ela os depoimentos das testemunhas com os seus nomes, dizendo: “Vê! Foste condenada pelas testemunhas.” Além disso, se as testemunhas se mostrarem dispostas a confrontá-la face a face, o Juiz deverá perguntar-lhe se irá confessar os crimes caso coloque as testemunhas perante ela. Se consentir, que sejam trazidas as testemunhas e que postem diante dela, para que seja coagida a confessar alguns dos crimes”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> PINHO, Ruy Rabello. História do direito penal brasileiro: período colonial (São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973), p. 170.

<sup>69</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011) p. 440-441.

É de se notar que o sistema de provas tarifadas é também responsável por retroalimentar a máquina inquisitiva. Não apenas por se basear inteiramente na existência de uma verdade real, como foi oportunamente tratado, mas por dar à confissão aquele papel de rainha das provas.

### **1.4.3 Instrumentalização institucionalizada da tortura**

E se a prova de uma determinada natureza, a confissão, se apresenta como imensamente mais importante que as demais, então os meios para alcançá-la são legítimos, especialmente quando o valor que se dá à busca (e alcance) da verdade é tamanho que justifica a violação da integridade física do indivíduo. Afinal, ainda não se concebia qualquer valor inerente ao ser humano, que se apresentasse como obstáculo ao procedimento persecutório.

Nesse contexto em que as premissas são controladas pelos operadores do sistema, o raciocínio lógico é o seguinte: existe uma verdade; tal verdade é acessível pela confissão; através da tortura inevitavelmente se chega à confissão<sup>70</sup>.

Muito comumente pensa-se que a tortura, como método, é anterior ao estabelecimento do sistema inquisitório e poder-se-ia dizer que aquele sistema é condizente com uma época de barbáries e abusos contra o ser humano enquanto tal, nada tendo de absurdo no estabelecimento da tortura em seu âmago. No entanto, elucidada Le Goff que:

“A Inquisição, seguindo um novo método judiciário chamado precisamente método “inquisitório” e não mais “acusatório”, consistia em interrogar o acusado para obter a confissão de sua culpa. Ela instituiu uma Europa de confissão, mas muito rapidamente a confissão foi extorquida pela tortura. A tortura era muito pouco utilizada na Alta Idade Média, pois o hábito da

---

<sup>70</sup> BAIGENT, Michael. *A Inquisição* (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 89.

Antiguidade era limitá-la aos escravos. A Inquisição ressuscitou-a e estendeu-a aos leigos e leigas.”<sup>71</sup>.

Essa afirmação significa que a retomada da tortura em relação aos “cidadãos comuns” – por assim dizer daqueles que não se encontram entre os escravos - obedeceu a uma necessidade trazida pela implantação da Inquisição. Quer dizer que ela só ressuscitou no meio judiciário porque, ao menos em tese, atendia criteriosamente aquilo a que se propunha a nova ordem jurídica imposta pela Igreja.

Todavia, qualquer instrumento só é útil enquanto consegue auxiliar na realização daquilo que se propõe. Cabe então a pergunta: a tortura, como ferramenta, é, ao menos em abstrato, hábil a alcançar seus propósitos? Responder a isto demanda maiores reflexões.

Embora não tenha sido uma disposição do Tribunal do Santo Ofício nos primeiros anos após seu surgimento<sup>72</sup>, a Inquisição veio a introduzir técnicas de tortura nos procedimentos de interrogatório aos hereges, afim de que o procedimento perseguisse sempre o melhor dos elementos probatórios:

“Sob a aparente pesquisa intensa de uma verdade urgente, encontramos na tortura clássica o mecanismo regulamentado de uma prova; um desafio físico que deve decidir sobre a verdade; se o paciente é culpado, os sofrimentos impostos pela verdade não são injustos; mas ela é também uma prova de desculpa se ele for inocente. Sofrimento, confronto e verdade estão ligados uns aos outros na prática da tortura; trabalham em comum o corpo do paciente. A investigação da verdade pelo suplício do “interrogatório” é realmente uma maneira de fazer aparecer um indício, o mais grave de todos – a confissão do culpado; mas é também a batalha, é a vitória de um adversário sobre o outro que

---

<sup>71</sup> LE GOFF, Jacques, As Raízes medievais da Europa; tradução de Jaime A. Clasen (Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007), p. 124.

<sup>72</sup> “Nos primeiros tempos que sucederam o estabelecimento da inquisição, os inquisidores não mandavam colocar o réu à tortura, para não incorrer em irregularidade, tendo competência para isto os juízes populares, em virtude da proclamação do Papa Inocêncio IV que manda os magistrados que pressionem com tormento os hereges, assassinos de almas e ladrões da fé em Cristo e dos sacramentos de Deus, forçando com que confessem seus delitos e delatem os demais hereges cúmplices seus. Porém, notando que os processos não eram suficientemente secretos, resultando em graves prejuízos à fé, pareceu mais conveniente e proveitoso atribuir aos inquisidores a faculdade de sentenciar a tormento sem intervenção dos juízes populares, dando lhes junto com ela a absolvição mútua de alguma irregularidade na qual se possa incorrer, como por exemplo a morte”. (EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 49-50).

“produz” ritualmente a verdade. A tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo”<sup>73</sup>.

Quanto aos métodos de tortura utilizados pelo sistema, não existiu nenhum rol exaustivo de maneiras de se proceder ao tormento. A variedade era tão ampla quanto a imaginação humana podia conceber. Neste ponto, surpreende o quanto a genialidade humana, capaz de tantas proezas benignas, pôde ser tão criativamente empregada para um propósito cruel.

Eymérico sustenta que “como o direito canônico não descreve esta ou aquela tortura em particular, podem os juízes lançar mão das que pareçam mais convenientes para pressionar o réu a confessar o seu delito, de uma vez que não sejam torturas desusadas”. Cita ainda cinco gêneros usuais de tortura e quatorze outras citadas por inquisidores célebres da época<sup>74</sup>.

Contudo, fazendo a devida análise histórica do momento, Michael Baigent sintetiza os métodos efetivamente mais utilizados pela Inquisição:

"Havia a toca, ou tortura pela água, na qual se forçava água pela goela da vítima abaixo. Havia o potro, onde a vítima era amarrada num ecúleo com cordas apertadas, que podiam ser apertadas mais ainda pelo torturador. E havia a garrucha, ou polia, versão espanhola do strappado italiano. Nesse procedimento amarravam-se as mãos da vítima às costas e depois a penduravam pelos pulsos numa polia no teto, com pesos amarrados nos pés. Levantavam-na muito devagar para maximizar a dor, depois baixavam-na alguns pés com uma brusquidão e violência que deslocavam os membros(...). Mais tarde, na carreira da Inquisição espanhola, entraram em uso outras técnicas. A vítima podia ser amarrada a um ecúleo, por exemplo, com cordas que eram progressivamente apertadas até entrarem nos ossos. E havia inúmeros outros refinamentos, obscenos demais para ser transcritos. Tudo que as depravadas imaginações dos Inquisidores idealizavam acabava sendo sancionado".<sup>75</sup>

Interessante a observação feita por Luiz Nazario a respeito do critério para a seleção do método adequado. Explica que se fazia um juízo quanto ao tormento adequado à cada indício, de acordo com sua gravidade:

---

<sup>73</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir (Pertrópolis: Vozes, 2010), p. 42.

<sup>74</sup> EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 50.

<sup>75</sup> BAIGENT, Michael. A Inquisição (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 90-91.

“O suspeito “suficientemente torturado” era aquele que recebia tormentos de gravidade comparável à gravidade dos indícios, sem confessar. O “máximo justo” era duas séries completas de torturas durante 15 dias, um instrumento diferente por dia. O potro e a polé eram as torturas mais empregadas”.<sup>76</sup>

Na verdade, como o suplício é anterior à inquisição, algumas das técnicas de tortura não foram criações do próprio período, mas adaptações de métodos já utilizadas no passado, como afirma Franco Cordero:

“La tortura es um médio clásico para arrancar la verdad. Desconocida de la vieja práctica acusatória (desarrollada com arreglo a moldes germánicos) figura em el *Corpus iuris*; es obvio que los penalistas la importaron; el retardo de más de um siglho, com respecto a la difusión de la sabiduría romanística, depende de la usual inercia del dato positivo. Pero habría surgido aun cuando no la acreditaran textos venerables, pues se asemeja mucho al nuevo sistema y también a las ordalías, de las cuales no resulta claramente distinguida de la primera aparición conocida (Estados Veroneses, 1228), pues cuando resiste a los tormentos, el acusado purga los indicios”.<sup>77</sup>

A função específica da tortura em alcançar uma verdade real através da confissão, ganha uma conotação medicinal ao ser associada ao objetivo geral de combater a heresia. Afinal, se o combate ao infiel era uma luta pela salvação das almas, a tortura que expiava os pecados era uma terapia para a alma.

Ademais, é notável que a espetacularização que revestia os Autos de Fé contaminava também os métodos de suplício que se valiam das ferramentas mais aterradoras quanto possíveis.

De toda feita o procedimento institucionalizado prescreve a tortura em diversas situações<sup>78</sup>:

---

<sup>76</sup> NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculo de massa (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 80.

<sup>77</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 22.

<sup>78</sup> Além destas, Eymérico aponta outras hipóteses de aplicação do tormento, quando, por exemplo quando os demais meios tiverem sido infrutíferos para se chegar à verdade ou quando o interrogado confessar os pontos menos graves mas não confessar os mais graves.

“Dá-se tormento, primeiro, ao réu que varia nas circunstâncias, negando o feito principal. Segundo, ao herege notório que, sendo de conhecimento público sua heresia, tem contra si, ainda que seja só uma testemunha que o viu dizer ou fazer algo contra a fé, porque em tal caso este testemunho e a má reputação do réu são dois indícios que fundamentam sem comprovação e é o que basta para colocá-lo em tortura. O terceiro, mesmo que não haja testemunha alguma e o comportamento de heresia tenha indícios veementes, mesmo que seja apenas um, também se deve dar tormento. O quarto, ainda que não seja o réu reputado herege, um só testemunho de quem tenha visto ou ouvido dizer ou fazer algo contra a fé, somando a uma circunstância ou muitos indícios veementes, bastam para prover o tormento. Genericamente falando destas coisas, um testemunho de vista, um mau comportamento em matéria de fé, um indício veemente, uma só não basta, duas são necessárias e bastantes para dar tormento”<sup>79</sup>.

Perceba-se que, através dos suplícios, extraia-se do investigado apenas informações hábeis a confirmar a tese acusatória. É um método que serve ao acusador e nunca ao acusado, servindo a demonstrar que o único compromisso do procedimento inquisitorial é mesmo a busca da verdade previamente estabelecida pelo acusador.

Então, através dos tormentos, alimentava-se o sistema, tanto ao conferir-lhe uma aparência de eficiência, quanto ao disseminar – pelo temor em ser alvo dos procedimentos investigatórios – o medo entre a população, de modo a permitir o controle social desejado pela Igreja e depois pelo Estado<sup>80</sup>.

Não havia, contudo, a intenção de se dar ao tormento o caráter de pena. Não se deve confundir. À violência à integridade física decorrente da tortura atribuía-se, ao tempo da Inquisição Católica, inclusive, um caráter medicinal. Não se considerava também um como adiantamento de pena, nem naquele primeiro momento, nem quando trazidos ao processo judicial laico, os tormentos provocados para se obter a confissão. De fato, como bem explica

---

<sup>79</sup> EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 46.

<sup>80</sup> “Quando todos os apelos se tornarem inúteis, será colocada a questão de tormento e assim se procederá ao interrogatório, iniciando pelos pontos menos graves de que está sindicado, porque antes ele confessará as culpas leves do que as graves. Se continuar negando, serão mostrados os instrumentos de outros suplícios, dizendo-lhe o que sofrerá se não confessar a verdade. Por fim, se não confessar, poder-se-á dar continuidade ao tormento durante dois ou três dias, mas a continuidade não significa repetição, porque não se pode repetir sem novos indícios arrolados na causa, porém é lícito continuar.” (EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 47).

Foucault existe diferença entre a tortura enquanto método, e a produção de suplícios através da pena:

“Inexplicável, talvez, mas certamente não irregular nem selvagem. O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; [...] O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas.”<sup>81</sup>.

Além disso, o conceito de tortura que se trabalha neste ponto, ou seja, como método de obtenção da verdade e como elemento do procedimento inquisitorial, não se confunde com a aplicação arbitrária de suplícios.

“O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios se investe toda a economia do poder”<sup>82</sup>.

Existe uma diferenciação fundamental entre a imposição desregulada de dores e agressões ao corpo e a utilização metódica de sofrimento aos objetos do procedimento inquisitório<sup>83</sup>.

No primeiro caso, nada mais há do que mera violência.

Por outro lado, na segunda hipótese, há um método oficialmente implementado a partir de parâmetros “eficazes” para se alcançar o conhecimento daquela verdade presumida:

---

<sup>81</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir (Pertrópolis: Vozes, 2010), p. 36.

<sup>82</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir (Pertrópolis: Vozes, 2010), p. 36.

<sup>83</sup> E não apenas metódico como solene. Havia sessões formais de investigação e interrogatório da Inquisição que contavam com a presença de "um escrivão e secretário, junto com os Inquisidores, um representante do bispo local, um médico e o próprio torturador, em geral o carrasco secular público. Tudo era anotado meticulosamente - as perguntas feitas, as respostas e reações do acusado". (BAIGENT, Michael. A Inquisição (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 88).

“Pode-se a partir daí encontrar o funcionamento do interrogatório como suplício de verdade. Em primeiro lugar, o interrogatório não é uma maneira de arrancar a verdade a qualquer preço; não é absolutamente louca a tortura dos interrogatórios modernos; é cruel, certamente, mas não selvagem. Trata-se de uma prática regulamentada, que obedece um procedimento bem definido, com momentos, duração, instrumentos utilizados, comprimentos das cordas, peso dos chumbos, número de cunhas, intervenções do magistrado que interroga, tudo segundo os diferentes hábitos cuidadosamente codificados”<sup>84</sup>.

Tudo isso corroborado por uma consistente doutrina católica que apresentava uma sistematização coerente de fundamentos para se enfrentar o mal que infectava o mundo através da influência sorradeira do demônio<sup>85</sup>.

Ao contrário do que a lógica moderna, contaminada pelo humanismo do século XVIII faz pensar, a confissão obtida através dos tormentos não era considerada absurda. Certamente não parecia ser senso comum que o indivíduo submetido à tortura falaria qualquer coisa para se ver livre e nenhuma verdade seria realmente alcançada desta forma.

Por outro lado, percebe-se nas recomendações de Henrich Kramer, a intenção de forçar a interpretação de qualquer conduta dos interrogados, como atos típicos de uma bruxa/bruxo, de modo a justificar os métodos:

“Se desejar saber se a acusada possui o poder maléfico de preservar o silêncio, que repare se ela é capaz de soltar lágrimas ao ficar em sua presença, ou quando estiver sendo torturada. Pois aprendemos tanto pelas palavras de velhos sábios quanto pela própria experiência que este é sinal quase inequívoco: verifica-se que mesmo quando a acusada é premida e exortada por conjurações solenes a derramar lágrimas, se for de fato uma bruxa, não vai chorar, não obstante assuma um aspecto choroso e molhe as bochechas e os olhos com saliva para dar a impressão de lacrimejamentos; pelo que deve ser diligentemente observada pelos presentes.

[...]

O motivo da incapacidade de derramar lágrimas talvez esteja no fato de que a graça das lágrimas é um dos principais dons

---

<sup>84</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir (Pertrópolis: Vozes, 2010), p. 41.

<sup>85</sup> "Porque as Sagradas Escrituras, na Sua autoridade, dizem que os demônios têm poderes sobre o corpo e sobre a mente dos homens, quando Deus lhes permite exercê-lo, ao que se faz ilusão explícita em muitas passagens". KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011) p. 50).

concedidos ao penitente; pois S. Bernardo nos diz que as lágrimas dos humildes podem penetrar nos céus e conquistar o incontestável. Portanto, não há dúvida de que estejam desagradando ao demônio, e que ele usa de todos os seus poderes para contê-las, para impedir que a bruxa por fim atinja o estado de penitência”<sup>86</sup>.

Através da fundamentação doutrinária e da espetacularização promovida pelos Autos de Fé, a tortura institucionalizada no procedimento inquisitório se mostrava como extremamente eficiente para alcançar seus objetivos. Vista desta forma, foi logo permitida ao juízo civil pela supracitada bula *Ad extirpanda* de Inocêncio IV<sup>87</sup>.

Transferir a tortura para o procedimento da jurisdição laica significou também a coroação, na esfera secular, de todo o sistema de tarifação de provas, bem como a perseguição irrestrita de uma verdade real. Foi a decretação definitiva, mas implícita, de que não só a alma deveria ser protegida a todo custo, ainda que sobre o padecimento absoluto do corpo, mas também a ordem pública se elevava ao *status* de um valor hábil a justificar o *jus punientdi*.

Mas se a tortura frequentemente conseguia extrair a confissão de seu objeto, por outro lado a típica imagem de “eficiência” começou a ser manchada. Sua ampla utilização levou ao surgimento de testemunhos falsos e denúncias vazias, como aponta Ruy Rabelo:

“Mas o pior é que além de submeterem também as testemunhas aos tormentos, facilitavam o aparecimento de falsos testemunhos. Assim, quando publicaram um edital com pena de morte que nenhum morador fosse ousado a ter em sua casa arma alguma ofensiva de qualquer qualidade e condição que fosse; e que todo negro cativo, que declarasse que seu senhor tinha alguma arma, lhe dariam a liberdade. Começaram a surgir inúmeros depoimentos falsos e muitos flamengos se concluíram com negros para extorquir dinheiro dos senhores portugueses”<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. op.cit., p. 435.

<sup>87</sup> NAZARIO, Luiz. Autos-de-fé como espetáculo de massa (São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005), p. 88.

<sup>88</sup> PINHO, Ruy Rabelo. História do direito penal brasileiro: período colonial (São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1973), p. 174.

Talvez a situação retratada, já na primeira metade do século XVI, tenha sido o primeiro indício de insustentabilidade do sistema investigativo que usa a tortura como método. Não é por menos.

De fato, a utilização ampla do suplício colocava o particular em situação de constante ameaça de violência pelo Estado, em razão de mera suspeita de ilícito criminal. Essa imensa pressão tornou intermitente o medo de ser submetido ao procedimento em razão de uma denúncia vazia apresentada por qualquer pessoa mal intencionada. Mais ainda, que o procedimento seja utilizado como instrumento de interesses particulares escusos de membros corruptos do poder público.

Note-se que dessa forma se abre espaço para as ferramentas de perseguição inquisitória possam ser utilizadas, ainda que indiretamente, pelos particulares uns contra os outros. A exemplo, note-se a alarmante situação que se instaurou na Espanha e é fidedignamente retratada por Michael Baigent:

"Na Espanha, como em outras partes, as pessoas valiam-se do aparato da Inquisição para acertar velhas contas, tirar vingança pessoal de vizinhos ou parentes, eliminar rivais nos negócios ou no comércio. Qualquer um podia denunciar outros, e o ônus da justificação ficava com o acusado. As pessoas comaçaram cada vez mais a temer os vizinhos, parceiros ou concorrentes profissionais, qualquer um com quem pudessem ter um atrito, qualquer um que houvessem alienado ou antagonizado. A fim de adiantar-se a uma denúncia de outros, as pessoas muitas vezes prestavam falso testemunho contra si mesmas. Não era raro que partes inteiras de uma comunidade confessassem em massa, prendendo-se assim com grilhões de paranoia e medo ao controle da Inquisição".<sup>89</sup>

Cria-se uma situação análoga àquela observada nos sistemas acusatórios tribais em que a proximidade de algumas pessoas com os detentores do poder as beneficiavam em detrimento de outros.

Em outras palavras, a expansão do método de tortura causou sua banalização e levou à descrença generalizada com o sistema, abrindo espaço para que as teorias humanistas do século XVIII recebessem a atenção

---

<sup>89</sup> BAIGENT, Michael. A Inquisição (Rio de Janeiro: Imago, 2001), p. 86.

necessária para teorizar e implementar um novo sistema judicial de bases diferentes das inquisitoriais.

Todavia, o papel da tortura no processo penal pré-humanitário é mais profundo e emblemático ao processo penal do que se pode considerar em uma análise ligeira.

Para se perceber o verdadeiro significado das mudanças do século XVIII, é necessário que se entenda a importância real dessa ferramenta na sistemática processual inquisitória e toda a abrangência de seus fundamentos.

## **CAPÍTULO 2: A TORTURA COMO INSTRUMENTO DE OBTENÇÃO DA VERDADE REAL ENQUANTO CORRESPONDÊNCIA**

Tendo-se apresentado o contexto histórico em que o procedimento inquisitorial se desenvolveu e foi implementado pelos sistemas jurídicos, é agora oportuno centralizar esforços com vistas a compreender de maneira ampla o instituto objeto da presente pesquisa: a tortura.

Pretende-se demonstrar a forma como o a mentalidade pré iluminista acolhia a tortura e como o sistema inquisitório realizava sua operacionalização. É através da percepção da lógica que orientava o emprego institucionalizado dos tormentos, que se abrirá caminho para, em momento posterior<sup>90</sup>, compreender as críticas realizadas ao sistema e as mudanças almejadas através dessas críticas.

### **2.1 A tortura como ferramenta do sistema persecutório inquisitorial**

Primeiramente cabe esclarecer que, ao se falar dos propósitos da tortura, refere-se, indiretamente, aos objetivos do sistema (inquisitorial) que a usa como ferramenta. Ou seja, perguntar se o a tortura consegue alcançar os seus fins é questionar se ela, enquanto instrumento, atinge aos propósitos do procedimento inquisitorial.

Mas quais são esses objetivos do sistema inquisitorial ao qual a tortura passa a servir a partir do século XIII?

---

<sup>90</sup> *Vide* capítulo 3.

A resposta, repisando o que se apresentou no capítulo anterior, coloca a verdade como fim supremo do processo inquisitorial. E quando se fala em verdade, considerando o que já se discutiu, nada mais se deve entender senão uma realidade pronta que inexoravelmente é anterior ao procedimento investigatório e que existe para ser averiguada pelos inquisidores.

“Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão porque a tortura ganhou a importância que ganhou; a confissão virou *Regina probationum*”.<sup>91</sup>

A conclusão não pode ser outra: pretende-se, pela tortura, conhecer a verdade. E se a verdade é o fim de todo sistema inquisitorial, e a tortura, como se demonstrou, é uma ferramenta sua capaz de auxiliar na realização deste fim, então, não resta dúvidas, ela apresenta-se como um método, ou, mais precisamente, o melhor dos métodos trazidos pela inquisição.

“O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conhecimento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental. Ao permitir – sobremaneira – que se manipule as premissas (jurídicas e fáticas), interessa e sempre interessa aos regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser. É o reino do solipsismo, por excelência. Daí ter durado por tanto tempo; e seguir intacto, em muitos pontos, ainda que os novos tempos, pela realidade, duramente o tenham atingido, mormente por lhe desmascarar o falso discurso”.<sup>92</sup>

Se Jacinto Nelson está correto, e o modelo inquisitorial é mesmo o reino do solipsismo, então Franco Cordero tem razão em afirmar que a investigação inquisitorial perde seu escrúpulo ao tentar "escavar o mal" em um ponto qualquer:

---

<sup>91</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado (Brasília, v.46, n. 183, jul./set. 2009), p. 105.

<sup>92</sup> COUTINHO, op. cit., p. 105-106.

“Provisto de instrumentos virtualmente irresistibles, el inquisidor tortura los pacientes como quiere; dentro de su marco cultural pesimista el animal humano nace culpable; estando corrompido el mundo, basta excavar em um punto cualquiera para que aflore el mal. Este axioma elimina todo escrúpulo em la investigación”.<sup>93</sup>

Daí, Cesare Beccaria levanta a questão de que “todo ato da nossa vontade é sempre proporcional à força da impressão sensível de onde se origina: e a sensibilidade de cada homem é limitada. Assim, a impressão da dor pode chegar a tal ponto que, ocupando a sensibilidade inteira do torturado, não lhe deixe outra liberdade que não a de escolher o caminho mais curto, momentaneamente, para se subtrair à pena. Então, a resposta do réu é tão inevitável quanto o seriam as impressões do fogo e da água”<sup>94</sup>.

É a tradução do pensamento moderno de que a tortura é instrumento verdadeiramente inútil para se chegar à qualquer verdade pela confissão, já que o indivíduo submetido ao tormento "confessará" mesmo o que não sabe, para se "subtrair à pena".

Todavia admitiu-se que o sistema inquisitório se sustentou por uma lógica rigorosamente acertada, por que, apesar disso, oito séculos atrás o raciocínio que movimentou o aparato técnico da inquisição fazia sentido, e nos dias de hoje não faz mais?

O raciocínio então construído está formalmente perfeito, sobre isto não há dúvidas. O que torna a conclusão repugnante com a virada dos séculos é o fato das premissas estarem viciadas pela perspectiva de um olhar humanizado.

Essa lente humanista é o resultado de um processo longo que se inicia com o antropocentrismo renascentista de Florença e dura até atualidade, sendo inegavelmente marcado pelas Declarações de Direitos da Virgínia em

---

<sup>93</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 22

<sup>94</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. ( São Paulo: Martins Fontes, 2005), p. 72

1776 e da França em 1789<sup>95</sup>. Essa evolução histórica, todavia, é tema dos próximos capítulos e se relaciona às fases posteriores da pesquisa.

Mas se atendo ao que interessa analisar neste momento, concisamente é necessário entender apenas o seguinte: na mentalidade medieval era aceitável buscar a verdade pela tortura. Após o humanismo o senso comum repudia a ideia<sup>96</sup>.

Não se admite que a tortura sirva como instrumento de busca da verdade. A utilização desse método parece, ao ocidental, demasiadamente violenta e cruel. Isto ocorre porque, na mentalidade do homem contemporâneo, está introjetado o pensamento humanista de que é inadmissível um sistema jurídico que persiga qualquer propósito que seja, se tiver que passar por cima dos princípios de dignidade humana.

E mais, é dizer que não se pode dar ao Estado, ou a qualquer instituição legítima, o poder de buscar um fim que atrole o ser humano enquanto sujeito de direitos supremos<sup>97</sup>.

Pelo que se denota, a compreensão de Beccaria acerca da inutilidade da tortura absorve a mentalidade iluminista de valorização do ser humano e torna-se o veículo dessa percepção para os Estados modernos. Quando os apontamentos do Marquês se tornam uma das bases teóricas do humanismo, passam a compor a lógica orientadora dos Direitos Fundamentais, através dos quais, as concepções iluministas do século XVIII alcançam o século XXI.

---

<sup>95</sup> Vide ponto 4.1.

<sup>96</sup> Inclusive, entende Hans Georg Gadamer, que a ideia de senso comum nasce a partir do humanismo. (GADAMER, Hans Georg. Verdade e Método I. (Petrópolis: 2013, Vozes). p. 56).

<sup>97</sup> E justamente por isso consideram-se direitos supremos, universais e inalienáveis. (Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013).

Delas, floresce a orientação para o *sensus communis* moderno de que os suplícios não levam a nenhum resultado útil<sup>98</sup>.

Afinal, segundo afirma o mais atual senso comum, pode-se obrigar uma pessoa a falar qualquer coisa a título de confissão, quando se submete o seu corpo do a tormentos dos quais ele quer se livrar a todo custo.

À afirmativa Beccariana de que a tortura não é instrumento capaz de ligar o inquisidor à verdade, associam-se os novos ideais de humanidade e justiça<sup>99</sup> concebidos no seio do movimento iluminista, cuja formação histórica será analisada no capítulo seguinte. A tortura não é, começa-se a perceber, apenas falível, porque a confissão que leva não é sempre crível, como também é inutilizável por sacrificar a dignidade e a justiça como passa a ser concebida.

Mas não segundo a ótica do século XIII, isso é verdade. Naquele momento histórico, antecessor à efervescência humanista de quase cinco séculos depois, o raciocínio que liga a tortura à verdade é completamente válido e condizente com a inteligência da época acerca da verdade, justiça e ser humano.

Não há valor humano colocado em um pedestal, ideal de justiça transcendental que se opusesse à prática, e muito menos se questionava a eficácia do método:

---

<sup>98</sup> Para os presentes fins, assume-se como senso comum o conceito de Vico apresentado por Gadamer: "é um sentido para a justiça e o bem comum, que vive em todos os homens, e mais, um sentido que é adquirido através da vida em comum e determinado pelas ordenações e fins desta". (GADAMER, Hans Georg. Verdade e Método I. (Petrópolis: 2013, Vozes). p. 59).

<sup>99</sup> Embora não seja cabível o aprofundamento merecido pelo tema, indispensável citar que os alicerces da referida reforma no ideário de justiça comungaram com os trabalhos desenvolvidos por Jean-Jacques Rousseau (1712 — 1778); Charles-Louis de Secondat (barão de Montesquieu) (1689 — 1755); François Marie Arouet (Voltaire) (1694 — 1778); e em especial Immanuel Kant (1724 — 1804) no trato das discussões acerca da moral e do Direito.

“Obvia la Idea y perverso el desarrollo: culpable o no, el acusado sabe cosas importantes: si cualquier recuerdo suyo se vislumbra, el caso quedará infaliblemente resuelto”.<sup>100</sup>

Se, contudo, é translúcido que o mesmo não é tolerável nos tempos atuais por haver uma nova concepção de ser humano e justiça (ambos trazidos pelas revoluções intelectuais do Século das Luzes), o mesmo não se pode dizer acerca de uma nova percepção do que é a verdade objetivada pelos sistemas jurídicos.

Não é imediata a percepção de que, acompanhando uma nova visão da justiça e do valor do homem, o humanismo e o humanitarismo trouxeram, na via processual penal, pela qual o sistema inquisitório se envereda, uma nova noção de verdade enquanto elemento jurídico<sup>101</sup>. Demandou (e demanda) reflexões doutrinárias profundas pela ciência penal. Por outro lado, a incompatibilidade, dos valores humanos modernos, com a concepção inquisitorial de verdade processual, embora facilmente demonstrada, também só se torna objeto de análise, através da ciência jurídica contemporânea.

O sistema inquisitorial, em toda oposição que, por essência, faz ao Estado de Direito, não pode ser elidido unicamente pelo necessário respeito ao homem trazido pela modernidade e talvez por isso persista até o século XXI.

Ao que se percebe, a lógica inquisitória só pode ser afastada em absoluto, se a busca da verdade, tomada como fim do processo penal, for compreendida de uma maneira mais condizente com as aspirações humanistas.

---

<sup>100</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 21

<sup>101</sup> E talvez por não ser tão clara, até os dias de hoje, essa mudança, é que o sistema processual penal vigente ainda não tenha conseguido se afastar da inquisição, embora se reconheça toda sua prejudicialidade e incompatibilidade com os princípios erigidos e no Estado Democrático de Direito.

## 2.2 O correspondismo no processo penal

Conforme foi dito, costuma-se associar a criação do Sistema Inquisitorial ao IV Concílio de Latrão de 1215. Dentre outras discussões que lançaram as sementes do novo sistema, é importante destacar a obrigatoriedade da confissão pessoal.

A partir do momento que se estabelece a confissão como uma forma de se conhecer a verdade<sup>102</sup>, simultaneamente se cria uma verdade a ser conhecida e talvez esse tenha sido o mais perverso pressuposto do Sistema Inquisitorial criado naquele Concílio do início do século XIII.

Germinada esta semente, anos mais tarde, a confissão sacramento não bastaria ao controle da fé. As heresias poderiam se esquivar entre os fieis e se esconder no livre arbítrio.

Mas se havia uma verdade – a heresia – a ser conhecida (e sempre havia porque o homem está permanentemente sujeito às tentações do demônio), e a descoberta desta servia ao mais supremo interesse público, consubstanciado na Vontade Divida de prevalência do Bem (Católico) sobre o mal (herético), então todo o esforço do Estado deve ser direcionado à implementação de um sistema capaz de conduzir a esta verdade posta.

É inegável, portanto, que o sistema derivado desta ótica coloca a verdade um valor. Trata-se de uma verdade que existe por si, anterior a qualquer investigação e que dá sinais de sua existência com o mero indício trazido à autoridade.

“A verdade estava dada ex antes e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de

---

<sup>102</sup> Vide nota nº. 66.

tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus".<sup>103</sup>

Do ponto de vista do Processo Penal, interessa ser analisado o que representa afirmar que existe uma verdade a ser conhecida e quais as implicações em se reconhecer essa verdade para o procedimento persecutório.

Já foi dito que a verdade é apresentada como o fim<sup>104</sup> buscado pelos procedimentos inquisitórios. Então pergunta-se: qual era o conceito de verdade assumido pela Inquisição?

O conceito sobre o qual a Igreja se debruçou na criação da doutrina inquisitiva é aquele mesmo trazido durante séculos pelos ordenamentos baseados no Direito Romano no qual se buscava uma verdade absoluta: material ou real<sup>105</sup>:

"Arvorou-se em princípio, no processo da inquirição, ser o juiz obrigado a pesquisar a verdade por todos os meios possíveis: era o mesmo que estabelecer o sistema da verdade material."<sup>106</sup>

Consiste em assumir que existe uma realidade dos fatos que são objeto do processo. As provas trazidas aos autos visam, então, a reprodução da realidade. Quando a reprodução coincidir com a pretensa realidade dos fatos - e sempre haverá de coincidir - então necessariamente se chegará à verdade.

Essa concepção iguala o "conhecer a verdade" com o "conhecer a realidade" considerada ontológica:

"A verdade no processo penal ainda está atrelada a um juízo sobre a relação de conhecimento entre o sujeito que conhece e o fato por conhecer. Haverá existo se existir adequação, identidade ou

---

<sup>103</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado (Brasília, v.46, n. 183, jul./set. 2009), p. 105.

<sup>104</sup> Se, porém, a verdade seria ou não o fim maior do processo penal no sistema inquisitório, deverá ser analisado posteriormente.

<sup>105</sup> GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. ( Buenos Aires: Del Puerto, 2006), p. 33

<sup>106</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada. (Campinas:2008, Bookseller). p. 31.

conformidade entre a representação do fato pelo sujeito que busca conhecê-lo e o próprio fato, como realidade ontológica.”<sup>107</sup>

É, portanto, um elemento ontológico que pode ser verdadeiramente conhecido pelo procedimento judicial. Ao resultado desse processo de conhecimento, se chega ao que a doutrina penal nomeou de verdade real, nomenclatura que oscilou com o passar do tempo, mas manteve o mesmo significado, conforme explica Guzmán:

“Verdad “material”, “verdad real”, “verdad histórica”, “verdade objetiva” son todas expresiones que fueron empleadas históricamente para designar de modo indistinto um único concepto, que encerraba La Idea de La posibilidad de alcanzar el conocimiento absoluto de La verdad em el proceso penal, y simultáneamente, el de La imposibilidad de renunciar a esse conocimiento”.<sup>108</sup>

Esse conceito, embora fruto de uma construção historicamente anterior, se enquadra perfeitamente ao procedimento inquisitivo. Ele permite a formulação de hipóteses sobre as quais o inquisidor pode montar um complexo quebra cabeças a partir de provas e indícios que ele busca e ordena a fim de uma sentença comprobatória da hipótese e que invariavelmente é prolatada por ele.

Aqui vale fazer um adendo sobre a marcante diferença estabelecida entre verdade material e verdade formal. Em uma definição concisa, explica Guzmán:

"La diferencia entre "verdad material" y "verdad formal", por lo tanto, siendo el resultado de dos metodologías completamente diversas, puede ser entendida según el diferente contenido que se adscribe a una y a otra. La primera, propri de los modelos penales sustancialistas, está informada no sólo por la comprobación de los sucesos llevados a juicio, sino también por otras cuestiones (como por ejemplo la personalidad del delincuente), que imponen la realizacion que un proceso que, tiendo por fin una verdad "absoluta" que debe ser investigado incluso por quien luego debe resolver el caso, no respeta límites ni garantías. La "verdad formal", por su parte, se refiere a los hechos que son alegados por

---

<sup>107</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 80

<sup>108</sup> GUZMÁN, op. cit., p. 31

las partes, donde el juez no cumple ningún rol investigativo y donde aquéllas pueden incluso disponer de los hechos y del derecho. En efecto, en el tipo de procesos donde ella es perseguida (como en el proceso civil), las partes pueden disponer de las pruebas e incluso pueden no introducir hechos que tal vez resultarían relevantes para la decisión".<sup>109</sup>

Essa verdade concebida como uma ideal e perfeita reprodução de fatos do mundo naturalístico foi nomeada correspondismo pela ciência jurídica.

A partir da nomenclatura conferida, procurou-se definir tudo aquilo que o conceito de correspondismo abarca do ponto de vista do Processo Penal, e com pouquíssimas divergências, o conceito amplo ao qual se chegou na Modernidade foi, em resumo:

“A teoria da correspondência concebe verdadeira a proposição capaz de reproduzir o acontecimento, projetar a ocorrência concreta ou refletir o fato e se escorou na ideia de que a realidade pode ser perfeitamente refletida através de enunciados, ou seja, entende possível a existência de uma verdade absoluta como imagem do mundo real.

Essa corrente filosófica considera que a verdade de uma sentença ou enunciado consiste em sua coincidência com a realidade, operação esta na qual se estriba o tradicional e ultrapassado objetivo do processo pena: a averiguação objetiva da verdade histórica.<sup>110</sup>

As bases para essa teoria reputam-se originadas do pensamento Aristotélico. Absorvida pelo pensamento Ocidental na construção dos ordenamentos, a temática voltou a ser amplamente discutida no século XX por Russel, Wittgenstein e, posteriormente, Austin<sup>111</sup>.

Em foco, a possibilidade de se chegar a uma verdade no Processo Penal e os meios para tanto, tornou-se um campo explorado por processualistas empenhados na tarefa de exorcizar toda herança inquisitorial que permeia os

---

<sup>109</sup> GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. ( Buenos Aires: Del Puerto, 2006), p. 36

<sup>110</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 81

<sup>111</sup> PINTO, op.cit., p. 80

Ordenamentos nacionais e afronta cervicalmente o Estado Democrático de Direito, com todas as garantias que lhe são inerentes. Logo, o correspondísmo, como modo de se buscar uma verdade, tornou-se odioso aos olhos daqueles que buscam a plena humanização do sistema persecutório criminal contemporâneo.

A razão é simples: a partir das premissas do correspondismo é que se sustentou a Inquisição, e uma vez que essa instituição fez parte da história da humanidade, impossível se conceber novamente um sistema puramente acusatório, sem se afastar definitivamente a ideia de verdade ontológica a ser alcançada pelo procedimento judicial.

Começa-se, então, a se entender a busca pela verdade como um processo de "reconstruções aproximadas"<sup>112</sup>, e depois fala-se construção da verdade pelo processo, impossibilidade de qualquer reprodução e mesmo inexistência de verdade no Processo Penal<sup>113</sup>.

Sem entrar no mérito das discussões que daí decorrem, o que resta inquestionável é o fato de que o correspondismo, na forma como é entendido, está profundamente atrelado ao sistema inquisitorial. Sem aquele, é impossível que este tivesse sido concebido, justamente pelo fato da Inquisição adotar, como certeza de seus trabalhos, a existência de uma realidade - pecaminosa - a que se deve examinar tendo por objeto o indivíduo.

---

<sup>112</sup> “La primera misión del juez consiste, pues, em reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron em la realidad. Este labor de construcción solo puede ser aproximada, ya que es imposible reproducir el hecho acaecido em todos sus detalles”. (CONDE, Francisco Muñoz. *La Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000), p. 39)

<sup>113</sup> “Bajo esta perspectiva, parece conveniente abandonar de uma vez por toda la Idea de que la búsqueda de la verdad es el fin del proceso penal, para no generar confusiones teóricas ni practicas. La Idea de la búsqueda de la verdad como meta del procedimiento influye em gran medida em la conciencia judicial penalista y lleva a los jueces a excederse em sus funciones específicas y a buscar por ellos mismos corroboraciones de hipótesis [...], cuanto todo lo que deberían hacer es analizar si las que les presentan las partes han alcanzado um cierto grado de confirmación”. (GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. (Buenos Aires: Del Puerto, 2006), p. 116)

E, percebe-se: esse processo de coisificação da pessoa humana no caminho que leva à verdade ontológica só é possível pela a inexistência de limites valorativos para o procedimento investigatório:

"Lo cierto es que esta verdad material siempre estuvo emparentada al modelo inquisitivo y ello es así por el tipo de verdade que apunta este sistema: a la verdad absoluta. FERRAJOLI llama a esta verdade material como el nombre verdad sustancial, y la explica como la verdade a la que aspira el modelo sustancialista del derecho penal, es decir, una verdad "omnicomprensiva em orden de las personas investigadas, carente de limites y de confines legales, alcanzable com cualquier médio más Allá de rígidas reglas procedimentales". Aquí, el objeto del conocimiento no es solo del delito em cuanto previsto como tal por la ley, sino también la desviación criminal em cuanto em sí misma inmoral o antisocial y, más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente, pero no siempre necesaria para el castigo."<sup>114</sup>

Em outras palavras, os alicerces do correspondismo, na verdade real, são uma colônia vil para a proliferação dos procedimentos inquisitórios irrefreados. Isso passa a ser destrutivo para o sistema frente às reformas humanistas em busca das garantias do homem, a que o pensamento ocidental se empreendeu alguns anos mais tarde.

Não obstante, o que se começa a evidenciar, é que o próprio correspondismo começa a fazer brotarem incoerências no seio do procedimento investigatório da Inquisição.

A primeira dessas incoerências, ainda no auge do sistema, pode ter sido detectada do Henrich Kramer e James Sprenger<sup>115</sup>. Ao formular o *Malleus Maleficarum*, os autores têm de abordar temas que a prática da investigação inquisitorial traz a tona, como, por exemplo a questão de um indivíduo cuja heresia é trazida ao conhecimento por um inimigo mortal.

Neste caso os inquisidores então doutrinam:

---

<sup>114</sup> GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal*. ( Buenos Aires: Del Puerto, 2006), p. 33

<sup>115</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. *O martelo das feiticeiras*. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011): *Vide* Questões I a XII da Terceira Parte.

"Ora, caso se indague se o Juiz pode aceitar inimigos mortais da pessoa acusada para prestar depoimento no caso, cumpre responder que não. [...]. Os inimigos morais são caracterizados pelas circunstâncias seguintes: em caso de haver hostilidade mortal ou vendeta entre as partes, ou quando houve tentativa de homicídio, ou quando uma lesão ou ferimento de maior gravidade denota manifestamente a existência de ódio mortal por parte da testemunha contra a pessoa acusada. Nesses casos presume-se que, assim como a testemunha tentou causar a morte temporal do prisioneiro, ferindo-o, também tentará conseguir o seu intento acusando-o de heresia"<sup>116</sup>.

É curioso notar que os autores procuram evitar uma condenação "injusta" movida por interesses pessoais<sup>117</sup>. Deste modo, a verdade pretendida pelo acusador poderia ser investigada sem interferência da vontade de particulares.

De toda feita, essa falibilidade apontada por Kramer e Sprenger permite refletir sobre a capacidade dos testemunhos de contribuir para o encontro da verdade correspondista no processo penal. Afinal, o testemunho pessoal é uma visão parcial de qualquer fato. Não há como afirmar que, sobre um mesmo evento, duas pessoas tenham tido exatamente a mesma experiência e nem como controlar a forma como suas próprias paixões irão influir na percepção do objeto de observação como explica Muñoz Conde:

"La credibilidad de un testigo tampoco es una verdad tautológica, sino algo que admite discrepancias respecto a sua valoración que, em última instancia, es el resultado de la experiencia, del conocimiento psicológico, de factores personales y profesionales, del nivel intelectual o moral del testigo; todo ello valorado por el juzgador em un determinado contexto, teniendo em cuenta también las declaraciones de otros testigos, la corroboración de sus declaraciones por otras fuentes de información, etcétera"<sup>118</sup>.

Os argumentos apresentados por Muñoz Conde servem também para se questionar a credibilidade do testemunho do próprio investigado. Afinal, um

---

<sup>116</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. op. cit., p. 404.

<sup>117</sup> Relembrando o que foi dito no capítulo anterior foi este um dos problemas que movimentaram o direito romano a abandonar o sistema do *acusatio*.

<sup>118</sup> CONDE, Francisco Muñoz. La Búsqueda de la verdad en el proceso penal. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000), p. 110

acusado, ao presenciar qualquer fato, exerce sobre ele a mesma valorização que qualquer testemunha.

Século após a publicação do Malleus, quando Beccaria<sup>119</sup> critica a tortura, não está fazendo outra coisa senão colocar em dúvida a credibilidade do testemunho trazido pelo investigado através da confissão. Percebe-se, portanto, que nas observações Beccarianas está um embrião da moderna crítica que se faz ao correspondismo enquanto verdade que se procura alcançar no processo penal<sup>120</sup>.

Adiante, outra questão merece ser discutida é a qualidade da certeza assumida pelo juízo, quando supostamente assume ter encontrado a verdade; se é uma decisão pautada pela certeza objetiva ou subjetiva<sup>121</sup>.

*A priori* a melhor resposta parece ser: no sistema da Inquisição, a certeza judicial é sempre objetiva, posto que se refere ao conhecimento de uma verdade também objetiva; ao revés, no sistema acusatório nos moldes contemporâneos, ter-se-á qualquer sentença como subjetiva, pois se refere aos elementos trazidos ao juiz pelas partes.

Contudo, esta não parece ser a conclusão mais acertada. O correspondismo assumido inquisitorialmente alcança uma certeza do juízo que, assim como no sistema acusatório atual, é subjetiva e jamais objetiva. Isso porque o pecado que os inquisidores perseguiram não era uma realidade ontológica metodologicamente verificável.

Embora se acreditasse que qualquer inquisidor pudesse conhecer o pecado do herege através dos métodos prescritos pelos manuais da Inquisição, a análise dos indícios de heresias nada tem de diferente da análise subjetiva que os juízes contemporâneos fazem das provas. Entre os dois cenários, o que verdadeiramente abre caminho à utilização dos métodos cruéis de obtenção da

---

<sup>119</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. (São Paulo: Martins Fontes, 2005), p 72.

<sup>120</sup> Ainda que, obviamente, o autor não deixe por isso de ser correspondista.

<sup>121</sup> GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. (Buenos Aires: Del Puerto, 2006), p. 26-30

prova, não está relacionada à natureza da certeza judicial - conforme acreditavam os inquisidores - mas deriva da tarifação das provas, elemento tipicamente inquisitorial já tratado no capítulo anterior.

Dessa maneira, a diferença entre a certeza do julgador nos dois sistemas, é que no acusatório atual, assume-se que as conclusões subjetivas poderiam ser distintas, enquanto que naquela sistematização do século XII, as conclusões - acreditava-se - necessariamente seriam iguais, pois os diferentes juízos chegariam à mesma realidade objetiva por terem se valido, para tanto, de procedimentos e métodos considerado hábeis a permitir o alcance da verdade substantiva.

Outra questão decorrente da assunção de uma verdade correspondista pelo sistema inquisitorial, é a inevitável elevação da verdade a um *status* de valor a ser perseguido. Neste perspectiva, "podria decirse que existe uma idéia generalizada de que existe um modelo procesal "bueno", que es el dispositivo, em el cual la búesqueda de la verdad representa um *no-valor* o um disvalor, y um modelo procesal "mal", que es el inquisitivo, em el cual la búsqeda de la verdad es considerada um *valor*"<sup>122</sup>.

Contudo, não se entende que colocar a verdade como um fim para o processo penal, seja, de qualquer maneira, malévolos ao sistema jurídico.

No retrospecto histórico, a verdade foi perseguida por sistemas jurídicos clássicos, como o romano<sup>123</sup>. Não por isso se considera que o direito romano se caracterize pela crueldade contra os acusados no processo penal<sup>124</sup> na mesma medida que o sistema inquisitorial.

---

<sup>122</sup> GUZMÁN, op. cit., p. 33

<sup>123</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada. (Campinas:2008, Bookseller). p. 27.

<sup>124</sup> Os ordenamentos jurídicos também colocam a verdade correspondista (Art.211 do Código de Processo Penal brasileiro: "Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito") como um fim para o processo penal, mas ainda assim os sistemas se blindam contra a tortura de outras maneiras que não pela extinção do correspondismo.

O que, por outro lado, torna a assunção da verdade por valor na Inquisição algo tão perverso, é a inexistência de outros valores, escalados ao ápice deste sistema, aptos a limitar a atuação da máquina persecutória na busca da verdade.

É que naqueles modelos clássicos a perseguição da verdade parecia com valores como justiça, bem, cidadão, igualdade *et cetera*. No cenário em que a Inquisição se estabelece, a Igreja Católica, enquanto instituição espiritualizada, buscava resumir em sua doutrina tudo o que se entendia por bom, justo, correto e devido ao homem.

A doutrina Católica prega - e sempre pregou - a propagação de uma cultura de solidariedade, amor e perdão. Todavia, estes ideais nunca foram içados ao âmbito jurisdicional. Naquela esfera a instituição eclesiástica concentrou seus esforços em consolidar seu poder eliminando a oposição herege. Tal, sob o argumento da salvação das almas, afinal, se a Igreja era a representante de Deus no mundo, é justo permitir que ela fizesse o necessário aumentar sua força e cumprir sua missão.

No processo penal, isso significou, como observado, a colocar a verdade enquanto valor absoluto. Como a Igreja Católica decidia o que era certo ou errado, e sua doutrina foi voltada a justificar o método inquisitório, suas premissas de benevolência e amor ao próximo não se aplicavam ao acusado do sistema penal, de modo que a certeza de uma realidade a ser conhecida era perseguida sem obstáculos.

Conclui-se ademais que o correspondismo presente no Processo Penal Inquisitorial confluiu, através de seus métodos e instrumentos de persecução, na diminuição do homem como possuidor de direitos que hoje se reconhecem invioláveis. Isso seu deu, conforme se asseverou, justamente por ter-se admitido a elevação da verdade - uma vez tida como absoluta e alcançável - ao *status* de valor soberanamente desejado no âmbito processual, em um momento histórico em que não havia outros valores jurídicos passíveis de ponderação quando confrontados pela busca implacável da verdade.

O que era de direito ao homem não era protegido no âmbito jurisdicional, mas em uma esfera anterior: na sociedade, através da religião. A guarda de tais direitos era de competência da Igreja e sobre ela não se levantava a menor dúvida de que estava a perseguir o melhor para todos, pois lhe incumbia a salvação das almas e todos acreditavam nisso<sup>125</sup>. Inconcebível, repete-se, que por trás da Criação da Inquisição (ou de qualquer atuação da Santa Igreja) estivesse qualquer intenção perniciosa, mas apenas a clarificação do caminho que leva a Deus.

Delimitado o conceito de correspondismo e definido seu papel na ordem inquisitiva, resta explorar a relação com o principal instrumento utilizado na busca da verdade: a tortura.

### **2.3 Verdade correspondista e tortura**

Sob a perspectiva moderna, muitos são os fins doutrinariamente assumidos para o processo penal como a realização do Direito Penal material, a descoberta da verdade ou mesmo a jurisdição em si<sup>126</sup>.

De fato, na operação cotidiana do Direito, não raramente se vê atuações desprovidas de qualquer legalidade, por parte de órgãos do Estado, sob o argumento de se buscar a verdade real em um caso concreto. Não obstante, alguns processualistas, importando o conceito do Processo Civil, afirmam que o fim do processo é a aplicação do direito material. Outros ainda, mais

---

<sup>125</sup> Se não de fato, ao menos hipoteticamente pois a religião católica reinava quase que soberana no ocidente conhecido.

<sup>126</sup> GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. ( Buenos Aires: Del Puerto, 2006), p. 115

garantistas colocam ao fim da caminhada processual o exercício da jurisdição, dentro do que possa ser construído nos limites da legalidade<sup>127</sup>..

Sobre este problema Nicolás Guzmán tece as seguintes considerações:

“Podríamos decir que uno de los fines del proceso, *latu senso*, es posibilitar la actuación de la ley penal, es decir, la aplicación de la ley sustantiva em um caso concreto. Sin embargo, decir que el outro fin es el descubrimiento de la verdad y conformarnos con ellos es em realidad incorrecto. Em efecto, podría también decirse que su fin – o, al menos, outro de sus fines – es velar por que se cumplan lãs garantías de los derechos fundamentales de los individuos, a lo que podría agregarse cualquier outro fin que se nos ocurriera como condición necesaria para que la jurisdicción fuera ejercitada de acuerdo a los mandatos constitucionales”<sup>128</sup>.

E conclui:

“Podríamos decir, entonces, que el proceso tiene, em sentido estricto, um conjunto de fines, que tienden a posibilitar la válida aplicación de la ley penal y no solo la simple aplicación de la ley penal sustantiva y/o el descubrimiento de la verdad”.<sup>129</sup>

Críticas à parte, o que se deve notar é que no conceito trazido por Guzmán a verdade é colocada, ainda que minimamente, ou de forma indireta, como um fim necessário do Processo Penal.

Se o é na contemporaneidade, em que o conceito de verdade é inventado e reinventado a todo momento, o que se dirá nos tempos da Inquisição nos quais, conforme oportunamente foi afirmado, o inquisidor movimenta o processo a seu bel prazer.

---

<sup>127</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado (Brasília, v.46, n. 183, jul./set. 2009), p. 105-106.

<sup>128</sup> GUZMÁN, Nicolás. La verdad en el proceso penal. ( Buenos Aires: Del Puerto, 2006), p. 115

<sup>129</sup> GUZMÁN, op. cit., p. 116

Não restam dúvidas que o sistema jurídico que se arvorou a partir da Inquisição do século XIII, colocou a busca da verdade como um fim a ser buscado pela atuação jurisdicional às custas da dignidade humana<sup>130</sup>.

Também restou bem discutido o papel da teoria correspondista para a ordem inquisitória. Concluiu-se ademais, que o correspondismo está profundamente arraigado nesta realidade, que o absolveu como um núcleo indissociável, sem o qual não consegue sobreviver.

O que se reservou para oportunidade, e até então não se debateu, é como a correspondência se dá com a tortura. Observe-se que a aproximação agora feita não é entre a teoria correspondista e o sistema, mas entre aquela e a tortura como um método utilizado no âmbito deste último.

Como premissa essencial cabe repisar, que por tortura assume-se "uma pena atribuída a um réu condenado por sentença, mas a pretensa busca da verdade por meio dos tormentos".<sup>131</sup>

Isso fica mais translúcido em uma passagem do Martelo das Feiticeiras:

"Se após a devida sessão de tortura a acusada se recusar a confessar a verdade, caberá ao Juiz colocar diante dela outros aparelhos de tortura e dizer-lhe que terá de suportá-los se não confessar. Se então não for induzida pelo terror a confessar, a tortura deverá prosseguir no segundo ou no terceiro dia, mas não naquele mesmo momento, salvo se houver boas indicações de seu provável êxito".<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Posicionando-se neste sentido, interessante destacar a posição de Frederico Marques em relação ao sistema inquisitivo: "No sistema inquisitivo não havia atuação jurisdicional e inexistia o processo. O que nele se encontrava era uma forma procedimental de autodefesa do interesse repressivo do Estado, em que o juiz encarnava esse interesse, muito embora revestido da independência de seu cargo, a qual, diga-se de passagem, era muito precária ao tempo do absolutismo monárquico, que foi o período áureo da justiça inquisitiva". (MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal. v.1. (Campinhas: 2009, Millennium) p. 6).

<sup>131</sup> VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura (São Paulo: Martins Fontes, 2000), p. 77

<sup>132</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011), p. 433.

Perceba-se que não se exige da "bruxa" que conte o que sabe, que diga sua versão, ou que se manifeste sobre o fato, mas que "confesse a verdade". Clara amostra das intenções que perfazem o método da tortura.

Assim, para que os tormentos tenham a existência justificada, há de se provar que "constituem um meio de saber a verdade, e é justamente esta a questão. Teriam de demonstrar que é um meio de saber a verdade, e somente então o raciocínio seria fundado".<sup>133</sup>

Muito complexa é a tarefa de reconstruir a lógica que justifica a prática da tortura. Isso porque essa construção partirá, necessariamente, de um pensamento moderno que está viciado por noções de direitos humanos, garantias fundamentais, Estado de Direito, *et cetera*.

Mas, no seio do procedimento inquisitorial, como já se demonstrou, está a busca da verdade correspondista. Sem dúvidas, ela é uma herança para o processo penal moderno, posto que na concepção atual de processo, admite-se a busca pela verdade através da reconstrução aproximada dos fatos:

“Por lo tanto, para esta reconstrucción aproximada de los hechos, posiblemente constitutivos de delito, el juez o tribunal utiliza una serie de elementos que sirven de “prueba” de cómo esos hechos efectivamente se produjeron. Entre estas pruebas se cuentan La inspección ocular, La prueba documental, La prueba de testigos y La de peritos, e incluso, aunque más dudosamente, La confesión del próprio acusado y cantos otros médios de prueba Sean admisibles por el Derecho. La función indiciaria de cada uno de de estos médios de prueba viene condicionada por el hecho que se trata de probar”.<sup>134</sup>

É justamente nessa busca da reconstrução dos fatos, que se encontra o correspondismo nos mesmos moldes observados no medievo.

Conclui-se, então que o correspondismo ainda está intimamente enraizado no pensamento moderno no que se refere ao processo penal e aos

---

<sup>133</sup> VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura ( São Paulo: Martins Fontes, 2000), p. 86

<sup>134</sup> CONDE, Francisco Muñoz. La Búsqueda de la verdad en el proceso penal. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000), p. 40

meios de prova. Por ser, como se demonstrou, um elemento nuclear na ideologia inquisitiva, figura como o caminho que melhor permite a compreensão da utilização da tortura enquanto método no primeiro momento da pesquisa.

Retornando ao cenário ambientado entre os séculos XIII e XVIII, percebe-se que aqui o caminho para a verdade é trilhado indiferentemente a qualquer questionamento se é possível chegar a este fim e o que se entenderia como tal. O mundo está lá fora e a verdade é a representação dele.

O “saber a verdade” por um indivíduo é fazer uma correta representação mental do presenciado, logo o “trazer a verdade” ao processo seria externalizar a representação da maneira fidedigna.

O problema que surge: qual seria o paradigma para o que se afirma ser o verdadeiro?

Ainda que haja um parâmetro, faz-se mister garantir uma reprodução fidedigna dos fatos. Contudo,

“de todos estos elementos de prueba el más difícil y complejo, y el de valor más dudoso respecto a La conclusión, es La prueba testifical. Las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos son a menudo contradictorias; eas más, son los propios testigos los que com sus declaraciones deforman, consciente o inconscientemente, la realidad”.<sup>135</sup>

Como ter certeza de que houve uma correta reprodução do real se o testemunho, como sugere Muñoz Conde, é uma prova tão falível e sujeita à erros? E, finalmente, como garantir que qualquer erro na descrição de um fato está na incorreta correspondência e não em uma externalização propositalmente enganadora?<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> CONDE, Francisco Muñoz. La Búsqueda de la verdad en el proceso penal. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000), p. 41

<sup>136</sup> Como no caso já citado em que Kramer e Sprenger questionam a validade do testemunho de um inimigo mortal do acusado.

Para a primeira questão, o caminho encontrado pela Igreja Católica no estabelecimento do sistema inquisitório, foi o de conferir ao julgador o papel de guardião da verdade a ser explorada pelo procedimento. Nesse sentido foi essencial que o sistema reunisse na mesma pessoa as funções de acusação e julgamento, pois só assim há como certificar que a mesma verdade-parametro tomada por base na formulação da hipótese acusatória, seja aquela sobre a qual recairão as investigações. Portanto, o fato ocorrido a ser objeto do procedimento, terá ocorrido da maneira como entender o inquisidor. Assim a verdade estará posta para então se iniciarem os trabalhos.

A Inquisição fatalmente encontrou respostas para as demais questões através da tortura. Todavia, até se chegar a semelhante conclusão, assume-se que a igreja Católica tenha levado 39 anos, contados do Concílio de Latrão em 1215, até a extensão das determinações constantes da bula *Ad Extirpanda*<sup>137</sup>, ao restante do mundo em 1254.

Talvez se possa pensar que a demora em assumir o método se relacione com a crueldade inerente ao procedimento, mas o fato é que eventualmente reconheceu-se a sua indispensabilidade, afinal, o correspondismo por si não serviria a alimentar o modelo inquisitório, sem o emprego da tortura.

*A priori*, como foi exaustivamente ressaltado, a tortura parece mesmo resolver todos os problemas emergentes busca da verdade real: não se concebe que qualquer um possa fazer uma falsa representação mental dos fatos, apenas que não se recorde precisamente do ocorrido e para tanto, o medo dos flagelos bastaria para forçar o indivíduo a rememorar-lo; e se, havendo a representação mental o investigado não quisesse externalizá-la, ou a externalizasse de maneira diferente daquilo que lembra, então a dor dos tormentos serviriam para eliminar a resistência e trazer a verdade à luz.

A externalização que se perseguia seria, então, auferida através do procedimento de interrogatório.

---

<sup>137</sup> Isso não quer dizer que a tortura não fosse utilizada antes de 1254, apenas que a instituição eclesiástica ainda não estava certa da necessidade de sua institucionalização.

"O interrogatório é a perquirição da verdade por meio de tormentos, ou seja, da tortura; e à tortura se pode chamar interrogatório, sendo essa uma averiguação, uma vez que o juiz investiga a verdade por meio de tormentos".<sup>138</sup>

Mas para a adoção de um método tão violento, mesmo sob o argumento de se buscar uma verdade necessária, a Santa Igreja Católica, cuja doutrina coloca o corpo do homem como um santuário inviolável feito à imagem e semelhança do Criador, procurou se justificar teoricamente:

"Não se pode perder de vista que a engenhosa estrutura do processo inquisitório contava com o estofo teórico dos estudos de filósofos e teólogos de notória erudição que forjaram um conveniente discurso de superação das tentações (prazeres) para a manutenção do corpo puro e, ainda, a exaltação do sofrimento na efêmera vida mundana, v.g. jejum, pobreza e autoflagelo, como caminho para a purificação da alma e elevação do espírito ao Paraíso, ao Reino de Deus.

Sob a manipulação desse discurso, a tortura adquiriu um caráter medicinal para a alma, pois mesmo que o acusado fosse inocente das imputação, a sua submissão aos suplícios, enquanto expiação de seus pecados, o aproximaria da divindade celestial e, dessa forma, todos os martírios, todas as dores, todas as angústias e até mesmo as marcas deixadas nos corpos (sinais externos da purificação), passaram a gozar de uma conotação benéfica".<sup>139</sup>

Sobre um arcabouço teórico supostamente sólido – e quase sacro – o aparato Inquisitivo estava preparado e desimpedido para perseguir a verdade.

Baccaria esclarece que, na dinâmica inquisitória, as circunstâncias em que comumente se prescrevia a tortura era para o investigado confessar um delito; caso este caísse em contradição; para se descobrir cúmplices; para purgar a infâmia; ou para encontrar outros delitos de que o réu poderia ser autos<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 20

<sup>139</sup> PINTO, op. cit., p. 21

<sup>140</sup> Tais hipóteses podem variar de acordo com o Ordenamento Jurídico. (BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. (São Paulo: Martins Fontes, 2005), p 69).

A verdade, como se pode observar, compunha a hipótese formuladora pelo inquisidor. A tortura, em resumo, prestava-se a averiguar apenas a extensão desta verdade, os envolvidos no fato em tela e a confirmação da hipótese formulada *ex ante*.

E por isso Beccaria reconhece como raciocínio subliminar a este método:

"Tu és culpado de um delito; é pois possível que o sejas de outros cem; esta dúvida me oprime e quero certificar-me com meu próprio critério de verdade; as leis torturam-te porque és culpado, porque podes ser culpado, porque quero que tu sejas culpado".<sup>141</sup>

Observa-se que, na sentença exemplificativa apresentada, o inquisidor já reconheceu uma verdade (tu és culpado), e esta é trazida como uma correspondência que ele mesmo faz (meu próprio critério de verdade).

Para que as autoridades inquisitoriais possam manipular as peças do complicado quebra cabeça que engendram em cada um dos autos de fé estabelecidos, é essencial que se estabeleça uma hipótese. A hipótese diabólica servirá, então, para orientar todo o trabalho inquisitório.

Se, contudo, não há uma verdade posta anteriormente, a hipótese não consegue se sustentar e não há processo.

Esta construção estabelece uma lógica formalmente perfeita na operacionalidade do sistema inquisitório, pois uma "verdade" que leva à busca da "verdade" retroalimenta a máquina inquisitiva. Logo, só o correspondísmo pode servir de engrenagem neste aparelho.

Conforme se explicou, inicialmente o sistema inquisitivo foi todo projetado para combater a heresia, mas a medida que os Estados Europeus profundamente comungados com a Igreja Católica assimilaram-no a normatividade criminal, o sistema se voltou contra o crime que muitas vezes

---

<sup>141</sup> BECCARIA, op. cit., p. 71

não feria a fé cristã, mas apenas a ordem social. A verdade perseguida deixou de ser a verdade herética e passou a ser outra; a ser a verdade criminosa.

Talvez no sistema inquisitorial seja prudente falar que o fim imediato seria a verdade, e o mediato a salvação da alma - seja pela purgação dos pegados, seja pela manutenção da Igreja que é a grande salvadora das almas. Diante daquela guinada histórica que trouxe os métodos inquisitoriais para dentro do judiciário, afastou-se semelhante propósito mediato e por isso alguns questionam a legitimidade das premissas trazidas ao poder secular. Afinal toda a teorização a que se fez referência, "justificava" a tortura para a salvação da alma, mas não convencia quando se falava em "purgar a infâmia pelo tormento".<sup>142</sup>

Exatamente por ter ocorrido a contaminação das instituições estatais pela procedimentalidade eclesiástica é que a tortura se disseminou de forma tão endêmica nos ordens jurídicos ocidentais. Por certo, ao atender também aos interesses de monarcas desejos de consolidar o poder através de uma lógica que tão eficientemente servira às ambições do Santo Padre.

Da extensa aplicabilidade do tormento, extrai-se inacreditáveis injustiças e abusos em relação ao ser humano, só reconhecidas séculos mais tarde. São inegáveis frutos de uma busca implacável pela verdade.

Apenas diante da análise das consequências decorrentes da tortura institucionalizada, é que se evidencia, com precisão, o preço cobrado pelo correspondismo.

---

<sup>142</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. ( São Paulo: Martins Fontes, 2005), p. 71

## 2.4 Tortura: a verdade a todo custo

Retomando o início do ponto anterior, fez-se uma breve referência sobre o que se pode entender por processo e seus fins. Pois bem. A necessidade que ora se afigura é a de esclarecer que em se falando de processos judiciais, normalmente se observa um conflito de interesses. Na ceara penal não é diferente.

Contemporaneamente, nesse campo, fala-se no interesse do Estado pelo *jus puniendi* - e mais remotamente pela ordem social, em oposição ao interesse do Indivíduo pela liberdade.

Realidade completamente diversa é a do ocidente no período compreendido os séculos XIII e XVIII. Nele, pela vigência dos métodos inquisitórios, cabia a seguinte referência:

“E aí, em virtude do grande problema causado pelo silêncio obstinado das bruxas, surgem várias questões que o Juíz precisa considerar, as quais serão tratadas em diversos tópicos. A primeira é que o Juíz não deve se apressar em submeter a bruxa a exame, embora deva prestar atenção a certos sinais importantes. Não deve se apressar pela seguinte razão: a menos que Deus, através de um santo Anjo, obrigue o demônio a não auxiliar a bruxa, ela se mostrará tão insensível às dores da tortura que logo será dilacerada membro a membro sem confessar a menor parcela da verdade. Mas a tortura não pode ser negligenciada por esse motivo, pois nem todas elas têm esse poder, e também o diabo, às vezes por conta própria, permitirá que confessem os crimes sem ser compelido por qualquer santo anjo”.<sup>143</sup>

Nesse contexto, há, de um lado, o interesse da Igreja pela descoberta da verdade herética – e indiretamente pela salvação das almas, e do outro o interesse do demônio pela corrupção das almas. Ao centro, jaz, como mero objeto, o homem (e talvez o Martelo das Feiticeiras sempre se refira ao acusado através do termo "bruxa" para que o leitor da obra se esqueça de que está a se tratar de um ser humano comum), vítima dos métodos que deixam em

---

<sup>143</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011), p.429.

seu corpo as marcas de busca incessante de indícios de um crime contra as leis de Deus.

Com o passar dos séculos a Igreja foi trocada pelo Estado, o demônios pelos opositores ao interesse público, mas o corpo humano continuou sendo o objeto de investigação.

Esse sim é o grande foco ora assumido: demonstrar como a implementação da correspondência, através da tortura, reduziu o homem de sua condição humana, em um passado ainda influente na modernidade.

Como oportunamente se frisou, o método inquisitivo explorado em um âmbito jurídico de ausência de valores, principalmente valores ligados ao homem, sujeita os indivíduos aos destemperos de uma ordem criada com propósitos transcendentais. O sistema não sela nenhum compromisso exceto consigo mesmo. Neste contexto a integridade física é tão importante quanto a integridade de qualquer objeto passível de investigação.

Por isso a tortura encontrava um caminho livre para se perpetrar, e como uma ideia que se enraíza paulatinamente no imaginário popular, a metodologia dos tormentos ganhou adeptos.

“Os defensores da tortura procuram aplicar a repulsa que sentem todos os corações sensíveis à simples imaginação do tormento. Pouco sofre o torturado, dizem eles; trata-se de uma dor passageira que nunca chega a exigir a intervenção de médico ou cirurgião; são exageradas as supostas dores. Esse é o primeiro argumento com que se tenta sufocar o calafrio natural despertado na humanidade pela ideia da tortura”.<sup>144</sup>

Muito feliz foi Pietro Verri em sua observação. O ilustre pensador repara, que o primeiro embate daquele instrumento de flagelos, é a repulsa humana natural. Por conseguinte, a primeira consequência decorrente de sua implementação é a imposição de uma metodologia que, por natureza, nasce odiosa aos olhos da sociedade. Resta assim a seus defensores, afirmar

---

<sup>144</sup> VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura ( São Paulo: Martins Fontes, 2000), p. 78

que o método não é tão absurdamente repugnante. Nisso se constituiu um primeiro argumento.

Não somente sobre ele se justifica a manutenção da tortura. Há que se afirmar sua necessidade no exercício da jurisdição, e essa necessidade só existirá enquanto se crer que através dela (tortura) é possível alcançar qualquer verdade.

Mas como uma oposição à semelhante raciocínio só ganhou expressão no século XVIII, por muito a percepção foi a de se tratar de um mal necessário. Este é o segundo argumento trazido por Verri como proveniente daqueles partidários da tortura:

“Tal deve ser o sentimento de todo aquele que, ao distribuir o senso de humanidade, não proceda à injusta partilha de consagrá-la inteiramente à piedade para com os cidadãos suspeitos, sem reservar nada para a maioria dos cidadãos inocentes. Esta é a segunda razão em favor da tortura, invocada por quem atualmente defende o costume como benéfico,, oportuno e até mesmo necessário para a salvação do Estado”.<sup>145</sup>

Perceba-se que as duas justificativas trazidas não negam os suplícios aos indivíduo investigado, mas admitem-nos (i) aceitáveis ou (ii) necessários.

Se então a tortura estava, por assim dizer, “afirmada”, não obstante a repulsa que lhe acompanha a prática, por toda crueldade a que é inerente, como esperar que o sistema inquisitorial obedeça, na produção das provas, qualquer limite pautado no respeito para com o ser humano? Afinal, aquele que pode (macular) mais pode também (macular) menos. Tão o é que o "Santo Inquisidor" Heinrich Kramer leciona:

“E enquanto estiver sendo interrogada a respeito de cada um dos pontos, que seja submetida à tortura com a devida frequência,

---

<sup>145</sup> VERRI, op. cit., p. 85

começando-se com os meios mais brandos; o Juiz não deve se apressar em usar os meios mais violentos”.<sup>146</sup>

Seu ensinamento de que "deves torturar" não é acompanhado de qualquer "exceto se" ou "até que". É uma carta branca para a crueldade descabida, e portanto, a prova produzida aí não está limitada no tempo, no espaço e muito menos na forma<sup>147</sup>.

Aliando isto, ao *supra* citado posicionamento da verdade real, através da correspondência, “como objetivo processual, passou-se a compreender que quaisquer meios de apuração serviriam como instrumento para revelar o oculto e contribuir para a descoberta do acontecido”<sup>148</sup>.

Em um retorno analítico a esta era sombria, torna-se claro que as noções humanistas introjetadas nas legislações sob a forma de garantias e Direitos Fundamentais<sup>149</sup>, são uma a uma a uma afastadas, por um mesmo argumento que alimenta ao mesmo tempo que é alimentado por um sistema criado "para" - e não "com" - o correspondismo.

“Cambian lãs técnicas; no hay debate contratictorio; todo se lleva a cabo secretamente; en el centro está, pasivo, el investigado; culpable o no, sabe algo y está obligado a decirlo. la tortura estimula los flujos verbales contenidos. Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipóteses dentro de um marco paranoide; y así surge el casuismo impuro de lãs confesiones contra los correos, a veces obtenidas com promesas de impunidad”.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011), p. 433

<sup>147</sup> Como afirma ser diversos dos dias de hoje: CONDE, Francisco Muñoz. La Búsqueda de la verdad en el proceso penal. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000), p. 46.

<sup>148</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 16

<sup>149</sup> “Em el processo penal, La búsqueda de La verdad está limitada además por el respeto a unas gatantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales em todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura. (CONDE, Francisco Muñoz. La Búsqueda de la verdad en el proceso penal. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000), p. 112).

<sup>150</sup> CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, Tomo II (Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000), p. 19

E por isso não se atribui limites à investigação. Ela pode começa com um, ou com quantos indivíduos forem, e pode terminar com ainda outros. A ideia de individualização das penas é desconhecida e a presunção de inocência inexistente<sup>151</sup>.

Aliás, tanto é incapaz de deter a máquina inquisitória, a preocupação com o tormento de inocentes, que Verri, da mesma forma que Beccaria, formula a contundente crítica:

“[...] ou o crime é certo ou é apenas provável. Se o crime é certo, os tormentos são inúteis, e a tortura é aplicada desnecessariamente, mesmo que constituísse um meio para desvendar a verdade, já que, entre nós, o réu sabidamente culpado é condenado, ainda que não confesse o crime. Neste ponto, portanto, a tortura seria uma injustiça, porque não é justo fazer um homem padecer desnecessariamente, e padecimento s da maior gravidade. Se o crime, por outro lado, é apenas provável [...] é evidente que será possível que o provável culpado seja de fato inocente; então, é uma suprema injustiça que se exponha alguém que talvez seja inocente a maus-tratos certos e a crudelíssimos tormentos, e submeter um homem inocente a tais suplícios e misérias é tanto mais injusto na medida em que se age com a própria força pública confiada aos juízes para a defesa do inocente contra os ultrajes”.<sup>152</sup>

O próprio sistema não vê limites em se organizar de forma a garantir o melhor "funcionamento" mesmo que tenha de conviver com disposições contraditórias em seu seio legal:

“Se é injusto que um irmão acuse criminalmente o outro, com tanto mais razão será injusto e contrário à voz da natureza que um homem se torne acusador de si mesmo e que as duas pessoas, a do acusador e a do acusado, se confundam numa só”.<sup>153</sup>

Deste problema, como se pôde ver, ainda decorrem a impossibilidade de estabelecer um pleno contraditório e a separação entre o órgão julgador e o

---

<sup>151</sup> Mas se houver como sentir uma brisa desta garantia, ela logo é levada pela fome dos sistema em alimentar suas bases: "Pois a justiça comum exige que a bruxa não seja condenada à morte a menos que tenha sido declarada culpada por própria confissão" (KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011), p. 428. ) e se a confissão se dá mediante o suplício a conclusão é de que ser inocente não salva ninguém da tortura.

<sup>152</sup> VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura ( São Paulo: Martins Fontes, 2000), p. 96

<sup>153</sup> VERRI, op. cit., p. 97

acusador, elementos tão importante para a manutenção das garantias humanitárias.

E, por fim, mas não menos absurdo, até suas próprias falhas e incoerências são revertidas contra os acusados. Admitindo que a tortura pode ser fonte de falsas correspondências entre fatos e representações, o Martelo das Feiticeiras prescreve que a "Bruxa" seja submetida à novo tormento para esclarecer a dúvida, ao invés de recomendar que a tortura seja deixada de lado:

“E notar que, se confessar sob a tortura, deverá ser então levada para outro local e interrogada novamente, para que não confesse tão somente sob a pressão da tortura”.<sup>154</sup>

Percebe-se contudo, que, não obstante o papel do humanismo de influenciar o surgimento de normas processuais consonantes com a dignidade humana, tal não é o bastante para extirpar as premissas inquisitoriais de um modelo de processo pretensamente acusatório. O modelo inquisitivo foi criado para se retro alimentar entre seus objetivos e seus métodos, logo, o único meio de romper com o ciclo é com a eliminação de um desses elementos de auto sustentabilidade.

Embora a busca da verdade seja indispensável ao processo, a construção judicial na verdade não precisa ser através do correspondismo. Daí o afastamento da lógica que alimenta o modelo inquisitorial poder ser alcançado através do abandono da pretensão de se alcançar uma verdade correspondista no processo penal<sup>155</sup>.

Desse modo, enquanto a humanização judiciária espanta apenas os métodos (dentre eles a tortura) que têm o homem como mero objeto e torna o processo um lugar menos hostil para o ser humano, a desarticulação da correspondência anula as bases que sustentam a ordem inquisitorial. Sua

---

<sup>154</sup> KRAMER, H.; SPRANGER, J. O martelo das feiticeiras. (Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011), p. 445

<sup>155</sup> Para melhor se aprofundar: PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012).

existência passa a ser injustificada uma vez que não há uma verdade imutável a se buscar através de cada processo.

Se a pretensão dos ordenamentos jurídicos modernos é a de um processo penal puramente acusatório (ao menos na fase judicial), é indispensável o câmbio da busca pela correspondência, por uma verdade que se assume construída através do procedimento jurisdicionalizado.

Como o sistema inquisitório apresenta, como justificativa para o emprego dos tormentos, a busca dessa correspondência, somente repudiando o correspondismo, se abre espaço para o estabelecimento de um procedimento judicial verdadeiramente humanizado.

### **CAPÍTULO 3: O ROMPIMENTO PARADIGMÁTICO: HUMANISMO LIBERAL E O SUJEITO DE DIREITOS**

Conforme se asseverou nos capítulos anteriores, embora o cristianismo tenha sido a base da cultura ocidental, com o deslocamento da população para as cidades, a Igreja Católica perdeu aquele enorme controle sobre a produção intelectual e cultural que possuía na alta Idade Média<sup>156</sup>.

Não é de se estranhar, portanto, que o chamado movimento renascentista<sup>157</sup> tenha trazido o resgate de uma cultura considerada por anos como pagã e condenada pela igreja.

Percebe-se um saudosismo em relação aos ideais gregos de beleza e a valorização da arte clássica. Há uma expansão na produção de conhecimento técnico, não apenas para a aplicação prática nos ofícios, mas agora pela produção de um conhecimento científico em superação ao modelo teocrático<sup>158</sup>.

Mais além, o período trouxe uma nova (re)visão do papel do homem diante do universo que lhe envolve. É o que se denominou de antropocentrismo em referência ao papel central que a humanidade tomava nesta nova fase, em contradição ao Deísmo imposto pela Igreja Católica no ápice da Idade Média.

---

<sup>156</sup> WELLS, Herbert George. História Universal. v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1145.

<sup>157</sup> A origem desse termo é atribuída ao historiador suíço Burckhardt no final do século XIX e muito contestada no meio acadêmico, por ser considerada uma tentativa de se atribuir a um período exato um conjunto de modificações que se entendeu imprecisamente entre a Idade Média e a Idade Moderna. (LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 276).

<sup>158</sup> Impossível não citar o papel desempenhado nesse campo por Giordano Bruno (1548-1600), Nicolau Copérnico (1473-1543), Francis Bacon (1561-1626), Johannes Kepler (1571-1630) e, considerando-o mais do que um artista, Leonardo da Vinci (1452-1519).

Impossível não notar neste resgate histórico, que é na fase renascentista aonde está o embrião do humanismo do século XVIII. A visão antropocentrismo permitiu um salto fundamental entre a ideologia católica empregada na manutenção de poder da Igreja, e a valorização do ser humano.

Nesse sentido, é primeiramente interessante a referência que Jaques Le Goff faz a Nicolau de Cusa e Pawel Wlodkowic, naquele período. Para o historiador, Nicolau, ainda que destacando a primazia do cristianismo, teorizou as bases para o ecumenismo e anunciou, na mentalidade do século XV, a tolerância religiosa<sup>159</sup>. Wlodkowic, por sua vez, lançou as bases modernas do direito internacional e em suas reflexões pregou a existência de direitos naturais extensivos aos pagãos, dos quais emergiam direitos civis e políticos<sup>160</sup>. Ambos casos, apresentam, claro distanciamento em relação às concepções católicas da baixa Idade Média.

Em tal contexto de revisão de valores, é importante destacar também Giovanni Pico Della Mirandola, ou Conde Della Mirandola (1463-1494). A produção intelectual deste autor situa-se exatamente no momento em que se discorda em certa parte com a estrita orientação Católica, mas tenta-se concilia-la com o resgate de questões ontológicas transportadas da filosofia clássica.

O Conde, identificado como humanista já no século XV<sup>161</sup>, foi estudioso das obras clássicas da filosofia, bem como se aprofundou na filosofia escolástica. Sua formação permitiu-lhe uma contraposição clara entre a visão pré cristã do homem e a visão do homem pecador medieval. Essa é a essência do pensamento renascentista<sup>162</sup>!

Não é de se estranhar que a *Oratio Ioannis Pici Mirandulani Concordiae Comitum*, seja um oratório de contemplação ao homem:

---

<sup>159</sup> LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 258.

<sup>160</sup> LE GOFF, op. cit., p. 260.

<sup>161</sup> O que serve a comprovar que o humanismo do Século XVIII teve suas raízes no período do Renascimento.

<sup>162</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. Discurso Sobre a Dignidade do Homem. (Portugal: 2010, Edições 70). p. XVI.

"Finalmente, pareceu-me ter compreendido por que razão é o homem o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda a admiração, e qual enfim a condição que lhe coube em sorte na ordem universal, invejável não só pelas bestas, mas também pelos astros e até pelos espíritos supramundanos. Coisa inacreditável e maravilhosa. E como não? Já que precisamente por isso o homem é dito e considerado justamente um grande milagre e um ser animado, sem dúvida digno de ser admirado"<sup>163</sup>.

Ele (o homem) é apresentado como obra máxima da criação divina, e merecedor de veneração em tudo que lhe tocar. O atributo que lhe confere o papel de protagonista dentre as criações divinas, é a liberdade<sup>164</sup>! É a capacidade de se sublimar aos anjos ou de se degenerar aos vermes, por sua própria vontade. Essa possibilidade de se auto determinar, é um câmbio significativo em relação à concepção de pessoa pré disposta ao pecado.

Mas a mudança de concepções não se operou de modo radical até o século XVIII. O prestígio da Igreja Católica e sua notável habilidade de se reinventar<sup>165</sup> e resistir a cismas fizeram com que a instituição continuasse a ser um referencial no mundo renascentista. Não é por menos que o desenvolvimento das técnicas artísticas se manifestou em diálogo com temas bíblicos<sup>166</sup>.

Ao final do século XVII essa presença intensa do poder eclesiástico na sociedade começou a se apresentar como indesejável.

Diversos fatores podem ser apontados para que novos ideários, partidos do pressuposto antropocentrismo, tomassem conta do ocidente e pouco a pouco reclamassem um domínio ideológico antes ocupado pela doutrina católica.

---

<sup>163</sup> MIRANDOLA, op.cit., p. 55.

<sup>164</sup> MIRANDOLA, op. cit., p. 67.

<sup>165</sup> Principalmente com as ordens mendicantes que pregavam um sacerdócio sem opulências, e a *devotio* moderna, que, na obra *A Imitação de Cristo* de Tomás de Kempis, apresentava um novo referencial de devoção à imagem da vida de Cristo.

<sup>166</sup> Evidencia-se essa coexistência no papel da arte renascentista na obras sacras do período. A exemplo da pintura, o cuidado com as formas humanas, com as curvas e o resgate do naturalismo na retratação de cenas bíblicas, colocaram as novas técnicas a serviço da Igreja Católica. Foi o abandono da tradição medieval de formas planas, ornamentais e anti naturalistas. (LOPERA, José Alvarez. *História Geral da Arte*. (Rio de Janeiro:1995, Delprado). p. 62)

Em primeiro lugar a dimensão que as cidades tomaram, trouxeram à vida social uma complexidade nunca antes observada. Nunca os centros urbanos estiveram tão inflados e repletos de tamanha diversidade de culturas, ofícios e tradições. A noção da existência de conceitos universalmente aplicáveis aos homens tinha um solo incontestavelmente fértil a ser explorado naquele ambiente<sup>167</sup>.

Essa situação se intensifica principalmente se levado em conta o desenvolvimento dos meios de transporte e navegação, afinal, isso implica no aumento na velocidade de deslocamento e de tráfego de informações. Qualquer novidade chegava rapidamente ao seu destinatário da mesma forma que surgiam notícias de lugares antes isolados<sup>168</sup>.

O compartilhamento de informações, por sua vez, permitiu a difusão e desenvolvimento de ofícios relacionados à diversas áreas do conhecimento. Notou-se o surgimento de novas técnicas para a pintura<sup>169</sup>, artesanato, medicina, literatura e mesmo para a pesquisa científica de modo geral.

Todas essas inovações trazidas com os novos tempos da Europa, criaram, já nos séculos XV e XVI uma atmosfera de deslumbre com a capacidade do ser humano. Não é por menos que o antropocentrismo, como movimento que confere ao homem um papel valorizado frente ao mundo, se desponta e difunde pelo ocidente.

Mas o antropocentrismo se opunha diretamente aos interesses da Igreja Católica. Afinal, conforme se apresentou nos capítulos anteriores, a justificação para os projetos de manutenção e expansão do poder católico,

---

<sup>167</sup> LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 254.

<sup>168</sup> LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 258.

<sup>169</sup> "Uma novidade chamada a um extraordinário sucesso aparece no começo do século XIV, o *retrato*. É um produtor da afirmação do indivíduo e desse novo código de representação que se chama de realismo. Ele é encontrado entre os vivos e entre os mortos. O resto dos que jazem deixa de ser convencional para se tornar "real". Os retratos mais antigos impõe a figura dos poderosos: papas, reis, senhores ricos burgueses; depois o retrato de democratiza. A invenção, no século XV, da pintura a óleo e o desenvolvimento da pintura de cavalete serve para o retrato, que continua, no entanto, honrado nos afrescos." (LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 255.)

desde o século XI, partia da premissa doutrinariamente afirmada de um universo teocêntrico<sup>170</sup>.

Todavia, a cúria não tinha o mesmo poder de resposta que possuía nos tempos de Inocêncio III. Devido aos inúmeros conflitos políticos em que se envolvera nos séculos XIII e XIV, em razão de seus interesses expansionistas, principalmente na península Italiana e com os reinos da França e Inglaterra, os monarcas do antigo regime não ofereciam o mesmo respaldo aos desmandos eclesiásticos<sup>171</sup>.

Também entre a população, a cúria não gozava da melhor fama. As corrupções e vidas pecaminosas incompatíveis com o bendito ofício, por parte de certos clérigos, tornavam viral a descrença na instituição da Igreja Católica.

Venda de indulgências, simonias, a própria cisma<sup>172</sup> em que se envolveu a Igreja, enfraqueceu a imagem de uma igreja santa e universal. Os abusos e as polêmicas em que os ocupantes do trono de São Pedro se envolviam, pouco a pouco esvaziavam o sentimento de sacralidade para com a posição do Papa, e no século XVI o posto de Pontífice parecia mais uma coroação política do poder de certas famílias na Itália, do que a herança sagrada de um sumo sacerdote<sup>173</sup>.

E mais, a própria atmosfera de medo trazida pelo Santo Ofício e pelos Autos de Fé, associava o catolicismo à uma imagem retrógrada de rigor e

---

<sup>170</sup> WELLS, Herbert George. História Universal. v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1199.

<sup>171</sup> WELLS, Op. cit., p. 1124.

<sup>172</sup> Em 1378 a Igreja Católica passou a ser comandada por dois papas: Urbano VI, a partir de Roma, e Clemente VII em Avignon. Essa divisão se manteve até 1417 com a eleição do papa Martinho V. (LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 243).

<sup>173</sup> "O papa Alexandre VI havia comprado publicamente a tiara, e seus cinco filhos bastardos compartilhavam de suas vantagens. Seu filho, o cardeal duque Bórgia mandou matar, com o acordo do pai, o papa, os Vitelli, os Urbino, os Gravina, os Oliverotto e centenas de outros senhores para apoderar-se de seus domínios. Júlio II, animado do mesmo espírito, excomungou Luís XII, deu seu reino ao primeiro ocupante e, ele próprio, com elmo na cabeça e a couraça no peito, pôs a ferro e sangue uma parte da Itália. Leão X, para pagar seus prazeres, comercializou indulgências como quem vende mercadorias num mercado público". (VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional. p.19.)

medo. Absolutamente oposta ao clima renascentista de progresso e liberdade. O controle social católico era cada vez mais indesejado.

E não apenas a Igreja, como tudo mais que se ligava à essa imagem do passado da alta idade média, passava pouco a pouco a se tornar indesejado. De fato, o antigo regime paulatinamente se tornou incompatível com a nova mentalidade do homem ocidental em diversos sentidos. Entre elas note-se, em especial, que o regime monárquico, a nobreza, a legitimação divina do poder de governo, tudo parecia destoante da ideologia de perseguição ao lucro, permitida pela propagação das cidades e difundida pela classe burguesa.

Não restam dúvidas que a burguesia, sedenta por projeção social<sup>174</sup> foi a grande patrocinadora de todo o movimento que, em diversos níveis, tomava conta do mundo conhecido e emergia cada cidadão em ideais de busca por novos tempos.

Mas de todas as formas que a classe burguesa poderia incitar as populações para lutar contra o antigo regime e suas intuições, foi com o apoio à produção intelectual que o legado de inconformismo se propagou<sup>175</sup>.

O papel foi o grande veículo de propagação da nova Europa pós medieval. Certamente a invenção da imprensa<sup>176</sup>, foi responsável pela expansão do renascimento para além da península itálica. Assim, o lapso temporal entre o renascimento do séculos XIV e XV, e o século das luzes, não apenas foi marcado por pestes<sup>177</sup>, conflitos<sup>178</sup> e pela reformulação do mapa europeu<sup>179</sup>. Foi também o tempo de maturação de um pensamento

---

<sup>174</sup> Leia-se “poder”, já que na Europa do Século XVIII o burguês já tinha uma posição de incontestável destaque no meio social.

<sup>175</sup> Daí se destaca a figura dos mecenas: entusiastas das novas técnicas renascentistas, sobretudo nas artes. É o caso da família Médici que assume este papel em Florença. Eles (os Médicis) inauguram a tradição burguesa em apoiar artistas e estudiosos, o que mais tarde é fundamental no fomento da Revolução Francesa. (LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 256).

<sup>176</sup> LE GOFF, Jacques. As Raízes Medievais da Europa. (Petrópolis:2007, Vozes). p. 252; WELLS, Herbert George. História Universal.v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1172.

<sup>177</sup> LE GOFF, op. cit., p. 227.

<sup>178</sup> LE GOFF, op. cit., p. 237. LE GOFF, op. cit.,

<sup>179</sup> LE GOFF, op. cit., p. 262..

renascentista, através de uma produção intelectual cada vez mais difundida e acessível.

E ressalte-se: neste campo (de produção intelectual), não só a dignidade humana, enquanto valor foi içada pela vanguarda iluminista (e aqui a análise já caminha para os idos do século XVIII). Associada a ela, outros ideais foram tomados como mote para um movimento de projeção do ser humano muito além da imagem medieval de indivíduo pecador e penitente. Lemas de liberdade<sup>180</sup>, igualdade<sup>181</sup> e fraternidade<sup>182</sup> partiram do tinteiro de pensadores renomados pela mentalidade vanguardista, e foram parar na boca de populares organizados grupos revolucionários, dispostos a aplicar nos governos o pensamento que até então só fizera sentido nos livros. Observe-se o caso francês com as propostas jacobinas:

"Tal era a qualidade da maioria dos líderes do partido jacobino. Homens de nenhuma posse - homens livres e desimpedidos. Eram mais dissociados e mais elementares, portanto, do que os de qualquer outro partido; e estavam prontos para levar as ideias de liberdade e igualdade até a sua extremidade lógica. Os seus padrões de virtude patriótica eram altos e rudes. Havia qualquer coisa de inumano, mesmo no seu zelo humanitário"<sup>183</sup>.

Foi o tempo de se perceber - e realizar - o homem como ser digno, livre e social. Sua posição central no cosmos, contemplada desde o Século XIV, reclamava seu reconhecimento como tal pelos governos dos recém formados Estados Nacionais.

---

<sup>180</sup> "Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há nenhuma reparação possível para quem renuncia a tudo. Tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e subtrair toda liberdade a sua vontade é subtrair toda moralidade a suas ações". (ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. (São Paulo:2003, Martins Fontes). p. 15).

<sup>181</sup> "[...] o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos que todos eles se comprometem sob as mesmas condições e devem gozar dos mesmos direitos". (ROUSSEAU, op. cit., p. 41).

<sup>182</sup> "Quem ousa empreender a instituição de um povo deve sentir-se capaz de mudar, por assim dizer, a natureza humana; de transformar cada indivíduo que, por si mesmo, é um todo perfeito e solidário em parte de um todo maior, do qual esse indivíduo recebe, de certa forma, sua vida e seu ser; de alterar a constituição do homem para fortalecê-la; de substituir por existência parcial e moral a existência física e independente que todos recebemos de natureza". (ROUSSEAU, op. cit., p. 50).

<sup>183</sup> WELLS, Herbert George. História Universal. v.5. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1432.

Ao que parece, as objeções pelo reconhecimento dessas características do homem, manifestou-se, em um primeiro instante, na busca pela igualdade entre indivíduos, e não apenas do ponto de vista jurídico, mas de maneira ampla, abarcando a igualdade social e mesmo entre gêneros<sup>184</sup>. Mas o que se almeja, em resumo, é sanar os prejuízos sociais decorrentes dos privilégios da nobreza e do clero, decorrentes do antigo regime e inacessíveis, pela tradição, à burguesia.

Notável, portanto, o papel da classe burguesa na manipulação da vontade geral em prol de seus interesses. Em eventos extraordinários na história da humanidade, como a Revolução Francesa e os movimentos por independência nas Américas, a base principiológica estava contaminada por esses ideais iluministas construídos com o fomento burguês<sup>185</sup>.

E se a modernidade foi construída a partir de tais marcos históricos, então nos compete dissecar o fundamento teórico que movimentou as engrenagens dos novos tempos. É a premissa inevitável para se contrapor o sistema jurídico condizente com a modernidade, ao modelo medieval.

### **3.1 Revolução do pensamento humanístico e as raízes do rompimento de paradigma no plano jurídico**

Se nos capítulos iniciais a contextualização medieval se deu muito mais através da apresentação do pano de fundo, e a pesquisa se concentrou em trazer descrições daquele momento histórico, a atual fase do trabalho demanda outra abordagem.

---

<sup>184</sup> Impossível não mencionar a contribuição pioneira de Mary Wollstonecraft, que já ali concluíra que a mente humana não tem distinção de gênero.

<sup>185</sup> WELLS, Herbert George. História Universal. v.5. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1364.

O iluminismo, ao que importa à presente pesquisa, se impõe mais pelas construções teóricas que se sublimaram, do que pelos notórios acontecimentos históricos que lhe foram contemporâneos.

Enquanto que, para a análise do surgimento do inquisitorialismo importava a compreensão da realidade medieval, por outro lado, para que se perceba como o humanismo incidiu sobre os institutos processuais penais, faz-se mister a compreensão da mentalidade que contaminava o intelecto dos teóricos referenciais do movimento.

Não se pretende tratar de modo simplista o período histórico que compreendeu o iluminismo. Não. As pesquisas realizadas vieram carregadas com o conhecimento histórico a respeito do século XVIII. Tem-se plena consciência que aquele período da Idade Moderna, não se restringiu ao iluminismo, mas foi marcada por efervescências políticas<sup>186</sup>, progressos tecnológicos<sup>187</sup> e obras emblemáticas da cultura ocidental<sup>188</sup>.

Entretanto, ao que se direcionam os presentes esforços, importa deter-se apenas do iluminismo em seu papel no surgimento de ideais de valorização do homem. Só a partir de então é que será possível demonstrar como o projeto iluminista alcançou o âmbito jurídico.

Mas, para se falar em reforma no campo jurídico, antes é necessário vislumbrar as mudanças promovidas pelo iluminismo nos Estados. Talvez pela pressão burguesa ou por acreditarem que o Estado do modelo medieval era a causa de todo mal social, o movimento iluminista inicialmente se concentrou no campo político.

Através das teorias contratualistas, procurou-se explicar, fora de uma perspectiva de legitimação Divina, o que era o Estado, de onde vinha seu

---

<sup>186</sup> Movimentos de independência dos Estados Unidos (1775/1783) e Haiti (1791/1804), além da Revolução Francesa (1769) especialmente tratada. (WELLS, Herbert George. História Universal. v. 5. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1363)

<sup>187</sup> Descoberta do hidrogênio (1774), do princípio da vacinação, realização do primeiro voo humano (1783) e a invenção do piano (1709).

<sup>188</sup> Bach compõe "A Paixão Segundo São Mateus" (1729) e Mozart sua primeira sinfonia (1764).

poder, e quais eram os limites para sua atuação. E perceba-se: o povo, surgiu como resposta quase uníssona do contratualismo a tais indagações

Note-se, por exemplo, no Contrato Social de Rousseau, a busca pela base legitimadora do Estado através do povo. O Estado se funda pelo poder das pessoas que a constituem:

"Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de *Cidade*, e hoje o de *República* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, soberano quando ativo e *Potência* quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem coletivamente o nome de *povo* e se chamam, em particular *cidadãos*, enquanto participantes da autoridade soberana, e *súditos*, enquanto submetidos às leis do Estado"<sup>189</sup>.

E não só o Estado é o povo, como o poder para fazer o necessário à sua manutenção, deriva da vontade geral. Note-se a essencial diferença em relação ao Estado cujo poder se diz advindo de Deus<sup>190</sup>.

Não é por menos que os textos de Rousseau tenham sido rapidamente proibidos na França: durante a Revolução Francesa, a noção Rousseana de um sistema legislativo voltado aos interesses dos cidadãos apresentou-se como alternativa viável ao modelo então vigente, contaminado pela corrupção do antigo regime.

Contudo, é importante que fique claro a abrangência dessa visão contratualista no cenário do iluminismo. Ela não teve seu início nem findou-

---

<sup>189</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. (São Paulo:2003, Martins Fontes). p. 23

<sup>190</sup> "A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível. O vínculo social é formado pelo que há de comum nesses diferentes interesses, e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordam, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, é unicamente com base nesse interesse comum que a sociedade deve ser governada". (ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. (São Paulo:2003, Martins Fontes). p. 33).

se com as contribuições de Rousseau e se tornou essencial para todo o pensamento iluminista.

No século XVII Hobbes já havia proposto a visão de um estado de natureza brutal e pré social, em que o contrato tacitamente estabelecido entre os cidadãos os permite o convívio harmônico e propício ao desenvolvimento do meio. Após, Locke apresenta a proposta a noção de um direito natural humano de defender “a vida, a saúde, a liberdade ou os bens” como justificativa ao Contrato Social.

E ainda após Rousseau, já com a Revolução Francesa em deslinde, Thomas Paine, propõe que o único objetivo do governo é a garantia dos direitos individuais. Percebe-se que, de uma análise inicialmente antropológica, o conceito de Contrato Social migrou para a política e emergiu no humanismo.

Mesmo teóricos que não trabalharam a noção de Contrato Social à exaustão, tomaram-na como premissa tácita para suas considerações em outras áreas. Isso é especialmente claro no campo jurídico. Por exemplo, trata-se claramente a estrutura social elementar sobre a qual se funda a proposta Beccariana<sup>191</sup>, e, ainda mais contundentemente, a visão de Kant sobre crime e criminoso:

“Consequentemente, quando redijo uma lei penal contra mim mesmo na qualidade de um criminoso, é a razão pura em mim (*homo noumenon*), legislando com respeito a direitos, que me sujeita, como alguém capaz de perpetrar o crime e, assim, como uma outra pessoa (*homo phaenomenon*), à lei penal, junto com todos os demais numa associação civil. Em outras palavras, não é o povo (cada indivíduos nele encerrado) que data a pena capital, mas o tribunal (a justiça pública) e, assim, um outro indivíduo distinto do criminoso; e o contrato social não contém nenhuma promessa de deixar-se punir e, deste modo, dispor de si mesmo e da própria vida, isso porque se a autorização para punir tivesse que ser baseada na promessa do transgressor no seu querer deixar-se punir,

---

<sup>191</sup> "As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador". (BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. (São Paulo: Martins Fontes, 2005), p. 41).

teria também que lhe caber julgar a si mesmo punível e o criminoso seria seu próprio juiz”<sup>192</sup>.

Adiante, no campo político, Montesquieu consubstancia a crítica iluminista de repúdio ao modelo de monarquia absolutista e aversão ao clero católico. E tanto o faz, que na divisão entre os grandes regimes antigos que estabelece, separa a Monarquia limitada da despótica, tecendo críticas incisivas a esta última<sup>193</sup>.

Note-se que, as características atribuídas à Monarquia, associam-se a valores cuja capacidade de contribuir para o “bem comum” (noção contratualista bem desenvolvida), estavam sendo questionados naquele momento histórico. Não é de se estranhar que esse autor entenda pela conveniência da religião católica às monarquias.

Certamente, na sua construção teórica, valoriza-se a revolução luterana do Século XVI<sup>194</sup>. O entendimento de que o protestantismo é mais afeito aos regimes republicanos permite concluir que, para o autor, a proposta de rompimento de um modelo antigo de Monarquia, deveria ser acompanhada de um necessário distanciamento entre a Igreja Católica e o Estado.

A isso se somam as considerações acerca das relações entre as leis, o Estados e os indivíduos, em tudo apresentando uma perspectiva sempre pautada pela racionalidade e moderação que orientava o pensamento iluminista, particularmente ao que concerne ao poder de punição.

Nesse sentido, interessa aqui a relação estabelecida entre o crime e a pena. No pensamento de Montesquieu, não se pensa a punição como uma

---

<sup>192</sup> KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. (São Paulo:2010, Folha de São Paulo). p. 121.

<sup>193</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. (São Paulo: 1996, Martins Fontes). p. 19.

<sup>194</sup> Assim entendida como o movimento protestante que nasce a partir das críticas, apresentadas na forma de teses, pelo monge Martin Lutero, em 1517. Lutero se escandalizou com a leviandade e esplendor mundano do papado, bem como a venda de indulgências. Ordenado por Leão X a retratar, afirmou que só o faria se fosse convencido "de seu erro por argumentos ou pela autoridade das escrituras". (WELLS, Herbert George. História Universal, v. 4. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1245).

consequência imediata e diretamente proporcional ao delito. Não se atribui sequer uma natureza medicinal ao instituto<sup>195</sup>.

Segundo afirma, as penas mais graves não são necessariamente eficientes em reprimir a criminalidade. Aliás, a severidade desacertada das penas pode conduzir a uma corrupção incurável do Estado<sup>196</sup>.

Mas não somente as penas, como também os métodos ganham relevo na discussão. Montesquieu posiciona-se contra a utilização institucionalizada dos tormentos<sup>197</sup>. E afirmando que ele mesmo tenha sido influenciado por “tantas pessoas habilidosas e tantos belos gênios”<sup>198</sup>, que escreveram sobre o assunto, pode-se perceber que anos mais tarde (1764) seu entendimento é que servirá de influência para a grande obra de referência sobre o assunto: *Dos Delitos e das Penas*, do já referendado Marquês de Beccaria.

Daí estar estampado, na lógica de Montesquieu, o salto que se dá entre o pensamento medieval tipicamente incrustado pelas ideologias da Inquisição e a compreensão iluminista sobre a função do Estado diante do indivíduo.

Em Rousseau, nota-se a valorização dos ideais de Liberdade e Soberania. De fato, a ideia de contrato social que o filósofo desenvolve se justifica em uma busca pela soberania através da liberdade. Justamente na perseguição dessa liberdade é que se articulam todas as relações desenvolvidas no seio da sociedade.

É importante notar que durante todo o desenvolvimento de sua teoria do Contrato Social, Rousseau não busca qualquer forma de legitimação no Deus católico ou em qualquer autoridade sobrenatural. Até mesmo o patriotismo que apresenta parece ser justificado em si mesmo.

---

<sup>195</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. (São Paulo: 1996, Martins Fontes). p. 95.

<sup>196</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 93.

<sup>197</sup> “Não se devem conduzir os homens pelas vias extremas”. (MONTESQUIEU, op. cit., p. 85).

<sup>198</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 102.

Através do Contrato Social de Rousseau é que mais tarde se projeta um novo olhar sobre a natureza e função das penas. Isso porque, na visão iluminista que se constrói, o papel das penas não é mais o de punir o criminoso por uma violação contra a ordem divina. Muito menos se atribui à pena a tarefa de expiar pecados. Não. Tomando por base a formulação Rousseaneana, o papel da punição dos delinquentes neste novo tempo era o de retirá-los da sociedade; penalizá-los por terem realizado condutas que rompem o Contrato Social pelo qual todos os cidadãos se vêem tacitamente vinculados<sup>199</sup>.

Voltaire, antes de apresentar verdadeiras propostas para o mundo “pós revolução”, satiriza a realidade decadente do antigo regime com todas suas instituições . Isso é especialmente evidente em *Cândido ou o Otimismo*. Perceba-se a forma satírica como o autor se refere à justificativa para a utilização dos Autos de Fé:

"Depois do terremoto que tinha destruído os três quartos de Lisboa, os sábios do país não tinham encontrado meio mais eficaz de prevenir uma ruína total do que o de dar ao povo um belo auto de fé. Fora decidido pela Universidade de Coimbra que o espetáculo de algumas pessoas queimadas a fogo lento com grande cerimonia é um segredo infalível para evitar que a terra trema"<sup>200</sup>.

E notório em *Cândido ou o Otimismo*, o desprezo pelos Autos de Fé. A cena em que o filósofo Pangloss é levado à força junto à *Cândido* - protagonista da história - é notório. Ali se encontra sintetizado o pensamento daquele momento histórico acerca do papel da inquisição. A forma como os Autos de Fé gozam de uma arbitrariedade absurda e como seus castigos recaem sobre inocentes é absurda<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> É a partir daí que Foucault prescreve como alternativas de punição, segundo a ideologia do século XVIII, a deportação, a humilhação pública e o trabalho forçado (FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p. 82).

<sup>200</sup> VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *Cândido ou o Otimismo*. (São Paulo:2010, Folha de São Paulo.) p. 23.

<sup>201</sup> VOLTAIRE, op. cit., p. 23.

Aos olhos de Voltaire, ao que parece, a mentalidade medieval criou o mito do reino perfeito onde o cavaleiro justo e a princesa pura gozavam da maior das sortes.

Traduzindo a mentalidade do século XVIII, o filósofo francês recria metonimicamente a passagem do personagem daquele mundo idealístico ao mundo real. Daí o conflito que o personagem cavalheiresco sofre: o otimismo da realidade em que se originou<sup>202</sup> é incompatível como os novos tempos, com o mundo que se mostra maior e mais cruel<sup>203</sup>.

Thomas Morus apresenta outro tipo de sutileza. Ao invés de pintar com escárnio a imagem do mundo antigo, sua narrativa consiste na apresentação de um mundo idealizado na forma do reino de Utopia.

No cenário detalhadamente arranjado, há evidente oposição à realidade na Europa do Século XVIII. Não é por menos.

O pensamento de Morus (ou More) está visceralmente contaminado pelos ideais iluministas<sup>204</sup> de maneira que a iniciativa de um projeto de sociedade “ideal” se vê desvinculado dos “males” Antigo Regime. Daí notar-se claramente a inexistência de uma religião oficial em Utopia<sup>205</sup>; a falta de uma estratificação social; a não fundamentação das autoridades em qualquer forma de divindade.

Excepcional a proposta de More para a convivência entre as religiões de Utopia. Embora seja bem cuidadoso ao tratar a questão, dando crédito e

---

<sup>202</sup> VOLTAIRE, op. cit., p. 9.

<sup>203</sup> Note-se na conclusão obra, que o final dado aos personagens é uma vida imersa no trabalho e nas dificuldades cotidianas. Está definitivamente afastada a noção de felicidade condicionada a elevação social ou a qualquer conquista no plano religioso (VOLTAIRE, op. cit., cap. XXX).

<sup>204</sup> O que se manifesta em suas especulações sobre a sociedade perfeita.

<sup>205</sup> É interessante observar que, não obstante a inexistência de uma religião oficial e a convivência pacífica entre os adoradores de divindades diversas nos relatos de Utopia, More demonstra consideração ao Cristianismo. Ele narra que os utopianos facilmente se converteram à religião Cristã, mas ressalta: o povo de Utopia se sentiu especialmente impressionado “informação de que Cristo aprovou a comunhão de bens posta em prática por seus discípulos” (MORE, Thomas. Utopia. (São Paulo:2009, Edição Revista e Ampliada.)

p. 178). Daí uma provável crítica à ostentação das grandes instituições religiosas da Europa.

defendendo o Cristianismo, Morus critica a intolerância religiosa através de um exemplo que inventa para sua narrativa de Utopia:

"É evidente que muitos utopianos se recusam a aceitar a fé cristã, mas os que assim procedem não fazem nenhuma tentativa de impedir que outros a adorem nem maltratam os que já se converteram. A única exceção verificou-se com um membro de nossa congregação, um homem que provocou graves problemas enquanto estava na ilha. Apesar de todos os nossos conselhos em contrário, assim que foi batizado ele começou a pregar publicamente a doutrina cristã, fazendo-o com muito mais fanatismo do que prudência. Inflamou-se de tal modo que, não se contentando em apregoar a superioridade da nossa religião, passou a condenar redondamente todas as outras. Gritava a plenos pulmões que não passavam de degradantes superstições, e que todos os seus adeptos eram monstros sacrílegos que iriam consumir-se por toda a eternidade no fogo do inferno. Depois de assim pregar por algum tempo, foi preso, não sob a acusação de blasfêmia, mas sim de perturbação da ordem pública e instigação ao tumulto. Terminou condenado ao exílio, pois um dos mais antigos princípios de que regem Utopia é a tolerância religiosa"<sup>206</sup>.

E explicando a origem desse princípio de tolerância religiosa, narra:

"Utopos decretou essa lei não só para preservar a paz, que ele percebia estar sendo totalmente destruída por combates intermináveis e ódios mortais, mas também pensou que o decreto interessaria à própria religião. Não tinha a pretensão de saber qual era a melhor de todas as crenças, e, ao que parece, admitia a possibilidade de Deus inspirar a diferentes pessoas religiões diversas, por desejar ser venerado através da diversidade dos cultos. Mas estava plenamente convencido de que era loucura e arrogância intimidar as pessoas e forçá-las a aceitar doutrinas nas quais não acreditavam. Parecia-lhe óbvio que, mesmo existindo apenas uma religião verdadeira, e sendo todas as outras falsas, a verdade terminaria vindo à tona e prevalecendo por sua própria força, desde que a questão fosse discutida com calma e bases racionais"<sup>207</sup>.

A justificativa do decreto de Utopos nada mais é do que a síntese da proposta iluminista para a revisão das políticas europeias de coexistências entre religiões nos Estados<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> MORE, Thomas. *Utopia*. (São Paulo:2009, Edição Revista e Ampliada). p. 179.

<sup>207</sup> MORE, op. cit., p. 180.

<sup>208</sup> Voltaire é mais enfático: "O direito humano não pode estar baseado em nenhum caso senão nesse direito de natureza e o grande princípio, o princípio universal de um e de outro é, em toda a terra "Não faça o que não gostaria que lhe fizessem". Ora, não vemos

E além: resta explícito a reprovação do autor aos castigos corporais. A noção de parcimônia na aplicação de suplícios e penas, marcante no pensamento iluminista, permeia a obra de More ao retratar uma Utopia em que a agressão física aos indivíduos é mínima até nos casos dos criminosos condenados<sup>209</sup>.

O período filosófico contemporâneo ao desenvolvimento do humanismo, também revela a proposta iluminista de reinventar o mundo conhecido. Nota-se nos expoentes de Descartes<sup>210</sup>, Hume<sup>211</sup>, Kant<sup>212</sup> e Libniz<sup>213</sup>, a busca de nova compreensão da realidade<sup>214</sup>. Não é por menos que todos, em menor ou maior escala, se ocuparam de questões sobre a compreensão da natureza humana e a teoria do conhecimento humano, pela primeira vez, desde o medievo, independentes de uma doutrina religiosa a definir suas inclinações. Foram investidas, principalmente no campo da epistemologia, que alcançaram a reinvenção filosófica da perspectiva, do homem moderno diante de si, e da capacidade humana de perceber o mundo. Tudo sempre tendo o poder de compreensão do ser humanos, como o parâmetro fundamental de auto determinação e situação no universo. Nunca como um mero atributo divino. E note-se: no trato da questão da existência de Deus, não há qualquer compromisso, da filosofia do Século XVIII, em se manter fiel à uma concepção dividida sob determinada ótica religiosa<sup>215</sup>.

---

como, segundo este princípio, um homem pudesse dizer a outro: "Creia naquilo que eu creio e no que você não pode crer ou morrerá". É o que se diz em Portugal, na Espanha, em Goa, Em alguns outros países não se contentam em dizer isso, mas: "Creia ou o odiarei; creia ou lhe farei todo o mal que puder; monstro, você não tem minha religião, portanto, não tem religião alguma; é necessário que você se torne o horror de seus vizinhos, de sua cidade, de sua província". (VOLTARE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional.). p. 33.)

<sup>209</sup> MORE, Thomas. Utopia. (São Paulo:2009, Edição Revista e Ampliada). p. 44.

<sup>210</sup> DESCARTES, René. Discurso Sobre o Método e Princípios da Filosofia. (São Paulo:2010, Folha de São Paulo). p. 27.

<sup>211</sup> HUME, David. Investigação Sobre o Entendimento Humano. (São Paulo: 2006, Escala). p. 54.

<sup>212</sup> KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. (São Paulo:2010, Folha de São Paulo). p. 42.

<sup>213</sup> LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. A Monadologia e Outros Textos. (São Paulo:2009, Hedra). p. 30.

<sup>214</sup> Também naquele período: Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) e Frierich Schelegel (1772-1829).

<sup>215</sup> Embora Descartes, Libniz e Kant reconheçam sua existência e necessidade.

Em outros campos não foi diferente. Da proposta enciclopédica de Denis Diderot, ao utilitarismo de Jeremy Bentham<sup>216</sup> e à visão econômica dos elementos da sociedade humana (em que a religião nada mais é do que uma das engrenagens), de Adam Smith, todos expoentes intelectuais do período<sup>217</sup> apresentam em comum aparentemente um mesmo aspecto essencial: o descontentamento latente e quase amargurado com o antigo regime em relação a alguma de suas características essenciais.

Mais do que a evidente objeção ao modelo político predominante na Europa, apresentava-se uma oposição às instituições que usavam o Estado como instrumento: a Monarquia e a Igreja Católica.

O ponto essencial de toda crítica consubstanciada pelos projetos intelectuais do século XVIII, foi o desrespeito dessas instituições à direitos pela primeira vez considerados inerentes ao ser humano.

Nasce, então, a perspectiva daquilo a que viria se estruturar como a noção de direitos fundamentais do homem.

### **3.2 Elevação do ser humano ao status de sujeito de direitos**

O projeto iluminista construído a partir desses grandes marcos teóricos, desaguou em uma vertente humanista que, menos preocupada com a solução do plano geral político e social da realidade europeia, buscava verdadeiramente reprojeter o homem no contexto jurídico.

---

<sup>216</sup> Ao que se denota em BENTHAM, Jeremy. As Recompensas em Matéria Penal. (São Paulo: 2007, Ridel). p. 23.

<sup>217</sup> Na literatura, Sade traz a perversão ao mundo literário. Afronta o sistema moral e religioso ao explorar o sexo e a libertinagem, tornando-se figura emblemática na construção de uma literatura moderna avessa aos antigos costumes europeus. (ROUDINESCO, Elizabeth. A parte obscura de nós mesmos - Uma história dos perversos. (Rio de Janeiro:2008, Zahar). p. 99).

Ainda não se falava em Direitos universais, mas já estava assentada a noção de certos limites, racionalmente concebíveis, de inviolabilidade ao ser humano<sup>218</sup>.

Ao que se depreende das pesquisas realizadas, a necessidade de mudança trouxe uma efervescência política voltado contra os modelos sociais estabelecido. Por isso terem sido percussores os pensadores políticos.

Concomitantemente (como não poderia deixar de ser) apresentou-se universalização do homem como base de um sistema de levasse aos “novos tempos”. Ao que parece, os Estudos Iluministas evidenciaram que a revolução exigida pelo mundo moderno deveria ter por base a construção do ser humano enquanto sujeito de Direitos universais.

Mesmo sendo bem antes da construção das noções contemporâneas de Direitos Humanos, alguns teóricos do século XVIII foram bem sucedidos em traduzir uma idéia da Pessoa possuidora de direitos invioláveis. Tome-se o exemplo da *Metafísica dos Costumes* proposta por Kant. Em sua proposta, qualquer a punição ao ser humano:

“Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisa: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. Ele deve previamente ter sido considerado punível antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos. A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduz sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: “É melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro”. Se a

---

<sup>218</sup> “[...] ainda que se provasse que a atrocidade das penas, não sendo imediatamente oposta ao bem comum e ao próprio fim de impedir os delitos, fosse apenas inútil, ela seria, ainda assim, contrária não só às virtudes benéficas geradas por uma razão esclarecida, que prefere comandar homens felizes a um rebanho de escravos em meio aos quais circulasse perenemente uma crueldade temerosa, mas seria contrária também à justiça e à natureza do próprio contrato social”. (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas.* ( São Paulo: Martins Fontes, 2005), p. 80).

justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra”<sup>219</sup>.

Tento por foco o objeto do presente estudo Voltaire, Beccaria e Verri são exponenciais são especialmente interessantes desse tempo

Voltando a falar de Voltaire, já evidenciado anteriormente pelas críticas ao antigo regime cirurgicamente plantadas na fantasia de “Cândido ou o otimismo”, evidencia-se agora a atenção dispensada por este filósofo à tolerância humana, em “Tratado sobre a Tolerância”.

Nesta obra, nota-se a emblemática preocupação de blindar o ser humano contra um sistema de intolerância, especialmente sobre o aspecto religioso. Na crítica que se faz à violência pela superstição, faz-se especial afronta a lógica da Igreja.

"Digo-o com horror, mas com verdade: somos nós, cristãos, somos nós os perseguidores, os algozes, os assassinos! E de quem? De nossos irmãos. Fomos nós que destruimos centenas de cidades, de crucifixo e Bíblia nas mãos, e que não cessamos de derramar sangue e acender fogueiras, desde o reinado de Constantino até os furores dos canibais que habitam Cévennes, furores que, graças aos céus, não subsistem mais hoje”<sup>220</sup>.

Perceba-se: ao se condenar as execuções feitas em nome da fé cega e colocar o ser humano como um limite da interferência social da Religião (apesar de se considerá-la indispensável à sociedade), está a se dizer que algo inerente ao homem é inviolável mesmo às instituições de representação de Deus na terra. É uma reviravolta completa da noção arcaica de que qualquer excesso cometido pela Igreja Católica seria justificável enquanto meio para se alcançar o bem maior da salvação das almas.

---

<sup>219</sup> KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. (São Paulo:2010, Folha de São Paulo). p. 119.

<sup>220</sup> VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional.) p. 52.

Do ponto de visto jurídico, esta revolução de perspectiva será a chave mestra da mudança do método de exploração da verdade no processo, já tratada anteriormente e que será devidamente recapitulada mais adiante.

Voltaire exerceu especial influência na Prússia. Em 1740 Frederico II, imperador da Prússia e amigo de Voltaire, abole a tortura, exceto para delitos mais graves; em 1754-1756, abole-se para todos os crimes em seu reino.

Beccaria, já citado oportunamente, foi outro importante marco. Considerado como principal referencial teórico na luta contra a existência da tortura enquanto método durante todo século XVIII e após, o Marquês de Beccaria teria sido o responsável por sensibilizar Catarina II da Rússia. Por volta de 1766 a imperatriz, influenciada pela obra de Beccaria, determina amplas reformas na legislação penal russa, extirpando a tortura. "Nas suas *Instruções* (1767) à Comissão para a reforma das leis penais, transcreve quase as páginas de Beccaria"<sup>221</sup>.

Não é por menos. O raciocínio apresentado por Beccaria goza de uma lógica perfeitamente concatenada com o século das luzes. Por outro lado, os argumentos utilizados pelo Marquês para negar qualquer utilidade prática dos suplícios como método de busca e encontro da verdade, seriam facilmente refutáveis se analisados sob uma ótica medieval. Explica-se.

Se em meados do século XIII alguém afirmasse: “a tortura não será útil à alcançar a verdade, porquanto qualquer homem confessará qualquer coisa diante da dor infligida a seu corpo”, a mentalidade dominante naquele tempo afastaria esse raciocínio dizendo “o pecador jamais se revelaria senão mediante tortura e o método expiará seus pecados”. Provavelmente em seguida, o autor daquela afirmativa seria condenado à fogueira.

É importante destacar: nesta realidade, a noção clássica da "prova", é praticamente execrada do procedimento criminal, dando espaço à uma noção tarifada (já estudada) como bem observa Foucault:

---

<sup>221</sup> FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal - O Criminoso e o Crime. (Campinas:2003, Russell). p. 38.

Enquanto o inquérito se desenvolve como forma geral de saber no interior do qual o Renascimento eclodirá, a prova tende a desaparecer. Dela só encontraremos os elementos, os restos, na forma da famosa tortura, mas já mesclada com a preocupação de obter uma confissão, prova de verificação. Pode-se fazer toda uma história da tortura, situando-a entre os procedimentos da prova e do inquérito. A prova tende a desaparecer na prática judiciária; ela desaparece também nos domínios do saber.<sup>222</sup>

No século XVIII, em que a doutrina Católica se encontra enfraquecida por todas aquelas razões dispostas ao início do capítulo 3, e ainda questionada por todas insurgências protestantes, é a justificação da tortura pela fé que soaria inócuo ao vivente da época, especialmente no caso dos suplícios em que se contrapõe um valor tão resgatado<sup>223</sup>, que é o humanismo. Contudo, perceber a evidente incompatibilidade da prática da tortura com o pensamento moderno, não bastaria para retirar do procedimento jurisdicionalizado todas sequelas nefastas que trouxe consigo quando da sua adoção pelos sistemas judiciais. A utilização do método representou uma mudança na perspectiva do processo penal em relação à outros elementos, como o caso da prova citado acima. Tais reflexos não foram de pronto percebidos pelos críticos dos suplícios.

Mesmo porque, o embate iluminista à tortura foi um passo inevitável que partiu de iniciativas não meramente teóricas, mas (também) certamente políticas, como foi o caso dos irmãos Pietro e Alessandro Verri<sup>224</sup>.

No caso de Pietro Verri, sua influência não se deu propriamente através de obras publicadas<sup>225</sup>. Verri participou da luta contra o tortura enquanto método, através de um projeto de conscientização política. Junto com Beccaria e outros pensadores iluministas, fundou a “Academia dei Pugni” e passou a publicar o periódico *Il Caffè* onde se propunha discutir e criticar o

---

<sup>222</sup> VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional.) p.75.

<sup>223</sup> E se fala em resgatado, tomando por pressuposto a conclusão anterior de que sua origem remota do Renascimento do século XV.

<sup>224</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. ( São Paulo: Martins Fontes, 2005), p. 8.

<sup>225</sup> Basta dizer que “Observações Sobre a Tortura” foi publicado sete anos após a morte de Pietro..

atraso e as desumanidades dos sistemas jurídicos da época. Embora tenha alcançado grande repercussão, a proposta não conseguiu atingir suas metas em absoluto, dado o fracasso do projeto legislativo de abolição da tortura naquela mesma cidade de publicação de “Dos delitos e das penas”<sup>226</sup>.

Verri mostra-se inconformado com a persistência dos suplícios enquanto método de obtenção da verdade, até aqueles tempos. Essa herança despropositada de um procedimento arcaico é absolutamente refutada pelo autor. Mostra-se absolutamente avesso ao pensamento da época.

Não apenas é ineficaz na perseguição da verdade - pelos motivos já apresentados nos capítulos anteriores - mas, para Verri, não existe qualquer precedente legal que justifique a utilização da tortura:

"Estabeleci que iria provar em segundo lugar que as leis e a própria prática dos criminalistas não consideram a tortura como um meio para distinguir a verdade. É fácil vê-lo observando que não se encontra nenhum método ou regulamento no Código Teodosiano, e tampouco no Código de Justiniano, que prescrevia a aplicação de torturas a réus suspeitos. Nesses imensos conjuntos de leis e prescrições, onde se esmiúçam as menores diferenças entre os processos tanto civis quanto penais, não se prescreve nada em relação à tortura. Portanto, se a lei tivesse considerado esses tormentos como meio para descobrir a verdade, os dois códigos não se teriam omitido sobre o modo, os casos, as ressalvas com que se deveria proceder"<sup>227</sup>.

Essa observação é importante, pois demonstra a tendência iluminista<sup>228</sup> de buscar o diálogo e a comparação entre sistemas legislativos, no tratamento de questões jurídicas discutidas no século XVIII. Dá-se grande valor às experiências legislativas, não apenas de outros Estados modernos, como também de referências antigas e principalmente romanas<sup>229</sup>.

A partir do momento em que o pretende-se a implementação das garantias ao homem e ao cidadão, a utilização do Direito Comparado torna-se

---

<sup>226</sup> VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura ( São Paulo: Martins Fontes, 2000). p. XIV.

<sup>227</sup> VERRI, op. cit., p. 90.

<sup>228</sup> Perceba-se também em Voltaire e Montesquieu.

<sup>229</sup> E isso só se torna possível pelo aumento na velocidade da troca de informações permitida pela modernidade.

um referencial de eficácia e eficiência de normas para a legislatura. Muito diferente da inspiração medieval para as leis em obras teológicas e textos sagrados.

De toda forma, o que se percebe é a consciência dos referenciais teóricos do século XVIII, de que o pensamento humanista somente se consubstanciaria em verdadeira elevação do homem ao *status* de sujeito de direitos, quando as sociedades passassem a absorvê-lo através de consolidações legislativas.

Nesse percurso que parte da construção de uma doutrina humanitária e vai até o estabelecimento de um ordenamento de respeito às garantias fundamentais, observa-se o pioneirismo das normas de abolição da tortura e das penas cruéis. Torna-se claro a ligação umbilical que existe entre esse instituto e as bases humanistas da sociedade moderna.

Não apenas pela influência direta de Voltaire e Beccaria na Prússia e Rússia, os métodos de suplício foram abolidos do ocidente. O movimento iluminista contaminou a mentalidade das monarquias europeias. As considerações especificamente sobre a tortura, feitas por aqueles autores, vieram apenas a direcionar uma lógica valorativa (em relação ao ser humano), que já fazia sentido.

Foi ouvindo o eco humanista do Século das Luzes, que eclodiram reformas legislativas de abolição dos suplícios<sup>230</sup>.

Em 1775, Maria Teresa da Áustria, proíbe no seu Império a tortura. A proibição passa a valer para Milão somente em 1789, com José II<sup>231</sup>.

Pedro Leopoldo, da Toscana, suprime a tortura para o Grão Ducado de Florença em 1786 e em 1780, Luís VI abole a tortura na França (com exceções, e em 1788, totalmente)<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> BARROS, Marco Antonio de. A Busca da Verdade no Processo Penal. (São Paulo:2010, Revista dos Tribunais). p. 77.

<sup>231</sup> GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e prova no processo penal. (São Paulo: 2002, Atlas), p. 32.

Pela historicamente íntima relação entre a Santa Igreja e as instituições laicas, não é de se estranhar que a Espanha tenha abolido a tortura, pelas Cortes Gerais e extraordinárias somente em 1811<sup>233</sup>.

Toda essa reformulação legislativa que se abateu sobre o ocidente, contudo, representou uma mudança muito mais profunda sobre um aspecto jurídico. Em um plano social, estava-se abrindo o caminho para sociedades mais humanas<sup>234</sup>. No plano jurídico o afastamento da tortura representou uma mudança muito mais profunda que envolveu uma reorganização de toda a lógica que orientava o antigo sistema de perseguição criminal utilizador dos suplícios enquanto método. Trata-se de uma análise complexa, cujas minúcias somente podem ser visualizadas com precisão diante da ciência processual penal desenvolvida dos tempos atuais.

### **3.3 O surgimento de novas referências para o processo penal**

Recapitulando a cronologia da ruína do sistema inquisitorial, houve o enfraquecimento a Igreja Católica, seguida pelo resgate de valores pré medievais, o desenvolvimento das artes e ciências, o descontentamento com o antigo regime e a projeção do ser humano enquanto sujeito de direitos.

Dessa linha de eventos resultou a queda da Inquisição. O sistema inquisitorial contudo, teria vida muito mais longa, chegando, talvez, até os dias de hoje.

---

<sup>232</sup> FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal - O Criminoso e o Crime. (Campinas:2003, Russell). p. 37.

<sup>233</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey). p. 19.

<sup>234</sup> Assim compreendidas mediante a realização do projeto humanista forjado pelos teóricos do século XVIII.

Não foi pelo declínio da Santa Inquisição que seu sistema investigativo perderia seu espaço. Não. Ele permaneceria enraizado, através de suas características essenciais, na ordem jurídica onde ganhou espaço e projeção:

"Na concepção da Alta Idade Média o essencial era o dano, o que tinha se passado entre dois indivíduos; não havia falta nem infração. A falta, o pecado, a culpabilidade moral absolutamente não intervinham. O problema era o de saber se houve ofensa, quem a praticou, e se aquele que pretende ter sofrido a ofensa é capaz de suportar a prova que ele propõe ao adversário. Não há erro, culpabilidade, nem relação com o pecado. Ao contrário, a partir do momento em que o inquérito se introduz na prática judiciária, traz consigo a importante noção de infração. Quando um indivíduo, causa dano a outro, há sempre, *a fortiori*, dano à soberania, à lei, ao poder. Por outro lado, devido a todas as implicações e conotações religiosas do inquérito, o dano será uma falta moral, quase religiosa ou com conotação religiosa. Tem-se assim por volta do século XII, uma curiosa conjunção entre a lesão à lei e a falta religiosa. Lesar o soberano a cometer um pecado são duas coisas que começam a se reunir. Elas estarão unidas profundamente no Direito Clássico. Dessa conjunção ainda não estamos livres<sup>235</sup>".

A dinâmica dos novos tempos trazida pelo humanismo do século XVIII, no entanto, não seria somente incompatível com a Inquisição enquanto instituição da Igreja. Seria visceralmente avesso ao própria lógica de um procedimento inquisitório que prestigia a perseguição em absoluto detrimento do perseguido.

O que já foi discutido e que agora se contextualiza, é que o ponto de incompatibilidade do humanismo com o inquisitorialismo é o valor que passa a se admitir indissociavelmente ao ser humano. Transportando-se pro âmbito jurídico, esse aspecto se projeta através de uma revisão de diversos elementos do procedimento jurisdicionalizado, interessando aqui, em especial, a tortura enquanto método.

O caso Frances ilustra perfeitamente a questão.

---

<sup>235</sup> FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p.73-74.

Se no século XIII o sistema jurídico Francês mantinha em convívio uma jurisdição eclesiástica e uma jurisdição laica, e se em 1670 (ou seja, já no Século XVII) o ordenamento jurídico viu um recrudescimento das características inquisitoriais através *Ordonnance sur la procédure criminelle* (de Luis VI) que reafirmou o modelo de procedimento escrito e hierarquização de provas, então a promulgação do Código de Napoleão<sup>236</sup> em 1811, representa com excelência o impacto que os movimentos Iluministas provocaram ao colidir com as normas do velho sistema<sup>237</sup>.

A influência iluminista tanto foi vitoriosa no embate com o anterior sistema jurídico francês, que se nota no Código de Napoleão uma reforma substancial no procedimento penal, grande parte materializando as tendências humanistas<sup>238</sup>. E das inovações trazidas por essa codificação, interessa-nos destacar: introduziu-se ali, o livre convencimento motivado dos juízes como referência para o exercício da jurisdição (que será objeto reflexão no capítulo 4). Inaugurava-se, com isso, o caminho a ser trilhado para a construção de um processo penal onde a busca da verdade pudesse deixar de ser uma mera confirmação das suposições do juiz.

Não há dúvidas de que a revisão da legislação criminal foi a coroação jurídica da mentalidade introjetada pela sociedade modernista a partir das teorias humanistas.

"A partir de 1810, o Código Penal francês, oriundo da Revolução e do Império, altera radicalmente a legislação sobre os costumes, a ponto de esta servir, em graus diversos e ao longo de todo o século, como modelo de referência para o conjunto de países da Europa. O código, aliás, inspira-se no movimento iluminista, nos princípios de Cesare Beccaria e nos decretos votados pela Assembleia Legislativa em 1791. "Finalmente vocês verão desaparecer", dizia nessa data Michel La peletier de Saint-Fargeau, "essa profusão de crimes imaginários que engrossavam as antigas coletâneas de nossas leis. Nelas, não encontrarão mais aqueles grandes crimes de heresia, de

---

<sup>236</sup> *Code d'Instrucion Criminelle*.

<sup>237</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. (São Paulo:2010, Revista dos Tribunais). p. 76.

<sup>238</sup> FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p. 106.

lesa-majestade divina, de sortilégio e de magia, pelos quais, em nome do céu, tanto sangue sujou a terra<sup>239</sup>."

Especialmente na França, ambiente de fomentação iluminista, é fácil perceber como o pensamento, as críticas e projeções sociais, pediam reformulações jurídicas, principalmente no que se refere aos procedimentos criminais. Assim, as mudanças no Processo Penal Francês, implicaram em alterações tanto no processo quanto no inquérito criminal, apresentando ambos em maior sintonia com o pensamento humanista. Precisamente por isso, é correto dizer que as reformas políticas almejadas, refletiram em alterações nos instrumentos de perseguição da verdade pelo procedimento jurisdicionalizado<sup>240</sup>.

Note-se a já citada obra de Voltaire, Discurso Sobre a Tolerância. Ali é descrito, no primeiro capítulo, o relato de um caso em que o suicídio de um indivíduo – Marco Antônio Calas - é transformado em um procedimento jurisdicionalizado em que seus familiares se tornam os réus.

A descrição do autor nos dá conta da forma como a construção da verdade dentro de um processo ainda eminentemente medieval (e a ele Voltaire dirige suas primeiras críticas antes de se insurgir contra a idéia de tolerância em si) sofre com uma evidente distorção que o afasta daquilo a que se propõe: conhecer uma verdade<sup>241</sup>.

No caso que nos é narrado por Voltaire, o próprio autor desconhece as circunstâncias em que ocorreram a morte de Marco Antônio. Todavia, demonstra que são evidentes as distorções trazidas pela comoção pública. A

---

<sup>239</sup> BARROS, Marco Antonio de. A Busca da Verdade no Processo Penal. (São Paulo:2010, Revista dos Tribunais). p. 77

<sup>240</sup> "Percebe-se então o início de uma nova fase, tida como moderna, evolutiva do processo penal, também conhecida como fase da certeza moral. O sistema das provas morais, cuja reforma havia sido combatida ardentemente no século XVIII, constitui uma conquista definitiva. A partir disto busca-se a formação da íntima convicção do julgador e dos jurados. Abolidas as presunções legais de culpa, a apreciação das provas passa a ficar submissa ao princípio do livre convencimento do juiz". (BARROS, Marco Antonio de. A Busca da Verdade no Processo Penal. (São Paulo:2010, Revista dos Tribunais), p. 77).

<sup>241</sup> VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional). p. 06.

condenação da família Calas parece ao leitor um desfecho injusto de uma trama onde não se alcança a qualquer verdade sobre o problema central: a circunstâncias da morte de Marco Antônio. A propósito, ao que parece, não existiu nem se discute, se é possível alcançar alguma certeza nesse sentido.

Embora não se questione sobre a possibilidade ou não de se chegar a uma verdade através do processo penal, resta inquestionável que o processo chegou a alguma verdade. Qual seja, as condutas ilícitas dos familiares de Calas. Então a que se dirige a crítica de Voltaire?

O problema apontado por Voltaire é exatamente a intolerância dos métodos no decorrer de um procedimento criminal. Suas observações materializam o que anos mais tarde causa estranheza a Foucault, por ser um cenário em que o ritual que alcança a verdade é considerado o mesmo ritual que leva à punição<sup>242</sup>.

Intrinsecamente, ele consubstancia o pensamento Iluminista no trato da busca pela verdade: a verdade não pode ser buscada a todo custo. Há limites na busca de verdade e o processo não pode objetivar chegar a qualquer verdadeiro conhecimento da realidade se isso representar certas violações que, na lição de Voltaire, são demonstrações de intolerância de fundamento religioso<sup>243</sup>.

"Essa era a situação desse espantoso caso que difundiu entre pessoas imparciais, mas sensíveis, a idéia de apresentar ao público algumas reflexões sobre a tolerância, sobre a indulgência, sobre a comiseração, que o padre Houtteville chama de "dogma monstruoso", em sua declamação pomposa e errônia sobre os fatos e que a razão chama de "apanágio da natureza". Ou os juízes de Toulouse, influenciados pelo fanatismo da multidão, condenaram ao suplício da roda um pai de família inocente, o que é inédito; ou esse pai de família e sua mulher estrangularam o filho mais velho, auxiliados no crime por outro filho e por um amigo, o que não é conforme à natureza. Num e noutro caso, o abuso da mais santa religião produziu um grande crime. É portanto, no interesse do

---

<sup>242</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* (Petrópolis: Vozes, 2010). p. 77.

<sup>243</sup> Como não poderia deixar de ser em procedimentos judiciais baseados no processo inquisitorial fundado pela Igreja Católica.

gênero humano, examinar se a religião deve ser caridosa ou bárbara"<sup>244</sup>.

Mais do que isso: a conclusão é tal que a preocupação deve ser em “ser tolerante” (o que nada mais é do que um limite) e não em conhecer a realidade, se é que isso é possível.

Voltaire traduz bem o pensamento iluminista de que os métodos de obtenção da verdade devem ser orientados por princípios universais de tolerância e justiça. Vai além: ao tangenciar o tema, coloca cheque se a verdade correspondista é um valor desejável ao sistema que se propõe a substituir o inquisitorial.

Note-se que não apenas Voltaire, mas todo o rol bibliográfico que tratou do tema, apresentou em maior ou menor escala uma nova forma de rejeitar os métodos inquisitoriais, atacando assim, mesmo indiretamente, a eficácia da busca pela verdade correspondista nos moldes da Inquisição<sup>245</sup>.

Certamente a construção de uma nova consciência de busca da verdade não poderia conceber como parâmetro fundamental uma verdade metafísica baseada em dogmas católicos e predeterminada aos fatos do mundo naturalístico, da mesma maneira que se pretendida através dos trabalhos da Santa Inquisição. Muito ao contrário. Todo movimento de contestação da Fé Católica, como a reforma protestante e a própria base filosófica do movimento iluminista, fomentou um amplo questionamento quanto à legitimidade dos métodos jurisdicionalizados que haviam servido aos interesses da Cúria nos séculos anteriores. É então colocado em pauta a aproximação entre a infração penal e a infração religiosa:

"O princípio fundamental do sistema teórico da lei penal definido por esses autores é que o crime, no sentido penal do termo, ou, mais tecnicamente, a infração não deve ter mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa. A falta é uma infração à lei natural, à lei religiosa, à lei moral. O crime ou a infração penal é a ruptura com a

---

<sup>244</sup>VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional.). p. 16.

<sup>245</sup> Veja-se as referências feitas à Beccaria no capítulo anterior.

lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político. Para que haja infração é preciso haver um poder político, uma lei e que essa lei tenha sido efetivamente formulada. Antes da lei existir, não pode haver infração. Segundo esses teórico, só podem sofrer penalidades as condutas efetivamente definidas como repreensíveis pela lei<sup>246</sup>.

Sem se ocupar de discussões filosóficas mais profundas, é preciso apenas registrar que não está se afirmando que humanismo buscava transformar o procedimento jurisdicionalizado na busca de verdades não balizadas por valores metafísicos. Não. O que se percebe é que a referência de “salvação da alma” ou “expição dos pecados” passa a ser substituída por noções de justiça universal e direitos inalienáveis<sup>247</sup>. Impossível não perceber isso, por exemplo em Kant:

"Assim, a lei universal do direito, qual seja, age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, é verdadeiramente uma lei que me impõe uma obrigação, mas não guarda de modo algum a expectativa - e muito menos impõe a exigência - de que eu próprio devesse restringir minha liberdade a essas condições simplesmente em função dessa obrigação; em lugar disso, a razão diz apenas que a liberdade está limitada àquelas condições em conformidade com sua ideia e que ela pode também ser ativamente limitada por outros; e ela o diz como um postulado não suscetível de prova adicional. Quando o objetivo de alguém não é ensinar virtude, mas somente expor o que é o direito, não é permissível e nem deveríamos representar aquela lei do direito como ela mesma sendo o motivo da ação"<sup>248</sup>.

Curiosamente, a substituição desses elementos metafísicos de justificação dos sistemas de características inquisitórias (passando da fé para a justiça), não significou que os novos tempos estavam trazendo uma reforma do sistema inquisitório partindo de dentro pra fora. Definitivamente não. O que se percebe é que historicamente, em um primeiro momento, procura-se afrontar os elementos externos do sistema, como as penas cruéis e os métodos

---

<sup>246</sup> FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p. 80.

<sup>247</sup> Muito embora, repita-se, esteja-se ainda muito distante de uma cataloguização dos Direitos Humanos nos moldes do que foi feito pela ONU em 1948.

<sup>248</sup> KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. (São Paulo:2010, Folha de São Paulo). p. 54.

violentos de instrução. Depois é que se percebe a perniciosidade até dos mínimos resquícios desse sistema diante daqueles valores trazidos pelo século XVIII, especialmente quando passam a afrontar o Estado Democrático de Direito. Só agora, no Século XXI é que esses elementos intrínsecos tem sido enfrentados através de uma ciência processual comprometida com aquela noção de Estado Democrático de Direito.

No âmbito jurídico a parametrização não poderia ser outra nessa nova perspectiva. O conceito de justiça transcendental passou a se tornar o referencial do devido processo e principalmente do Direito Processual Penal. É importante lembrar que o século das luzes é também o nascedouro do Constitucionalismo Moderno (conforme será oportunamente discutido no capítulo 4)<sup>249</sup>.

Mas esse é apenas o primeiro passo na refutação absoluta de um sistema inquisitorial e evidentemente do correspondismo.

O percurso que leva à completa negação de um sistema processual de bases inquisitoriais começa com a oposição de obstáculos a pretensão da ordem jurídica em conhecer a verdade. Através da trajetória histórica que levou ao acontecimentos do século XVIII e ao projeto iluminista, foi possível concluir que o primeiro obstáculo trazido nesse sentido é um conjunto de valores inerentes ao ser humano.

Mesmo que em um primeiro momento não se tenha uma definição bem clara de quais seriam esses valores, já se percebe a existência de qualidades humanas essenciais e intransponíveis sob qualquer justificativa. Disso decorre uma revisão da maneira do sistema lidar com o criminoso, ou, mais especificamente, com o corpo do criminoso:

"Se fizéssemos uma história do controle social do corpo, poderíamos mostrar que, até o século XVIII inclusive, o corpo dos indivíduos é essencialmente a superfície de inscrição de suplícios e de penas; o corpo era feito para ser suplicado e castigado. Já nas instâncias de controle que surgem a partir do século XIX, o corpo

---

<sup>249</sup> E das bases do modelo constitucionalista contemporâneo. (DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. (São Paulo:1998, Saraiva). p. 258).

adquire uma significação totalmente diferente; ele não é maio o que deve ser suplicado, mas o que deve ser formado, reformado, corrigido, o que deve adquirir aptidões, receber um certo número de qualidades, qualificar-se como corpo capaz de trabalhar"<sup>250</sup>

Não se poderia esperar uma progressão diferente do sistema jurídico. Afinal, em em um primeiro momento afirmou-se: “a fé, não pode ser parâmetro para a submissão do homem. Deve haver valores universais ligados à coexistência humana, para tanto”; E depois: “Mesmo frente a tais valores universais, ainda assim existem limites ao subjugo do ser humano, balizados por valores também universais inerentes à pessoa”<sup>251</sup>.

Mas quando se traz o ser humano para o primeiro plano de prioridades do sistema jurídico, as pretensões do processo judicial passam a ser outras.

Ao se afirmar que o conhecimento da realidade pecaminosa ou ilícita (pré estabelecida), através do Processo Penal, não é mais tão importante quanto à proteção das garantias fundamentais, abre-se espaço para se refletir sobre o papel da verdade no Processo. Permite, adentrando-se ainda mais profundamente na questão, analisar como se dá a construção da verdade do procedimento jurisdicionalizado. Perceba-se que é justamente essa ordem de indagações, que se observa na leitura de Voltaire<sup>252</sup>.

Mas a compreensão desta relação – respeito às garantias individuais e conhecimento da verdade - apresenta grande complexidade.

Primeiramente, deve-se entender que as garantias individuais enquanto objetos de cuidado pelo sistema jurídico, consubstanciam-se, inicialmente, nos Direitos Fundamentais de primeira geração.

---

<sup>250</sup> FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p. 119.

<sup>251</sup> Aqui falamos “antes” e “depois” apenas no sentido de “causa” e “conseqüência”, pois sob uma perspectiva cronológica, é historicamente impreciso separar em momentos bem distintos o declínio da fé enquanto parâmetro, e o soerguimento do ser humano sujeito de direitos. Em tese ocorreram simultaneamente.

<sup>252</sup> VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional). p. 18.

A dois, nota-se que, principalmente pela influência de Beccaria (em um primeiro momento), a utilidade dos procedimentos judiciais passa a ser questionada. Afinal, a utilização de suplícios não seria falha apenas por transpor uma barreira inafastável de proteção ao ser humano, como também por não ser garantia de alcance da verdade, já que a confissão obtida pela tortura, sob uma perceptiva lógica e não mais dogmática, não necessariamente seria útil.

E se a confissão perde sua força enquanto *Regina probatum*, então o sistema de provas tarifadas estava em cheque. É justamente neste ponto que está a relação entre a queda da tortura enquanto método e a reformulação na busca da verdade, com o abandono do correspondismo.

Logo, o movimento humanista contribui com a abolição da tortura enquanto método de obtenção da verdade, em dois aspectos: primeiro colocando o ser humano em uma posição no sistema, em que o método não pode violá-lo. Em segundo lugar reformular o sistema de provas, de modo a não haver mais hierarquia entre elas. A confissão perde seu papel de rainha das provas e a tortura deixa de ser um método eficaz.

Mas é preciso entender que a incidência do humanismo no processo penal se dá de maneira sistêmica, de modo que não apenas a tortura é atacada pela doutrina iluminista, ou a verdade é colocada em cheque, mas se propõe uma reformulação de todo procedimento jurisdicionalizado à luz da nova visão do século XVIII.

Essa proposta de revisão, contudo, não esgota por completo os esforços necessários para a refutação absoluta do sistema inquisitorial. Afinal, os sistemas jurisdicionalizados absorveram as características inquisitoriais de tal maneira que, mesmo diante de uma evoluída ciência processual no século XXI, ainda são frequentes as descobertas de resquícios inquisitoriais em procedimentos penais modernos.

O mal da existência de tais resquícios inquisitoriais é a possibilidade de se tornarem matrizes de determinados procedimentos, dando-lhes uma feição

eminentemente inquisitorial, de modo a tornar-lhes incompatíveis com a sistemática do Estado Democrático de Direito<sup>253</sup>.

É no mínimo curioso que o correspondismo tenha sobrevivido ao definhamento do inquisitorialismo. Afinal, aos olhos do cientista jurídico moderno, não teria sido possível abandonar a concepção do pecado anterior à investigação, sem se afastar o correspondismo. Mas se, como se afirmou anteriormente, o correspondismo se apresenta até os dias atuais, como a verdade ontológica foi desconstituída a ponto de deslegitimar a tarifação das provas e conseqüentemente a tortura?

A resposta, conforme trabalhado oportunamente, é que a concepção de verdade ontológica subsiste até a atualidade, mas relacionada à noção de um crime que existe anterior à investigação e deve ser encontrado. Por conseguinte, persiste uma tarifação de provas por vezes subliminarmente infiltrada nos sistemas processuais. É o caso, por exemplo, da sobrevalorização de algumas provas em detrimento de outras, para a comprovação de fatos de determinada natureza.

De toda feita, a verdade é que, do ponto de vista científico, para se afastar a tortura enquanto método de uma maneira “higiênica”, por assim dizer, em que se sanearia os resquícios inquisitoriais, as etapas teriam de ser as seguintes: refutação da existência de uma verdade anterior; deslegitimação do sistema de provas tarifadas; e abolição da tortura. Todavia, conforme se observou, o Humanismo, grande responsável por promover essas mudanças, incidiu de maneira ampla sobre todo o procedimento jurisdicionalizado criminal. A intenção do movimento era a preservação de garantias dos indivíduos, o que se alcançaria pela abolição da tortura. Não houve critério nenhum nessa investida do Humanismo no combate à tortura. Aliás, parece ter sido uma consequência colateral do movimento, somente permitida pela preocupação de influentes pensadores iluministas como Beccaria e Bentham

---

<sup>253</sup> Um exemplo recorrente no ordenamento brasileiro é a poder instrutório do Juiz, decorrente da possibilidade de produção de provas de ofício, conforme art. 156 e art. 209 do Código de Processo Penal.

que traduziram a mentalidade humanitária em considerações de natureza jurídica<sup>254</sup>.

A destituição da tortura enquanto instrumento jurisdicionado, foi uma cirurgia de realização mal calculada. Eliminou-se o problema sem retirar-lhe as raízes. Daí a persistência do correspondismo e mesmo de provas tarifadas, apesar de verdadeiramente enfraquecidas, apesar do afastamento dos suplícios enquanto método.

Ora, embora subsista, o instituto está fragilizado. Não restam dúvidas.

O correspondismo entra em franco declínio a partir deste momento compreendido por Foucault como fim da sociedade penal e início da sociedade da vigia. Segundo sustenta, Beccaria e Bentham trouxeram ao pensamento iluminista a noção de que a busca da verdade não deveria ser a grande preocupação do sistema penal, mas o cuidado com o criminoso. Ademais, "o grande princípio da penalidade para Beccaria era o de que não haveria punição sem uma lei explícita, e sem um comportamento explícito violando essa lei"<sup>255</sup>. É o embrião do princípio *nulla poena sine lege*!

O delinquente certamente deve ser punido<sup>256</sup> pelos seus atos violadores do Contrato Social, não há dúvidas:

---

<sup>254</sup> Interessante a observação de Foucault, quanto ao fim das projeções teóricas feitas por Beccaria e Bentham. Segundo demonstra, a prática do sistemas penais levou a uma realidade completamente diversa daquela imaginada pelos autores: "Em que consistem essas transformações dos sistemas penais? Por um lado em uma reelaboração teórica da lei penal. Ela pode ser encontrada em Beccaria, Bentham, Brissot e em legisladores que são os autores do 1º e do 2º Código Penal francês da época revolucionária. Percebemos que o sistema de penalidades adotado pelas sociedades industriais em vias de formação, em vias de desenvolvimento, foi inteiramente diferente do que tinha sido projetado alguns anos antes. Não que a prática tenha desmentido a teoria, porém ela se desviou rapidamente dos princípios teóricos que encontramos em Beccaria e Bentham". (FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p. 83.)

<sup>255</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 85.

<sup>256</sup> "Para que o governo não esteja no direito de punir os erros dos homens é necessário que esses erros não sejam crimes; só passam a ser crimes quando perturbam a sociedade; perturbam essa sociedade desde que inspirem o fanatismo. Cumpre, portanto, que os homens se cuidem em não ser fanáticos para merecer a tolerância". (VOLTAIRE, François-Marie Arouet. Tratado Sobre a Tolerância. (São Paulo:2006, Escala Educacional.) p. 91) Perceba-se já a noção de crime afastada do pecado e de um sistema penal voltado contra a intolerância religiosa.

"Há, por conseguinte, também, uma nova definição do criminoso. O criminoso é aquele que danifica, perturba a sociedade. O criminoso é o inimigo social. Encontramos isso muito claramente em todos esses teóricos como também em Rousseau, que afirma que o criminoso é aquele que rompeu o pacto social. Há identidade entre o crime e a ruptura do pacto social. O criminoso é um inimigo interno. Esta idéia do criminoso como inimigo interno, como indivíduo que no interior da sociedade rompeu o pacto que havia teoricamente estabelecido, é uma definição nova e capital na história da teoria do crime e da penalidade<sup>257</sup>".

Mais importante que isso, contudo, é impedir que o delinquente cometa novo crime e mais: proporciona-lhe a oportunidade de retornar ao meio social<sup>258</sup>.

Neste cenário, a reconstrução do fato se torna de pouca importância, o que permite mais tarde a se questionar: se a reconstrução daquilo que chamávamos de verdade, pode ser colocada em um segundo plano, será ela mesmo essencial ao processo penal?

Essa dúvida vem a ser desenvolvida apenas no século XIX já com uma ciência Jurídica engajada na busca pela independência do Direito Processual. O que se pode afirmar ainda naquele século XVIII, é que o projeto do sistema punitivo Estatal em sintonia com o pensamento de Beccaria e Bentham, não contemplava a reconstrução da verdade como uma meta incondicional a ser atingida pelo procedimento jurisdicionalizado.

A irrefreável consequência desse desencadeamento de reformulações nos principais elementos do processo penal, foi a paulatina construção de uma blindagem, nos Ordenamentos Jurídicos, contra características inquisitoriais, especialmente – por ser o elemento que mais direta e notoriamente afrontava o sistema de garantias construído pelo pensamento iluminista – contra a utilização dos suplícios enquanto procedimento institucionalizado.

---

<sup>257</sup> FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. (Rio de Janeiro: 2005, Nau). p. 81.

<sup>258</sup> E isso sem que o projeto de reforma criminal do Século XVIII contemplasse as prisões como instituições de controle social: "Como um projeto de prisão corretiva pode impor-se à nacionalidade legalista de Beccaria? Parece-me que se a prisão se impôs foi porque era, no fundo, apenas a forma concentrada, exemplar, simbólica de todas estas instituições de sequestro criadas no século XIX". (FOUCAULT, op. cit., p. 123)

#### **CAPÍTULO 4: IMPLICAÇÕES DA MUDANÇA PARA UM PARADIGMA DE RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A criminalização da tortura pelo sistema jurídico de um Estado não é apenas o abandono de sua utilização pelo procedimento criminal, nem a mera realização de um processo legislativo formal de criação do dispositivo legal incriminador.

É o reflexo de mudanças essenciais ocorridas no processo penal moderno. E da mesma forma que é uma consequência dessas mudanças, a criminalização também implica, de maneira direta ou indireta, em modificações no ordenamento criminal.

O que se pretende agora é demonstrar que a abolição da tortura tem outras implicações ao processo penal, além da extinção de um outrora eficiente método de obtenção da verdade. É dentre essas implicações que se situa o tema da presente pesquisa, qual seja, as garantias do processo penal moderno contra a utilização dos suplícios enquanto instrumento e sua impossibilidade em virtude da evolução do Estado Moderno.

Antes, contudo, é importante que se compreenda a formação histórica da ciência processual penal, através do processo de consolidação dos Direitos Fundamentais e do Estado Liberal.

Conforme se asseverou oportunamente, o século XVIII promoveu uma série de modificações legislativas em todo ocidente, voltadas à implementações das garantias humanistas deflagradas pelo pensamento

iluminista. Em relação aos indivíduos, foi a gênese dos chamados "direitos básicos do homem"<sup>259</sup>.

Os assim denominados, "direitos humanos", surgiram como a realização normatizável do sonho iluminista, de direitos que se apresentassem além de qualquer fronteira e que pudessem dar luz a normas positivas garantidoras dos atributos invioláveis do ser humano<sup>260</sup>.

Tal “processo de positivação se dá por meio da consagração dos direitos nos textos jurídicos, antes projetados apenas no plano da filosofia política”<sup>261</sup>. O assentamento desses direitos humanos nos Ordenamentos jurídicos foi, porém, gradual.

No campo político e governamental, a passagem do Século XVIII para o XIX foi marcado pela abdução, para o campo da gestão pública, dos ideais (e conquistas) iluministas<sup>262</sup>. Todavia, este primeiro momento não conseguiu integralizar de forma plena todas as propostas do iluminismo (principalmente do ponto de vista humanitário) para a modernidade. Na verdade, percebe-se um processo gradual no qual os direitos de uma mesma natureza, vão sendo implementados pelos Estados.

Estes Estados passam a assimilar estruturalmente a identidade de tais garantias, dando a luz ao Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, ao que nos interessa analisar a formação histórica daquele primeiro (Estado Liberal) e depois a formação do processo penal que se origina nele.

---

<sup>259</sup> “Existe uma confusão teórica e normativa dos termos empregados para designar os direitos básicos dos homens. Confusão ou hiperonomia? Provavelmente ambas”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. (Belo Horizonte: 2004, Del Rey). p.07).

<sup>260</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 08.

<sup>261</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 207.

<sup>262</sup> “A perspectiva histórica nos remete à constatação de que as primeiras declarações de direito contaminaram os sistemas jurídicos ocidentais, espalhando-se pelas diversas Constituições”. (SAMPAIO, op. cit., p. 208.)

#### **4.1 A consolidação do humanismo através dos Direitos Fundamentais de Primeira Geração**

A noção de Direito Fundamental, em sua concepção moderna, foi a resposta iluminista para a necessidade de positivação do projeto humanista do século XVIII.

A evolução histórica dos direitos fundamentais é casualmente percebida em ondas de direitos. Trata-se de um modelo de análise histórica, criado por Karel Vasak e pela primeira vez apresentada no Instituto internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo em 1979<sup>263</sup>.

Segundo o esquema proposto por Vasak, a implementação dos Direitos Fundamentais no ocidente é delimitada por ondas, que correspondem a fases em que direitos fundamentais de uma mesma natureza foram reconhecidas pelos Estados. Originalmente o autor categorizou tais ondas em 3 tipos: direitos de liberdade; direitos de solidariedade; e direitos de fraternidade. Clara alusão aos lemas da Revolução Francesa.

“Em 1979, o francês Karel Vasak apresentou no Instituto internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo uma classificação baseada nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, dividida por ele em três gerações, conforme a marca predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que a elas deram identidade: a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos Séculos XVII e XVIII, valorizava a liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas e da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade e, finalmente, a terceira geração se nutre das duras experiências passadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial e da onda de descolonização que a seguiu, refletirá os valores da fraternidade”<sup>264</sup>.

Contudo, não é sem fundamento a aproximação feita por Vasak entre o brocado Revolucionário e a natureza naqueles direitos. Nota-se verdadeira semelhança entre a proposta iluminista de liberdade no campo social, e a

---

<sup>263</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 259.

<sup>264</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 260.

primeira geração de Direitos Fundamentais. O mesmo é verdade em relação aos direitos de segunda e terceira geração, respectivamente com a solidariedade e fraternidade.

A implementação – normativamente falando – dos direitos fundamentais, em especial os considerados de primeira geração, ocorreu por volta do século XVIII, sendo possível identificá-los na Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 (resultado da Revolução Americana) e na Declaração Francesa de 1789:

“Embora a Inglaterra tenha dado o impulso inicial, e não obstante localizar-se na França o mais ativo centro de irradiação de ideias, foi na América, na ainda colônia da Virgínia, que surgiu a primeira Declaração de Direitos. Antes mesmo de se declararem independentes, as colônias inglesas da América se reuniram num Congresso Continental, em 1774, tendo o Congresso recomendado às colônias que formassem governos independentes. Quem deu os primeiros passos para isso foi justamente a Virgínia, que em 12 de janeiro de 1776 publicou uma Declaração de Direitos, cuja cláusula primeira proclamava “que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em qualquer estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar os pósteros; quer dizer, o gozo da vida e liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, e perseguir e obter felicidade e segurança”<sup>265</sup>.

A eles associa-se a ideia de liberdade, ao se considerá-los como os direitos elementares para que o indivíduo possa ser considerado livre em seu meio social<sup>266</sup>.

São direitos destinados a suprir as necessidades básicas do homem moderno, afim de torná-lo senhor de seu próprio destino e verdadeiramente livre pra exercer seu papel social. Pretende-se, pela positivação de normas neste sentido, atender aos anseios mais imediatos de um ocidente abalado pelas revoluções do final do Século XVIII.

“Por terem sido os primeiros que apareceram na Era dos Direitos são rotineiramente chamados de “direitos” ou “liberdades” de

---

<sup>265</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. (São Paulo:1998, Saraiva). p. 207.

<sup>266</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. (São Paulo: 1988, Companhia das Letras). p. 127.

primeira geração ou de “base liberal”. Tais direitos se fundam numa separação entre Estado e sociedade, que permeia o contratualismo individualista administrativa por meio do Poder Executivo e do controle, prevenção e repressão pelo Judiciário de ameaça ou lesão Internamente, dividem-se em (1) direitos civis e (2) direitos políticos”<sup>267</sup>.

Nesse sentido, é importante lembrar que a primeira objeção do "homem moderno" é contra as instituições representativas do antigo regime. É a busca pela emancipação do indivíduo em relação a um Estado que até então o percebia como mão de obra contribuinte, desprovida de poder decisório político<sup>268</sup>.

Celso Lafer, com perspicácia, denota que a modernidade teve o condão de trazer para o homem ocidental a mentalidade do individualismo. Até então, o indivíduo era doutrinariamente – e nisso se destaca o essencial papel da Igreja Católica na cultura medieval – voltado para a vida transcendental. Se isso é verdade, então os direitos de primeira geração foram uma incontestável coroação ao individualismo<sup>269</sup>.

Isso porque a liberdade que se fala neste primeiro momento pós revolucionário, manifestou-se pela projeção do individualismo numa esfera coletiva, o que pode ser resumida na busca de auto determinação do indivíduo em relação às instituições sociais.

Não por menos, o rol desta primeira geração de direitos fundamentais comporta a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, liberdade política dentre outras várias, entendidas como direitos naturais e, portanto, anteriores ao Contrato Social.

---

<sup>267</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. (Belo Horizonte: 2004, Del Rey). p. 261.

<sup>268</sup> WELLS, Herbert George. História Universal. v. 5. (Estados Unidos do Brasil:1972, Companhia Editora Nacional). p. 1411.

<sup>269</sup> “Com efeito, os antigos e os medievais, ao rejeitarem o mundo dos homens, voltaram-se, desde Platão, para a busca e a contemplação da verdade eterna. Os modernos, para o mundo interior do ser, por força da dúvida que coloca em questão a eterna verdade das coisas” (LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. (São Paulo: 1988, Companhia das Letras). p. 120).

Mais além, conforme se demonstrará, o período de estabelecimento dos direitos de primeira geração está intimamente ligado ao surgimento do Estado Liberal. Logicamente a ideologia de indivíduos livres do Estado, reflete, para o Governo, na proposta de uma gestão de liberalidades para seus indivíduos. Lafer, dividindo essas perspectivas entre perspectiva *ex populi* (ponto de vista do povo) a perspectiva *ex rei* (ponto de vista do Estado), leciona:

“Na análise dos processos de asserção e mudança dos direitos do homem na História, creio que é útil recorrer à distinção entre a perspectiva *ex parte populi* – a dos que estão submetidos ao poder – e a perspectiva *ex parte principis* – a dos que detêm o poder e buscam conservá-lo”<sup>270</sup>.

Isso serve a demonstrar que tal processo de asserção teve tanto reflexos para os governados, quanto para o governantes<sup>271</sup>. No comando para os governantes é que se localizam as implementações jurídicas.

No campo jurídico, cuja observação é especialmente relevante para a presente pesquisa, a primeira geração de direitos fundamentais é a de maior importância para o que se propôs analisar, embora não seja a única necessária para se compreender absolutamente o respeito à dignidade humana oferecida pelos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos:

"Contemporaneamente, os ordenamentos jurídicos ocidentais, em regra, reverenciam a pessoa com o fito de imprimir o respeito à dignidade do ser humano, mas o caráter individualista que reveste o arcabouço jurídico de Estados como o Brasil, apresenta-se despido do fermento anarquista, próprio do Estado mínimo de corte liberal, em que as estruturas normativas, incluindo as garantias processuais penais, lastraram-se, essencialmente, em regras abstratas e ideais, que pressupunham uma concepção ideal de homem, ignorando as desigualdades sociais e as características pessoais”<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> LAFER, op. cit., 125.

<sup>271</sup> “Isto posto, penso que se pode dizer que a perspectiva *ex parte principis*, em relação aos direitos humanos enquanto invenção histórica, norteia-se pela governabilidade de um conjunto de homens e coisas num dado território”. (LAFER, op. cit., 125).

<sup>272</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 139.

A noção de liberdade lastreada pela primeira onda de direitos, e implementada juridicamente pelo Estado Liberal, foi responsável por um expressivo choque procedimental no processo Criminal.

A necessidade de se implementar no sistema jurídico as propostas de liberdade e auto gestão, fez com que os legisladores em matéria processual penal buscassem alternativas ao modelo inquisitorial, por séculos utilizado como instrumento de manutenção dos interesses da monarquia<sup>273</sup>.

É a partir de quando se procura resgatar o sistema acusatório de perseguição penal. A implementação do sistema acusatório se mostra consoante com o projeto da primeira onda de direitos fundamentais especialmente no que concerne à função reduzida que se pretende conferir aos Estados na tutela dos interesses individuais<sup>274</sup>.

De toda forma, para o sistema penal, os direitos fundamentais de primeira geração parecem ter especial importância por criarem o arcabouço estrutural para se erigir um procedimento em que a liberdade é um valor juridicamente positivado de limitação ao *jus puniendi*<sup>275</sup>.

Como a proteção aos direitos essenciais do homem e do cidadão passou a ser uma prioridade do Estado - e não apenas a preservação da ordem pública - o *status libertatis* foi soerguido à condição de garantia fundamental. Portanto, o soerguimento da liberdade enquanto valor jurídico está inegavelmente relacionado à implementação dos direitos de primeira geração.

Do ponto de vista da ciência jurídica, como será estudado adiante, foi o início do procedimentalismo, o que por si já revela uma preocupação jurídica

---

<sup>273</sup> O sistema jurídico inglês, que permanecera livre da influência da Igreja Católica, torna-se uma referência.

<sup>274</sup> A forma como o sistema acusatório se alinha aos interesses liberais, será detalhado no capítulo seguinte.

<sup>275</sup> MALATO, Luiz Ernani Ferreira Ribeiro. Direitos Humanos - Federalização da Competência e a Amazônia. (Porto Alegre:2012, Nuria Fabris). p. 32.

com o método pelo método, em oposição ao cenário medieval de método pela verdade (ou, mais precisamente, método pelo pecado)<sup>276</sup>. Cabe explicação.

Se antes (no medievo), os suplícios se justificavam plenamente, pois a verdade (o pecado) era um objetivo que deveria ser alcançado a todo custo, a partir do momento em que o poder jurisdicionalizado tem que fazer um prévio juízo em relação à violação ou não de garantias fundamentais (inicialmente relacionadas à proteção às liberdades individuais), cada uma das etapas procedimentais de persecução criminal passam a ser individualmente observadas quanto a violação ou não de tais garantias.

A marcha procedimental dos processos criminais torna-se objeto de estudo da ciência jurídica, a fim de se verificar se os métodos de obtenção da verdade estão em sintonia com as prerrogativas fundamentais dos cidadãos, agora positivadas pelos Estados.

Nota-se que essa forma de análise dos métodos para se alcançar a verdade da Persecução Penal, estão em sintonia com as observações de Beccaria e dos irmãos Verri sobre a tortura. Todavia, no primeiro momento, em que se questiona a tortura, a ela se opõe noções ainda teóricas, fomentadas pelo iluminismo, de proteção ao indivíduo. Contudo, quando, já no século XIX, se promove a revisão do procedimento criminal a luz dos Direitos Fundamentais, as limitações opostas aos procedimentos são normativas ou principiológicas, e não são apenas teóricas e ideológicas<sup>277</sup>.

Em outras palavras, as pesquisas realizadas apontam que, inspirado no questionamento da tortura, é que mais tarde a ciência jurídica se pôs a questionar também outros institutos do processo penal, a luz dos direitos naturais do homem.

---

<sup>276</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 30.

<sup>277</sup> “Desde a sua conformação ideológica e doutrinária com direitos do indivíduo contra o Estado, é possível, para fins didáticos, identificar quatro processos ou etapas de evolução dos direitos humanos: o da sua positivação (1), o da sua generalização (2), o da internacionalização (3) e o da especialização ou especificação (4). O Século XIX assiste a três dessas etapas, deixando para o século seguinte a continuidade de tais processos, além de sua internacionalização”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. (Belo Horizonte: 2004, Del Rey). p. 207).

De toda feita, em reflexo à valorização da liberdade, é inegável que os ordenamentos jurídicos ocidentais modernos orbitem essencialmente o princípio do *status libertatis*, em matéria criminal. Nesse sentido os direitos da primeira onda foram essenciais para o surgimento da noção de que a liberdade de todos é antes defendida através da defesa da liberdade individual. É um progresso no caminho da implementação das garantias humanistas do século XVIII.

Não obstante a humanização do processo penal, a fase de implementação da primeira geração de direitos não logrou êxito em retirar o caráter inquisitorial do procedimento criminal. Perceba-se, conforme se discutiu no Capítulo 2, que entender que a verdade deve ser alcançada *apesar* das garantias fundamentais, não é verdadeiramente o afastamento da busca da verdade correspondista (cuja natureza é eminentemente inquisitória). Ver a dignidade humana como um obstáculo à busca da verdade não é abolir o inquisitorialismo.

Não. O processo penal livre da verdade correspondista, pelo que se relatou oportunamente, somente seria possível ao se admitir a construção da verdade em respeito às garantias fundamentais. Conquista essa que ainda hoje demanda esforços do processo penal moderno, para ser alcançada.

Assim, apesar da primeira onda de garantias fundamentais ter o inegável mérito de inaugurar a implementação dos direitos humanos nos Processo Penal, a intenção de se derrotar o procedimento inquisitivo (já que evidentemente destoante com a mentalidade moderna), fracassou.

De mais a mais, nota-se que, ao que importa a presente pesquisa, a segunda e a terceira fase do surgimento dos Direitos Fundamentais, não trouxeram ao Processo Penal modificações relevantes aos procedimentos

penais ocidentais ou à ciência criminal, no que se liga diretamente ao tema pesquisado<sup>278</sup>.

#### **4.2 A formação do Estado Liberal e a implementação dos Direitos Fundamentais de Primeira Geração**

Também a evolução do Estados a partir da Revolução Francesa, se revelou importante nas pesquisas realizadas<sup>279</sup>. A progressão que leva do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, está relacionada ao abandono do modelo de governo onde a tortura se apresentava como instrumento legítimo, até se chegar ao atual fase em que se discute o instituto à luz de um Estado Democrático de Direito.

Para o que foi proposto, interessa deter-se mais daquela primeira forma de Estado, do que da última. Porém, é impossível não tratar, mesmo que ligeiramente, da evolução histórica que partiu dali, pois a implementação dos Direitos Fundamentais, conforme se debateu anteriormente, é acompanhada pela progressão do Estados, de modo que essa trajetória destes está visceralmente conectado ao estabelecimento histórico das garantias inerentes ao ser humano através dos Direitos Fundamentais:

"Paralela e complementarmente à evolução do modelo de Estado de Direito ocorreu a formação da cidadania moderna que, iniciada no século XVIII, percorreu um processo histórico de conquistas gradativas e principiadas com os direitos civis (séc. XVIII), seguidos dos direitos políticos (séc. XIX), agregados aos direitos sociais (séc. XX) e, recentemente, os direitos meta individuais e o

---

<sup>278</sup> Embora seja sob a égide do Estado Social, onde se deu a implementação dos direitos de segunda geração, que foram promulgados os atuais códigos Penal e Processual Penal brasileiro.

<sup>279</sup> "É nosso desafio perceber como os Direitos Fundamentais vieram impondo-se na contemporaneidade e de que forma marcam as diferentes fases históricas por que vem passando o Estado pós-revolucionário". (HORTA, José Luiz Borges. História do Estado de Direito. (São Paulo:2011, Alameda). p. 43).

direito ao patrimônio genético integraram as gerações de direitos que compõe a concepção contemporânea de cidadania”<sup>280</sup>.

Iniciando as reflexões necessárias, o Estado Liberal é identificado como a primeira forma de realização da proposta iluminista para os Estados de um ocidente pós revoluções.

É o momento em que os ideais do século XVIII relativos à governança são concretamente inseridos nos modelos de gestão pública. Isso significa dizer que estava a se colocar em prática as propostas de novos Estados, pensados especialmente pelas teorias contratualistas.

Certo é, que a prioridade dessas propostas, era a de se opor ao absolutismos monárquico do antigo regime, bem como às instituições que lhe apoiavam. Depois é que se procurou apresentar algo verdadeiramente palpável para se dar azo a esses sentimentos reformistas.

“O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao *individual* em favor do *coletivo* era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos”<sup>281</sup>.

Mais do que especificamente voltados para a reformulação dos Estados, o arcabouço teórico que sustentou a implementação do Estado Liberal, se inseria num projeto muito maior do século XVIII. É tudo aquilo que se apresentou no capítulo 3.

Em resumo, esse projeto iluminista contemplou não só a reformulação dos Estados (vide teorias contratualistas), como também um plano muito mais

---

<sup>280</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 137.

<sup>281</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. (São Paulo:1998, Saraiva). p. 275.

amplo de revisão do mundo ocidental. Projeto no qual inevitavelmente se inseria o ser humano, tutelado pelo que veio a se consubstanciar-se nos Direitos Fundamentais.

Uma conclusão essencial: os Direitos Fundamentais foram a concretização do pensamento humanista do século XVIII e a formação do Estado Liberal foi a primeira estrutura de implementação desses Direitos numa esfera de garantias executável pela máquina do Estado<sup>282</sup>.

O que se observou nas pesquisas concernente, foi que o iluminismo idealizou como uma essencialidade do homem, foi elevado à condição de Direito pela construção de uma teoria dos Direitos Fundamentais, e transformado em garantias pelo Estado Liberal ao inaugurar o modelo de Estado Moderno<sup>283</sup>.

Mas se assim o foi, supôs-se a inegável relação entre os Direitos Fundamentais de Primeira geração e essa forma de Estado que inaugurava a modernidade. As pesquisas não revelaram nenhuma surpresa. Verdadeiramente as premissas dessa forma de Estado estão atreladas aos Direitos da Primeira Onda. Se destacam por buscar um imediato rompimento com o modelo antigo que se revela nada mais nada menos, pela construção de um projeto de liberdade do particular frente ao Estado. Não há dúvidas que, das reivindicações revolucionárias, a primeira que se procurou atender foi a de concessão de liberdade para as relação humanas. A sujeição extrema do homem medieval ao Estado, trouxe um tremendo desejo de liberdade e auto determinação, para o homem moderno, em relação ao seu Estado<sup>284</sup>.

Em uma resposta normativa a estes anseios, implementam-se os Direitos de Primeira Geração relativos à liberdade de expressão, liberdade de religião, comércio, e toda mais ampla forma de liberdade.

---

<sup>282</sup> HORTA, José Luiz Borges. História do Estado de Direito. (São Paulo:2011, Alameda). p. 81.

<sup>283</sup> HORTA, op. cit., p. 77.

<sup>284</sup> HORTA, op. cit., 55.

“O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo-se a idéia de *poder legal* em lugar do *poder pessoal*”<sup>285</sup>.

E mais. Os ensejos de liberdade trouxeram à prática da gestão governamental, governos de mínima intervenção. A máquina estatal deveria se restringir ao mínimo necessário para a manutenção do bem estar social e conservação do Contrato Social. Áreas relativas à saúde, educação e bem estar social, deveriam ser gestadas pela própria dinâmica que orienta a sociedade humana. Aos particulares estava conferida a sorte para gerir seus interesses nestes campos.

“De qualquer forma, o Estado liberal, resultante da ascensão política da burguesia, organizou-se de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-se como *Estado mínimo* ou o *Estado-polícia*, com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Essa orientação política favoreceu a implementação do constitucionalismo e da separação de poderes, pois ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade”<sup>286</sup>.

O projeto de liberalismo proposto por Stuart Mill e Adam Smith pareciam ter se expandido da economia para toda gestão governamental<sup>287</sup>. Aliás, a economia foi o corolário do pensamento dominante no Estado Liberal. A proposta de *Laissez-faire, laissez-passer* do modelo econômico que se implementava na alvorada do século XIX, justificava um modelo de administração pública em que o mundo se auto governaria (*le monde va de*

---

<sup>285</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. (São Paulo:1998, Saraiva). p. 277.

<sup>286</sup> DALLARI, op. cit., p. 276.

<sup>287</sup> “Quanto às relações econômicas, a obra célebre de Adam Smith, “A Riqueza das Nações”, publicada em 1776, correspondia perfeitamente aos desejos dos grandes proprietários e comerciantes, sustentando que cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo sua vontade. Afirmando a existência de uma *ordem natural*, capaz de assegurar a harmonia espontânea de todos os interesses, Adam Smith condena qualquer intervenção do Estado”. (DALLARI, op. cit., p. 275).

*lui-même*) também no suprimento das necessidades sociais do povo. Ainda que não houvesse experiência prática para o liberalismo nessas áreas, a aparente aplicabilidade (e mesmo eficácia) do projeto liberal para a economia, foi o bastante para que a retirada do controle Estatal em áreas relacionadas ao bem estar social, ganhasse apoio dos particulares, especialmente aquela classe burguesa, por definição relacionada a mercantilização e interessada no sucesso das ideologias modernas de tratamento da economia pelos estados:

“Do ponto de vista político, o liberalismo se afirmaria como doutrina durante o século XIX, sobretudo a partir de 1859, com a publicação da obra “Da Liberdade”, de Stuart Mill. Adepto entusiasta do jusnaturalismo, sobretudo das ideias de Rousseau, Stuart Mill escreve que elas haviam produzido o devido efeito no século XVIII, mas era preciso reafirmá-las através das ações [...]. O indivíduo é melhor árbitro de seus interesses do que o Estado, não podendo haver mal maior do que permitir que outra pessoa julgue o que convém a cada um. Assim, qualquer erro que alguém cometa, consciente ou inconscientemente, não produz tanto mal quanto a submissão ao Estado”<sup>288</sup>.

Afinal, a lógica da barganha e o jogo de interesses, deveriam conseguir trazer para os particulares, sistemas de saúde, educação e cultura, de qualidade e tão prósperos quanto a economia que se projetava pela dinâmica liberal.

E assim se propondo, procurou-se construir uma máquina mínima de gestão governamental. Paralelamente, conferiu-se ao indivíduo, ferramentas normativas (podendo ser entendidas como garantias) de proteção em relação ao Estado. Mais do que isso, eram ferramentas de soerguimento dos indivíduos à uma posição em que o diálogo com o Governo – por enquanto apenas formalmente – se daria em posição de igualdade.

Foi por esse caminho, ou seja, pela necessidade de repensar a posição do particular em relação aos Estados, que os Direitos de Primeira Geração permearam a ordem jurídica de todo ocidente, a partir da França<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> DALLARI, op. cit., p. 276.

<sup>289</sup> “Em 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional francesa aprovou sua *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, que, inegavelmente, teve desde logo muito maior

Longe de se pretender o esgotamento da repercussão dos Direitos da primeira geração em todas as esferas do sistema jurídico, através do Estado Liberal, pretende-se demonstrar apenas a relação entre a matéria e o processo penal.

Cumprindo o que se propôs analisar, observa-se, em rápida mas necessárias digressão, com os Direitos de Primeira Geração sendo implementados pelo Estado Liberal, uma busca dos ordenamentos jurídicos do Direito Continental, ao *Common Law*. Explica-se a razão<sup>290</sup>.

A proposta liberal, contaminando o processo penal, traz completa reestruturação dos procedimentos criminais. Ao que se evidencia, o processo penal moderno surge com o *Code D'instruction Criminelle*. Não apenas pela nova forma de se perceber os delitos, agora relacionados a uma outra compreensão de ordem pública e a novos bens a serem juridicamente protegidos<sup>291</sup>, mas também por uma nova compreensão de como se deve estruturar o procedimento criminal:

“No Estado liberal, no centro da consideração está agora o indivíduo autônomo, dotado com os seus direitos naturais originários e inalienáveis. Do que se trata do processo penal é de uma oposição de interesse (portanto de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas de sua liberdade. Por seu lado, a lide, para que seja ‘fair’, supõe a utilização de armas e a disponibilidade, pelos contendores, de meios tanto quanto possíveis iguais; por isso o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado; antes tem de surgir como verdadeiro sujeito de processo, armado com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais”<sup>292</sup>.

---

repercussão que as precedentes. Isto se deveu, em parte, à sua condição de centro irradiador de idéias, a que já se fez referência, mas deveu-se, sobretudo, ao caráter universal da Declaração francesa. “Seu sucesso, que fez por longo tempo da França um campeão do liberalismo”, assinala Philippe Braud, “deveu-se a que os autores da Declaração tiveram consciência de proclamar direitos individuais, válidos para todos os homens de todos os tempos e de todos os países” (DALLARI, op. cit., p. 207.).

<sup>290</sup> NETO, José de Assis Santiago. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório. (Rio de Janeiro: 2012, Lumen Juris). p. 91.

<sup>291</sup> Da compreensão de que existem valores a serem tutelados, é que surge, neste momento também o embrião do conceito de bem jurídico, conforme se apresentará oportunamente.

<sup>292</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. (São Paulo: 2002, Editora Revista dos Tribunais) p. 20.

Pelo que se denota, o sistema acusatório se apresentou muito interessante ao legislador daquele período pós revolucionário. Em primeiro lugar porque, naquele momento, pretendia-se um distanciamento de toda instituições relacionados ao antigo regime. Afinal, o estabelecimento dos Estados Liberais iniciou-se com um enfrentamento do Absolutismo Monárquico ao qual a Inquisição e todo seu procedimento típico, era inquestionavelmente afim. A isso o sistema acusatório, que se pretendia importar das nações do *Common Law*, atendia muito bem, já que a região da Bretanha se manteve livre da influência inquisitória, inclusive no estabelecimento de suas normas judiciais.

“Dos meados do século XVIII – diz GALDINO – Uma transformação notável se vai operando nas ideias, um espírito de reforma vai procurando harmonizar a legislação criminal com os princípios de justiça e humanidade”. Voltam-se as vistas para a Inglaterra, onde não penetrava o procedimento Romano-canônico do tipo inquisitorial, adotado no continente europeu durante o domínio do absolutismo dinástico”.<sup>293</sup>.

Em segundo lugar, o sistema acusatório apresentou-se condizente com a proposta liberal. A separação entre acusação e julgador permite implementar (ao menos em hipótese) o ideal de igualdade entre as partes, no processo judicial criminal. Os interesses (punitivos) do Estado passam a ser representados por um indivíduo, na figura do membro do Ministério Público. O particular, submetido ao processo criminal, é elevado à condição de sujeito de direitos, para o qual todo sistema jurídico passa a ser voltado<sup>294</sup>.

Mas implementação de elementos do sistema acusatório, em ordenamentos jurídicos onde antes reinava solitariamente o inquisitorialismo, implicou em modificações profundas, conforme ensina Santiago Neto:

"Os juízos secretos, que reinaram na inquisição, deixam de existir, todo procedimento passa a ser público; os acusados passam a ter direito a um defensor; as provas são estabelecidas por um debate

---

<sup>293</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal. v.1. (Campinhas: 2009, Millennium) p. 90.

<sup>294</sup> Não sendo, contudo uma inovação para o ordenamento. (NETO, José de Assis Santiago. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório. (Rio de Janeiro: 2012, Lumen Juris). p. 91).

em contraditório; ao final do procedimento o Ministério Público tece suas conclusões e, após, fala o defensor"<sup>295</sup>.

Abarcam, também, alterações sistêmicas que vão desde a revisão do valor do indivíduo perante o poder judiciário, até uma nova compreensão do papel de determinadas provas na construção da verdade no processo. Estas, certamente serão objeto das reflexões seguintes.

Necessário, porém, uma última observação neste ponto. Embora seja com base na ideologia do Estado Liberal que se concretizam os fundamentos humanistas consoantes com um processo penal onde a tortura é criminalizada, cabe acolher a opinião da jurista Ada Pellegrini. Segundo ela, é através das doutrinas do Estado Social é que o Estado contemporâneo busca compreender a jurisdição como função fundamental de realização dos valores humanos:

"O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas "*a providência do seu povo*", no sentido de assumir para si certas funções essenciais legadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um *meio efetivo* para a *realização da justiça*"<sup>296</sup>.

Sem dúvidas, o projeto lançado pelos Estados Liberais, no que diz respeito ao Processo Penal, ainda procura ser absolutamente realizado pelo Estado Democrático de Direito do Século XXI, desta vez, através de uma ciência jurídica evoluída que busca conscientemente a implementação

---

<sup>295</sup> NETO, op. cit., p. 89.

<sup>296</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. (São Paulo:2008, Malheiros). p. 43.

legislativa de sistemas persecutórios afinados com a Dignidade da Pessoa Humana.

### **4.3 Processo Penal Moderno regido sob os princípios do pensamento humanitário**

Chegando ao derradeiro ponto a que cominaram todas pesquisas realizadas, cabe finalmente apontar a direção para que caminha o Processo Penal Moderno, a partir das influências históricas observadas.

Vale dizer que a metáfora "apontar a direção" serve perfeitamente ao que se pretende apresentar em seguida: apenas demonstrar o trajeto em que caminha o procedimento criminal.

Cada uma das modificações decorrentes da refutação humanista de um sistema persecutório onde a tortura a legítima, estão imersas em um todo sistemático. Deste modo é tanto impossível se abordar a influência humanista em todo o Processo Penal (dificuldade ainda ampliada pelas diferenças legislativas entre os ordenamentos de um e outro Estado), quanto se esgotar a análise de um certo elemento pontual dessa mudança, pois fazê-lo envolveria tamanha complexidade que poderia ser tema de uma nova e independente pesquisa autônoma.

Portanto, o que se propõe agora é fazer do recorte metodológico, uma ferramenta para se escolher, dentre os institutos do Direito Processual Penal Moderno, aqueles que se apresentaram como mais direta e essencialmente modificados (ou criados) a partir da revolução humanista. Ainda, sobre esses pontos escolhidos, fazer uma análise circunscrita ao reflexo histórico do projeto iluminista, na aplicabilidade que o Direito Moderno permite aos mesmos.

Ao que resta agora discutir, é primeiramente importante demonstrar que não foi apenas o Processo Penal que foi essencialmente modificado pela proposta humanista.

Se o Processo Penal Moderno e suas características é agora o objeto da análise, a lente através da qual se lança o olhar analítico é a ciência processual. Impossível desconsiderar que junto da evolução legislativa dos instrumentos de persecução criminal, tenha havido uma progressão também da ciência jurídica desta matéria.

A própria ciência jurídica foi repensada a partir do marco histórico de promulgação do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, notório diploma de reformulação legislativa a partir de bases iluministas.

Tomando por base a (re)construção histórica feita por Frederico Marques, a evolução ciência jurídica do processo penal, pode ser compreendida como dividida em duas fases. A primeira, anterior ao Código de Napoleão, já citado como marco para o processo penal moderno. A segunda, portanto, posterior a esta codificação de 1808.

No primeiro período, destacam-se os glosadores, os práticos e os percussores. Os glosadores, situados entre os Séculos XI e XV, foram responsáveis pela mais "primitiva" forma de exegese jurídica sobre os remanescentes fragmentos romanos. Pode-se tê-los como os fundadores da doutrina processual penal<sup>297</sup>.

Os práticos, contribuíram, já no Século XVI, com a elevação técnica da ciência criminal, apresentando o Processo Penal através de uma ordem sistemática e em uma abordagem de questões gerais. "Esse período denominou-se praxismo porque o direito processual foi considerado pelos

---

<sup>297</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal, v.1. (Campinhas: 2009, Millennium) p. 87.

jurisconsultos, advogados, legistas e práticos como um conjunto de recomendações práticas sobre o moto de proceder em juízo"<sup>298</sup>.

O papel dos percussores é especialmente importante. Tais juristas se destacam na ciência jurídica justamente no Século XVIII que tem grande relevo para a abordagem feita aqui. É graças aos seus esforços, que a ciência processual absorve com propriedade o pensamento humanista<sup>299</sup>.

Através desta corrente, o Processo Penal começa a ser compreendido como uma forma de realização da dignidade humana. Mais do que isso, é a fase em que se começa a deslocar o foco da doutrina processual penal do método e da punição, para o indivíduo e seus direitos naturais. A ciência jurídica já se adiantava para onde a legislação criminal veio a habitar apenas a partir de 1808.

Como assevera Frederico Marques, o pensamento de Beccaria se torna um marco referencial nesse sentido:

CESARE DE BECCARIA denunciava as barbaridades do processo inquisitório, enquanto FILANGIERI “evocava com cálida eloquência o esplendor do processo romano dos tempos clássicos”. Preparava-se, desta forma, a renovação estrutural dos princípios políticos informadores da Justiça Penal, que a Revolução francesa acabaria consagrando<sup>300</sup>.

Essa constatação permite perceber que foi o pioneirismo de Beccaria na abordagem humanística da tortura enquanto método, que possibilitou o desenvolvimento de um Processo Penal balizado pelo pensamento humanista.

Portanto, inicialmente através da tortura, que a ciência processual se humanizou, e com ela, posteriormente, o Processo Penal Moderno.

---

<sup>298</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 29.

<sup>299</sup> Curiosamente, Carreira Alvin ignora a participação dos mesmos e destaca apenas o procedimentalismo que surge a partir do *Code d'Instruction*.

<sup>300</sup> MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal, v.1. (Campinas: 2009, Millennium) p. 90.

Eis então que a Revolução Francesa, e depois a ascensão de Napoleão ao trono francês, traz consigo um novo código penal.

O *Code D'instruction Criminelle*, como o marco legislativo que foi, veio a apresentar uma ruptura no desenvolvimento da ciência processual penal. Sob o ponto de vista normativo, o novo Código caminhou no sentido de realizar aquilo que já vinha sendo orquestrado pelos Percussores. E nisso, leia-se o afastamento dos métodos inquisitoriais, antes utilizados de modo amplo e irrestrito<sup>301</sup>.

Ao menos em hipótese, pretendeu-se afastar o sistema inquisitorial da persecução criminal, algo que não se sucedeu absolutamente até os tempos atuais. Evidenciou-se – e essa percepção já pode ser considerada como um progresso, inicialmente através do combate aos métodos cruéis, que se tratava de um sistema incompatível com o plano humanista. Desta proposta, surge, naquele Código Napoleônico, um sistema misto de persecução criminal:

"Com a revolução francesa, tem-se o nascimento do denominado "sistema misto", que conjugaria uma primeira fase inquisitória e uma segunda fase acusatória. O sistema chamado de misto nasce da Revolução Francesa, possuindo sua origem no Código de Instrução Criminal francês de 1808, durante o período napoleônico. O processo foi dividido em duas fases, uma primeira fase inquisitória, chamada de instrutória, na qual o instrutor trabalha de forma secreta e outra contraditória, desenvolvida perante os jurados"<sup>302</sup>.

E note-se na citação de Santiago Neto, que na fase instrutória floresce a utilização do júri. Conforme se abordou anteriormente, a proposta liberal do Estado Moderno se alinhava com sistema acusatório adotado na Inglaterra. É observando essa sintonia que o legislador do *Code d'Instruction* inaugura um sistema misto de persecução penal: na primeira fase de inquérito a lógica

---

<sup>301</sup> “Depois da publicação, na França, do *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, inicia-se, como diz GARRAUD, “*um nouveau mode de comprendre et d'exposer les disciplines criminelles em correspondance avec la nouvelle méthode législative de codification*” (MARQUES, op. cit., p. 90)

<sup>302</sup> NETO, José de Assis Santiago. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório. (Rio de Janeiro: 2012, Lumen Juris). p. 90.

inquisitória é mantida<sup>303</sup>, enquanto na fase do processo, implementa-se uma estrutura acusatória replicada, com as necessárias modificações, para um ordenamento de direito continental, inclusive com a instituição dos tribunais de júri.

A partir dessas e outras modificações do sistema jurídico, a ciência processual se desenvolve de uma forma inteiramente diversa daquela que se observou até 1808<sup>304</sup>.

Pela elevação dos acusados à condição de sujeitos de direitos, frente ao Estado, através do sistema acusatório e das modificações de cunho humanista ao procedimento persecutório, o processo penal passa a ser tratado semelhantemente ao processo civil, pela ciência jurídica. Daí a compreensão unitarista do processo que posteriormente, em 1950, dá azo à uma Teoria Geral do Processo<sup>305</sup>.

Em outras, palavras, o *Code d'Instruction Criminelle* permitiu que a ciência processual penal se desenvolvesse. E caminhando junto do processo civil, surge na ciência processual uma forma de se compreender procedimento jurisdicionalizado, determinante para os passos seguintes do processo penal. Trata-se da Teoria da Relação Jurídica de Oskar Von Bülow:

“Foi do Direito Processual Civil que a doutrina do processo penal recebeu, no século passado, as bases teóricas para a renovação científica, no século passado, as bases teóricas para a renovação científica de seus estudos dogmático-jurídicos. A teoria da *relação processual*, formulado por BULOW, na Alemanha, constitui o marco inicial da orientação sistemática que se imprimiu ao Direito

---

<sup>303</sup> E mesmo nesta fase, conforme se demonstrou anteriormente, o humanismo traz uma absoluta reforma nos métodos de obtenção da verdade, tornando-os proceduralmente diferentes daqueles adotados pela Inquisição.

<sup>304</sup> E em relação à separação entre a ciência penal substantiva e adjetiva, Frederico Marques: “Com a separação da legislação processual da legislação de direito material, começa o processo a ser estudado com mais desenvoltura, procurando alguns escritores esboçar a construção das constantes doutrinárias dessa disciplina jurídica até então amarrada a simples preocupações praxísticas, quando não atolada no casuísmo fastidioso dos euresmas”. (MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal. v.1. (Campinhas: 2009, Millennium) p. 91).

<sup>305</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 37.

Processual, transformando profundamente os seus métodos e diretrizes”<sup>306</sup>.

A Teoria da Relação Jurídica somente se tornou aplicável ao processo penal, a partir das modificações promovidas no status dos acusados pelo projeto humanista<sup>307</sup>. Afinal, somente a partir dali seria possível conceber no procedimento criminal, uma posição isonômica entre as partes, ao menos semelhante ao que Bülow havia observado nas relações civis<sup>308</sup>:

"Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realiza o direito deduzido em juízo e de outro, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável a submeter-se aos resultados desta atividade comum<sup>309</sup>.

Certamente isso seria impossível se o Estado continuasse a conceber os réus como meros objetos - e não como partes - do procedimento criminal.

Mas a imagem que os acusados receberam nos Ordenamentos Modernos, e que serviu de inspiração para uma nova ciência processual, não se sustentava apenas no diploma normativo do *Code d'Instruction*. Não. Nos sistemas jurídicos inaugurados pela modernidade, as garantias processuais

---

<sup>306</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. v.1. (Campinas: 2009, Millennium) p. 92.

<sup>307</sup> É interessante notar, que essa visão se harmoniza com as pretensões liberais e por isso presumem um posicionamento do judiciário nos moldes do que se pretendeu para o Estado Liberal. Todavia, à época em que escreveu o *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, Bülow já sentia a Sombra do Estado Social que impunha um posicionamento mais atuante do judiciário: "Em relação aos pressupostos processuais, o tribunal já não toma a atitude passiva que parece haver lhe atribuído no velho procedimento alemão quanto a eles. Então, tendia-se evidentemente a conceder ao tribunal um puro rol de espectador ou ao mais, de guardião da luta e a deixar que as partes riscassem as contravenções processuais cometidas pelo adversário, por meio dos recursos pertinentes, e provocassem desse modo a intervenção do tribunal". (BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Execuções e dos Pressupostos Processuais. (Campinas:2005, LZN). p. 257).

<sup>308</sup> A Teoria da Relação Processual reinaugura, na ciência do processo moderno, os esforços no sentido de se interpretar a natureza jurídica do processo. Vale mencionar que, além dela, outras teorias explicam - inclusive anteriormente - a dinâmica que envolve a relação das partes de uma lide processual. Nelas se entende o processo como: contrato; quase contrato; processo como serviço público; processo como instituição; e processo como situação jurídica. (ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 133-148).

<sup>309</sup> BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Execuções e dos Pressupostos Processuais. (Campinas:2005, LZN). p. 06.

seriam sustentadas por um sistema constitucional também esculpido à imagem das propostas do século XVIII.

"As raízes do constitucionalismo (ocidental) comparecem na reflexão de Oliveira Baracho: "Santi Romano refere-se ao direito constitucional geral do Estado moderno, cujos caracteres essenciais podem ser indicados com a expressão *constitucionalismo*. Esse vocábulo designa as instituições e os princípios adotados pela maioria dos Estados a partir dos fins do século XVIII, através de um governo constitucional, em oposição ao que denomina de absoluto. Para o publicista italiano o direito constitucional dos Estados modernos resulta das instituições inglesas e outras que delas se derivaram"<sup>310</sup>.

Abandonando a ciência processual e se analisando agora o processo penal do ponto de vista normativo (ainda que a visão do pesquisador jurídico seja sempre a partir do óculo científico), denota-se que a elevação do acusado à condição de sujeito de Direitos, mais do que proporcionar uma revolução na concepção teórica do processo penal, foi a manifestação primeira de uma nova sistemática normativa que se estabeleceu nos Ordenamentos ocidentais do século XIX.

"José Alfredo de Oliveira Baracho registra a peculiar significação da constituição para os revolucionários franceses: "A noção de Constituição é de grande importância entre os constituintes franceses. A maneira de criação do novo entendimento sobre Constituição estava ausente da noção tradicional. Seu caráter criador e renovador estava assentado no próprio entendimento sobre o órgão constituinte. Nesse momento da evolução do constitucionalismo, destaca-se a Assembleia Constituinte. A Constituição é uma regra formal, cuja autoridade provém da qualidade de seu autor. Ela resulta de atos constituintes: atos de convenções, de assembleias ou de congressos constituintes. Seu aspecto formal decorre do seu caráter predominantemente jurídico e convencional"<sup>311</sup>.

A tendência Constitucionalista que se assenta a partir do século XIX é a resposta jurídica à necessidade que se impõe aos Estados, de que certas categorias de Direitos se impusessem acima dos demais. Dentre eles, como não poderia deixar de ser, os relativos à preservação (e limitação) do Estado,

---

<sup>310</sup> HORTA, José Luiz Borges. História do Estado de Direito. (São Paulo:2011, Alameda). p. 97.

<sup>311</sup> HORTA, op. cit., p. 98.

entendido sob a ótica contratualista, e da dignidade humana, derivados das teorias jus naturalistas.

Difundiou-se, então, a formação de Ordenamentos Jurídicos a partir de bases sistemáticas constitucionais. E se é verdade que "as constituições liberais nascem [...] com duas missões precípuas: proclamar os direitos dos cidadãos e organizar o poder do Estado, limitando-o de tal forma que aqueles possam ser usufruídos"<sup>312</sup>, então também é correto dizer que foi através desse constitucionalismo liberal, que as doutrinas humanistas foram positivadas pelos Estados Modernos.

A abordagem anterior das fases ou ondas de implementação dos Direitos Fundamentais serviu a categorizar e descrever cada uma, dentro do necessário. Conforme se percebeu, cada uma se manifestou em um período próprio e trouxe, aos governos, a formação de Estados consoantes com a ideologia daqueles momentos.

Pelo demonstrado, foi a onda primeira a responsável por intuir nos sistemas jurídicos, as modificações mais pertinentes ao tema da pesquisa. Isso agora se torna mais claro, quando se percebe que na primeira forma do constitucionalismo moderno, priorizou-se a afirmação normativa da dignidade humana, concomitantemente à limitação do poder do Estado, duas iniciativas fundamentais para o exorcismo dos métodos cruéis de investigação. É por isso que as consequências humanistas ao processo penal, agora apresentadas, têm uma origem comum concentrada no período que vai do século XVIII, até o primeiro vinteno do século XX<sup>313</sup>.

Não é também por outra razão, que o processo penal se inova nesta fase, através do estabelecimento de garantias associadas as primeiras reivindicações aos Estados pós revolucionários, quais sejam, aquelas relacionadas à dignidade humana e inicialmente defendidas através do Direito às liberdades individuais.

---

<sup>312</sup> HORTA, op. cit., p. 97.

<sup>313</sup> NETO, José de Assis Santiago. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório. (Rio de Janeiro: 2012, Lumen Juris). p. 12.

O reflexo das garantias perpetradas por aí são muito amplas. Permitiria se ocupar de infundáveis considerações acerca dos princípios do Processo Penal Moderno, e a origem histórica dos mesmos. Contudo, a pesquisa proposta requer que se concentre em uma única prioridade: quais garantias do processo penal moderno impedem que a tortura se estabeleça novamente como um método de instrução e se mantenha na condição atual assumida pelo sistema jurídico, de um fato antijurídico punível.

Nesse sentido, havendo-se superado as constatações (indispensáveis) de que as reivindicações humanistas em matéria de persecução criminal, inauguradas pelo combate à tortura, refletiram na reformulação da ciência processual e na estruturação do constitucionalismo moderno, cabe dissertar sobre as garantias processuais modernas de proteção ao indivíduo contra os suplícios. Sendo indispensável reafirmar que tais garantias se assentam - também a partir desse momento - em uma base constitucional, e se impõe dentro de uma lógica procedimental proposta por uma também reformada ciência criminal, e por isso as considerações introdutórias deste ponto se fizeram necessárias.

Insta, finalmente e portanto, pormenorizar aquilo que se observou, em relação a estas garantias processuais, nas pesquisas acerca dos reflexos jurídicos do pensamento humanista.

José Adércio, lucidamente demonstra a pronta relação que se estabelece entre os direitos humanos e as garantias de natureza penal:

“Podemos imaginar que os sistema de direitos humanos se desenvolveu com a gradual racionalização das penas e com a criação de instrumentos processuais que restringiram a arbitrariedade dos governantes e doas agentes públicos em geral. Segundo Peces-Barba, Sanchez-Pescador, Garcia e Cascón (1987), a necessidade de humanização do Direito Penal e Processual, contra a insegurança e o arbítrio patrocinados pela indeterminação das penas, utilização da tortura como forma de investigação e de castigo, passou a ser atendida pelo surgimento das chamadas

“garantias processuais” ou, como são genericamente intituladas nos Estados Unidos, como *due process of law*”<sup>314</sup>.

Essa "necessidade de humanização do Direito Penal e Processual contra e insegurança e arbítrio", se apresenta, no que tange à tortura, em certas qualidades observadas no processo penal moderno e perceptivelmente relacionadas ao surgimento daquelas garantias processuais mencionadas pelo autor. Sobre tais qualidades é que se deve dissertar adiante.

*Ab initio*, há que se relatar a afirmação de um novo *status libertatis*. Esta mudança deriva essencialmente da elevação da dignidade humana à condição de um valor essencialmente protegido<sup>315</sup>.

Se, conforme exhaustivamente se tratou nos capítulos anteriores, o indivíduo submetido ao procedimento inquisitorial medieval era tratado como objeto de irrestrito abuso pelos métodos investigativos, na modernidade esse mesmo indivíduo surge como sujeito de direitos. Dentre esses direitos, o que afasta os suplícios é, em primeiro lugar, a concepção que se tem de dignidade humana.

A percepção de dignidade humana criada, passa pela preservação da integridade física, e sua inviolabilidade pelo Estado. Os Ordenamentos Jurídicos modernos, todavia, relativizam essa inviolabilidade em situações excepcionais. São as hipóteses em que o Estado tem de exercer seu *jus puniendi* sobre o particular violador do Contrato Social. É notório, para esses casos, que a agressão à pessoas, como se dá, por exemplo, através da pena de morte<sup>316</sup>, se torna uma exceção da premissa de respeito à integridade física<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. (Belo Horizonte: 2004, Del Rey). p. 145.

<sup>315</sup> MALATO, Luiz Ernane Ferreira Ribeiro. Direitos Humanos - Federalização da Competência e a Amazônia. (Porto Alegre:2012, Nuria Fabris). p. 31.

<sup>316</sup> BENTHAM, Jeremy. Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos. (Leme: 2002, Edijur). p. 254.

<sup>317</sup> Junto a ela, é digno de nota é a proposta da Escola Clássica Penitenciária para a aplicação dos trabalhos forçados. (FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. (Campinas: 2003, Russell Editores) p. 39).

Mas, mesmo a prática da pena de morte parece ter perdido espaço no mundo moderno. Repisando o que Foucault havia afirmado, a modernidade traz para o sistema punitivo, o abandono das penas de violência corporal<sup>318</sup>. Mesmo que não tenha sido o planejado pelos ilustradores do século XVIII<sup>319</sup>, a alternativa implementada foi o sistema carcerário nos moldes do que se encontra na atualidade. Foi a opção encontrada de exercício do direito de punir, sem se transgredir as barreiras humanistas de dignidade humana relativas à integridade física.

Mas na concepção liberal, a dignidade humana é ferida também pela restrição à liberdade:

"O ser livre é uma condição e não uma insinuação da raça humana que, em sua liberdade incondicional, concebe elementos primordiais de convivência pelos quais se firmam valores coletivos. A liberdade é corolário da dignidade porque habita o ser humano em uma vida referenciada no plano da igualdade e da fraternidade. Sem ela não haverá dignidade porque se desconstituirá o próprio ser na representação ampla da espécie"<sup>320</sup>.

Então, mesmo que o encarceramento se revele como uma forma de punição mais humana que os castigos corporais, ainda assim é uma ameaça de ofensa à dignidade através da violação à condição natural de liberdade. Ele (o encarceramento) deve, portanto, ser limitado ao necessário para uma retribuição justa, pelo Estado, em relação crime. Daí duas invenções importantes da ciência penal para o Direito Moderno, que cabe fazer referência.

A primeira é a criação do conceito de bem jurídico<sup>321</sup>. Surge no Direito Penal, a concepção material de delito como lesão de um direito subjetivo,

---

<sup>318</sup> BENTHAM, Jeremy. As Recompensas em Matéria Penal. (São Paulo: 2007, Ridel). p.18,

<sup>319</sup> "Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva". (PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. (São Paulo: 2011, Revista dos Tribunais). p. 28).

<sup>320</sup> MALATO, Luiz Ernane Ferreira Ribeiro. Direitos Humanos - Federalização da Competência e a Amazônia. (Porto Alegre:2012, Nuria Fabris). p. 34.

<sup>321</sup> Inclusive, apenas com o surgimento da teoria do bem jurídico, é que se tornou possível criminalizar a tortura. Neste delito, a dignidade humana é colocada como um valor

decorrente da teoria contratualista aplicada no âmbito penal. “Esse posicionamento – resultado da ideologia liberal-individualista dominante – apresenta-se como um conteúdo sistemático funcional – conduta punível é aquela lesiva a um direito subjetivo e liberal concreto-imanente – proteção também do direito individual na esfera objetiva da liberdade pessoal. O direito subjetivo emerge, desse modo, como um instrumento mais eficaz para garantir tal liberdade”<sup>322</sup>.

Através desse “instrumento”, limita-se a atuação do legislador:

“A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge ela, pois, “como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais – empírico-naturais – do mundo exterior”.<sup>323</sup>”

Por outro lado, permite-se que certos bens sejam elevados a uma condição de máxima apreciação pelos Ordenamentos Jurídicos<sup>324</sup>. No caso em tela, cumpre destacar a tipificação da tortura enquanto crime – no Brasil, através da Lei 9.454/97. Note-se que, neste delito, a dignidade humana é colocada como um valor protegido pelo Ordenamento<sup>325</sup>, e se torna ensejadora da punição estatal na hipótese de sua violação. A criminalização da tortura é, assim, o ponto máximo da tutela da dignidade humana, pelo Estado, contra

---

protegido pelo ordenamento. A criminalização da tortura, é, assim, o ponto máximo da tutela da dignidade humana, pelo Estado, contra este método.

<sup>322</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. (São Paulo: 2011, Revista dos Tribunais). p. 29.

<sup>323</sup> PRADRO, op. cit., 31.

<sup>324</sup> FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. (Campinas: 2003, Russell Editores) p. 367.

<sup>325</sup> Assume-se como bem jurídico do crime de tortura a integridade física da vítima. Junto dela, discute-se doutrinariamente se não há também a violação à integridade psíquica (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – legislação penal especial. Volume 4. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010) e/ou liberdade do indivíduo (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: RT, 2006). De toda feita a dignidade será sempre o valor imanente do bem juridicamente tutelado neste delito.

este método. Semelhante valorização jurídica somente se torna possível após o surgimento da teoria do bem jurídico<sup>326</sup>.

Em segundo lugar, relacionado a isso, está a revisão da noção de acautelamento provisório. Na concepção prevalecente no medievo, o encarceramento do indivíduo é ato ordinário do procedimento investigatório. Ao que parece, no trato do investigado como objeto, a privação das liberdade se apresenta até como o menor dos males a que poderia se sujeitar.

Analisando aquela realidade, não se limita de qualquer maneira o exercício dessa violência à liberdade natural da pessoa humana, ou muito menos o exercício de qualquer violência.

A ideia de que o indivíduo tem uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*, hoje garantida pelo Estado Democrático de Direito, teve sua origem nos movimentos que confluíram na Declaração dos Direitos do Homem de 1789<sup>327</sup>.

Com a modernidade ali inaugurada, não só se limita a natureza da violência estatal ao encarceramento (ou eventualmente à pena de morte, trabalhos forçados, *et cetera*), como se intenciona, também, que ele seja circunscrito ao momento imediatamente posterior à condenação<sup>328</sup>.

Com isso, surge a noção de estado de inocência, a partir do qual o emprego do *jus puniendi* do Estado, através de uma agressão ao direito fundamental à liberdade, pelo encarceramento, somente seria permitido diante

---

<sup>326</sup> “A tendência da época (secularismo/humanização) era favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas, em base social. Desse modo, o delito inicia uma vida plena de fluxos e de refluxos na procura de um sentido material”. <sup>326</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. (São Paulo: 2011, Revista dos Tribunais). p. 29).

<sup>327</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. (Rio de Janeiro:2008, Lumen Juris). p. 11.

<sup>328</sup> NETO, José de Assis Santiago. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório. (Rio de Janeiro: 2012, Lumen Juris). p. 151.

de uma sentença condenatória exarada após um devido processo jurisdicionalizado<sup>329</sup>.

Fora a hipótese de sentença condenatória, o encarceramento deveria, dentro da lógica que surge, ser aplicável à fase de instrução e investigação, apenas em caráter excepcional. Daí a contemporaneidade trazer como herança a garantia de razoável duração dos procedimentos persecutórios<sup>330</sup>.

Se a privação da liberdade fere a dignidade humana e deve ser proporcional à violação do bem jurídico afetado, então também a prisão antes da condenação deve ter um parâmetro de dosagem. Por isso, os institutos relacionados à liberdade provisória e a prisão preventiva são repensados a partir das propostas humanistas.

No sistema inquisitorial, o acautelamento preventivo era a regra. Note-se no manual de Nicolau Eymerico:

"[...] se se empenha o réu a negar o delito, lhe dirá o inquisidor que irá fazer uma viagem longa e não sabe quando vai voltar, que sente infinitamente, mas que será obrigado a deixá-lo preso, sendo seu maior desejo saber de sua boca a verdade para despachá-lo e concluir sua causa, porém, já que está tão empenhado em não confessar, terá que esperar encarcerado até a sua voltara [...]"<sup>331</sup>.

Daí a liberdade provisória ser exceção concedida mediante garantias predominantemente fidejussórias, como a Carta de Seguro, homenagem, palavra de fiéis carcereiros e, como garantias real, a fiança<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> E aí a gênese do moderno princípio do Devido Processo Legal, ao qual não nos cabe abordar nesta oportunidade.

<sup>330</sup> Pacto de São José da Costa Rica, art. 8,1 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Pacto de San José de Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 29 Dez. 2009).; e no caso do Brasil, Constituição Federal Brasileira, art. 5<sup>a</sup>, LXXVIII. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2009).

<sup>331</sup> EYMERICO, Nicolau. Manual da Inquisição. (Curitiba: Juruá Editora, 2009), p. 33.

<sup>332</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória. (Rio de Janeiro: 2007, Lumen Juris). p. 42.

A partir das observações de Beccaria e outros, refuta-se a utilidade da confissão - conforme se tratará adiante - o que permite de pronto afastar a necessidade do acautelamento provisório. Depois, promove-se a valorização da liberdade através da consagração do princípio da não culpabilidade<sup>333</sup>. Incidindo sobre a questão do acautelamento provisório, Santiago Neto esclarece:

"Entre as mais relevantes consequências dessa forma de tratamento decorrente da presunção de não culpabilidade, está o regime jurídico das prisões e medidas cautelares. Se o acusado não poderá ser tratado como culpado, também não poderá ter restrita, de forma alguma, sua liberdade como forma de aplicação antecipada da pena. Isso nos levará à conclusão de que toda restrição da liberdade, deve derivar de absoluta necessidade e fundamentar-se em bases cautelares para serem legítimas"<sup>334</sup>.

Em síntese, tudo isso representa uma revisão da posição do *Status Libertatis* dos acusados no Processo Penal Moderno, em relação ao processo medieval. No que tange à utilização da tortura, a nova concepção de liberdade dos acusados no sistema contemporâneo, tanto é um reflexo da derrocada da confissão (elemento basilar para a aplicação dos suplícios), como é expressão da visão da violência do Estado como *ultima e extrema ratio*, inaugurada pela modernidade.

Adiante, para que os direitos fundamentais do homem fossem garantidos na prática, e não apenas formalmente, duas outras inovações processuais surgiram com as modificações legislativas do início do século XVIII: o princípio do livre convencimento motivado dos juízes e a

---

<sup>333</sup> Previsto no art. XI, 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013), depois no Art. 8, 2 do Pacto de São José da Costa Rica (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Pacto de San José de Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 29 Dez. 2013), e finalmente no art. 5º, LVII da Constituição Federal Brasileira de 1988. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Aces-so em: 29 Dez. 2013.)

<sup>334</sup> NETO, José de Assis Santiago. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório. (Rio de Janeiro: 2012, Lumen Juris). p. 154.

publicidade dos atos processuais. Ambas implementadas com a proposta de que a própria sociedade se tornasse fiscal e reguladora das garantias que lhe eram concebidas legislativamente pelo estado. É a proposta liberal em sua mais plena expressão<sup>335</sup>.

"A partir da Revolução Francesa, retomou-se o conceito de livre convencimento do juiz e procurou-se eliminar os resquícios da tarifa legal de provas, primeiro no processo penal e, mais tarde, no processo civil"<sup>336</sup>.

O princípio do livre convencimento dos juízes vem substituir a íntima convicção dos juízes inquisidores. Conforme tratado nos capítulos anteriores, o julgamento pela íntima convicção permitia aos inquisidores perpetrarem qualquer tipo de arbitrariedade no procedimento investigatório. Através dessa forma de julgamento, o sistema inquisitorial se apresentava como altamente eficiente. Afinal, com um julgamento baseado na íntima convicção, o inquisidor tinha apenas que se convencer da tese acusatória que ele havia proposto a si mesmo! Essa lógica possibilita legitimar qualquer tipo de instrumento investigatório, inclusive a tortura. Fazzalari sintetiza a diferença essencial entre as formas de cognição dos sistemas:

"A propósito da "cognição" penal, a história ofereceu três experiências sucessivas: a do processo "acusatório" (oralidade e publicidade da tratção; vínculo do juiz aos fatos adotados e às provas oferecidas pelo acusador e pelo acusado); a do processo "inquisitório" (tratativa escrita e secreta, liberdade do juiz na busca e aquisição de provas); e a do processo "misto" (iniciativa confiada não ao julgador, mas a outro órgão estatal; instrução de tipo inquisitório; fase sucessiva, culminante no julgamento de tipo acusatório, com oralidade e publicidade; regime das provas de tipo

---

<sup>335</sup> Além desses institutos, é importante destacar que o conceito de jurisdição formado na modernidade, se municia de outros princípios, que, mesmo não resultando sempre de norma expressa, proporcionam ao processo criminal certa imunidade ao modelo judicial inquisitório. Como relacionam-se apenas indiretamente com utilização institucionalizada da tortura, devem apenas ser mencionados. São os seguintes, na concepção de Carreira Alvim: Princípio da investidura; princípio da aderência ao território; princípio da indelegabilidade; princípio da indeclinabilidade; princípio do juiz natural; princípio da inércia e princípio da *nula poena sine indicio*. (ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 60-65).

<sup>336</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1.(Rio de Janeiro: 2008, Forense) p. 16.

inquisitório, isto é, com poderes bastante conspícuos para o juiz)”<sup>337</sup>.

Mas o procedimento moderno não só se opõe à tortura pelo respeito à integridade dos indivíduos, como também ao requerer dos julgadores uma postura diferente diante do processo penal. O juiz não deve se submeter cegamente a avaliações matemáticas do conteúdo probatório. Deve formar livremente sua convicção, mas expô-la ao alvedrio da sociedade:

“A fundamentação das decisões judiciais também fará parte da estrutura de limite ao exercício repressivo do Estado, servindo como observância jurídica das garantias fundamentais. O afastamento da lógica formal impõe a prescrição de argumentação jurídica pela legitimação das decisões judiciais e tal fato somente ocorrerá com o simbolismo intraprocessual e extraprocessual. Além da crítica sobre a verdade real, neste capítulo buscaremos a idealização da garantia da verdade pelo atuar público do julgador através da fundamentação de suas decisões”<sup>338</sup>.

Com isso, permite fiscalizar a atividade jurisdicional tanto na condução da instrução – inibindo qualquer ato de violência às garantias fundamentais – quanto na apreciação do conteúdo probatório – garantindo a idoneidade das provas consideradas.

“Dentre os três critérios de valoração da prova: sistema de prova: sistema de provas legais ou tarifadas, íntima convicção ou convicção moral e livre convencimento motivado, o último e contemporaneamente adotado no ordenamento pátrio, confere um maior grau de segurança para decisão, na medida em que o juiz analisa o conjunto probatório de maneira livre, permitindo-se, dessa forma, que o risco eventual comprometimento individual de meio de prova se dilua no conjunto de elementos amealhados na instrução”<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> FAZZALARI, Elio. Instituição de Direito Processual. (Campinas: 2006, Bookseller). p. 301.

<sup>338</sup> SAMPAIO, Denis A Verdade no Processo Penal. A permanência do Sistema Inquisitorial através do discurso sobre a verdade. (Rio de Janeiro: 2010, Lumen Juris). p. 07.

<sup>339</sup> PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 98.

Relaciona-se, portanto, a este princípio do livre convencimento motivado, a reestruturação do sistema de provas que, baseado nas observações de Beccaria, como ressalta Mittermaier, passa a ver o conteúdo probatório como meio para se alcançar uma verdade material.

E daí um ponto essencial para que a tortura se apresentasse inviável no Processo moderno: a revisão no tratamento que os sistemas jurídicos modernos dão à confissão enquanto prova<sup>340</sup>.

A lógica medieval, como exaustivamente tratada, é muito simples: O fim do processo criminal é chegar a verdade; a confissão revela a verdade; chega-se à confissão através da tortura; logo, a tortura permite o processo criminal realizar seu fim<sup>341</sup>.

"Assim era, pois, que a pena (penitência) devia levar ao réu o arrependimento e que a primeira manifestação do arrependimento é a confissão do mal feito, desta maneira, com o processo inquisitório (que, exceto na falta de controle público, era forma processual tecnicamente superior ao processo acusatório), também para tranquilizar a consciência do juiz acerca da culpabilidade do imputado (pois a confissão era considerada a "rainha das provas"), chega-se à aberração de exigir sempre a confissão mesmo mediante a tortura, levando assim a justiça penal aos excessos, que continuamos em parte nos estatutos comunais e nas leis das grandes monarquias, com a atrocidade das penas, provocaram o sentimento universal de protesto de que Cesare Beccaria se fez o eloqüentíssimo intérprete".<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> Interessante a conotação que Framarino dá a este instituto no exercício da cognição judicial. Perceba-se: "Mesmo depois que a tortura foi abolida, trazendo atrás de si uma profunda transformação da verdade judicial em verdade substancial, de formal que era nos indícios necessários para a aplicação da tortura e na confissão com ela obtida, mesmo depois, dizia, sem o expediente da confissão, raras vezes e não sem trabalhos, teria o juiz soberano podido desembaraçar a própria consciência, sempre afeita ao hábito formalístico, de numerosas contradições em que, a todo instante, mais se deixava enredar nas frias informações colhidas nos autos escritos: principalmente para a prova específica de autoria do fato imputado e sua culpa, uma luta entre inquiridor e inquirido que se mantinha, todavia, como consequência necessária daquele sistema". (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal. (São Paulo: 1995, Conan). p. 07).

<sup>341</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada. (Campinas:2008, Bookseller). p. 252.

<sup>342</sup> FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal - O Criminoso e o Crime. (Campinas:2003, Russell). p. 28.

A sagacidade de Beccaria, foi a de quebrar essa lógica, demonstrando que a confissão pela tortura não revela sempre a verdade pretendida pelo processo criminal<sup>343</sup>.

Embora seja uma premissa evidente - a confissão pela tortura não revelar a verdade - para o pesquisador contemporâneo, para o vivente de uma época pré Direitos Humanos, tal percepção foi certamente um marco do pensamento ocidental.

O questionamento da confissão à tortura, deixou como herança às reflexões modernas, a inidoneidade da confissão enquanto prova. Isso porquê, ainda que se elimine a tortura do sistema ela poderia estar sendo praticada extra oficialmente, o que interferiria na manifestação do investigado da mesma forma que a tortura institucionalizada, e suas contribuição ao processo seriam tão inúteis quanto havia anotado Beccaria. Em segundo, porquê as considerações do Marquês de Beccaria, Voltaire, Pietro Verri e outros, deram conta sobre às inúmeras condições sobre as quais repousa a idoneidade da confissão<sup>344</sup>.

Na impossibilidade de se garantir ao juízo, a certeza de que o sujeito submetido ao processo criminal não esteja sendo influenciado por qualquer fator físico, psicológico, social ou até patológico, que afete o sua percepção de realidade<sup>345</sup>, é razoável se permitir ao sistema minguar o valor probatório da confissão<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> "[...] são inúteis os tormentos, pois é inútil a confissão do réu". (BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. (São Paulo: Martins Fontes, 2005) p. 69).

<sup>344</sup> Daqui surge o embrião para os atualmente avançados estudos sobre verdade no processo penal, que foram discutidas anteriormente.

<sup>345</sup> E ainda sobre o que vem a ser a percepção de verdade, cabe questionar: "A expressão da verdade, na condição de produção mental, está vinculada a inúmeras contingências de linguagem, próprias da pluralidade de culturas, da variedade de vocabulários e de significação e, portanto, a verdade estaria reduzida a uma simples criação humana, cuja validade estaria previamente condicionada por eventuais limites de comunicação". (PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 86).

<sup>346</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada. (Campinas:2008, Bookseller). p. 255.

Conseqüentemente, uma forma de se compreender a confissão, consoante com o pensamento moderno, é de que sua utilidade probatória deve ser relativizada no procedimento criminal<sup>347</sup>. Deve-se afrontá-la com outras provas do processo, e, ainda que ela aflore no depoimento do acusado, não pode ser vinculante na decisão do julgador, prevalecendo o supra citado princípio do livre convencimento motivado. Note-se a colocação de Mittermaier :

"Porém, toda a confissão, qualquer que seja em si, e qualquer que seja a sua forma, não convence a princípio de sua sinceridade; para ter este poder, é preciso reunir-lhe certas condições. Quem ousaria condenar seu semelhante só porque apresenta-se em juízo, e se denuncia como o autor de uma morte cometida há sei anos? Exigimos, antes de tudo, uma concordância demonstrada entre a confissão e as circunstâncias da causa, e, na pessoa do acusado, uma atitude inteiramente em harmonia com a ideia que fazemos de um homem impelido por sua consciência em descobrir a verdade"<sup>348</sup>.

Essa compreensão é uma blindagem ilustre para o processo penal em relação à prevalência da lógica permissiva dos suplícios. A partir dessa premissa, os sistemas acusatórios procuram dar nova feição ao procedimento de interrogatório, retirando-lhe a meta de confissão e por isso afastando-lhe do modelo inquisitorial:

"As diferenças fundamentais entre o sistema de acusação e o inquisitorial influi sobre as partes do processo; a teoria da confissão também não escapou a essa influência. O princípio da acusação exige a presença de um acusador que comece logo por articular a perpetração do crime com todos os seus caracteres, por indiciar as provas que tem de apresentar, e sobre o qual pesa a obrigação de provar os diversos fatos que constituem a imputação.

---

<sup>347</sup> Nesse caminho estão as disposições do Código de Processo Penal Brasileiro em relação ao valor da confissão: Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância; Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz; Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195 (Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo.); Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. (BRASIL. Decreto lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.).

<sup>348</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada. (Campinas:2008, Bookseller). p. 243.

O processo criminal consiste, pois, neste caso, em uma produção de provas por parte do acusador e do acusado, e nos esforços de ambos para formar, cada um em seu favor, a convicção do juiz. Nos interrogatórios, a que procede este, nada mais faz do que dar publicamente ao acusado conhecimento das queixas, dos motivos que as apoiam, e habilitá-lo, assim, para produzir sua defesa; não procura, por perguntas capciosas, extorquir-lhe uma confissão; seria contrário à justiça, como qualquer confissão seria contrária à natureza. É ao acusador que cumpre dar a prova, sem esperar ou provocar uma confissão do acusado; é ele que deve coligar os documentos próprios para estabelecer a demonstração daquilo que avança, sem jamais lhe seja lícito contar com a confissão por parte de seu adversário"<sup>349</sup>.

Em resumo, nos ordenamentos jurídicos modernos, a coexistência da forma inquisitória e acusatória nos sistemas mistos, reflete no valor dado à confissão. Este é "maior ou menor, conforme propendem mais ou menos para uma ou outra das duas formas"<sup>350</sup>.

E naquilo que se havia afirmado no Capítulo 2, a ciência jurídica atual tem avançado mais além, e percebido, através dessa dúvida levantada quanto a capacidade da pessoa em perceber a verdade<sup>351</sup>, como funciona a verdade do processo penal, suas premissas, pretensões e possibilidades<sup>352</sup>:

"A construção do conhecimento produzido no processo jurisdicional não autoriza, ao contrário do que alguns sustentam, a se falar em uma verdade mais próxima da realidade e outra menos, pois, a verdade advirá de uma "conversação hermenêutica", em que os participantes, através do "intercâmbio de opiniões" alcançarão uma linguagem e um resultado comuns"<sup>353</sup>.

---

<sup>349</sup> MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada. (Campinas:2008, Bookseller). p. 249.

<sup>350</sup> MITTERMAIER, op. cit., p. 253.

<sup>351</sup> "A expressão da verdade, na condição de produção mental, está vinculada a inúmeras contingências de linguagem, próprias da pluralidade de culturas, da variedade de vocabulários e de significação e, portanto, a verdade estaria reduzida a uma simples criação humana, cuja validade estaria previamente condicionada por eventuais limites de comunicação. (PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao Processo Penal. (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), p. 86).

<sup>352</sup> "Dentre as inúmeras discussões que versam sobre a verdade que se aplicam, especificamente, à verdade processual, cumpre mencionar três argumentos que repelem a possibilidade de obter a verdade no processo sob a ótica da teoria da correspondência: impossibilidade ideológica, teórica e prática" (PINTO, op. cit., p. 82).

<sup>353</sup> PINTO, op. cit., p. 132.

Tudo isso dá azo a reflexões jurídicas e filosóficas, cuja profundidade não se cabe explorar na oportunidade, restando apropriado apenas confirmar o repensar que se abate sobre a confissão, enquanto prova, é ampla e se irradia sobre institutos outros do processo penal, como a cognição judicial das provas e, mais profundamente, à compreensão jurisdicional da verdade<sup>354</sup>.

Mas é cabível reafirmar a conclusão alcançada e anteriormente relatada, de que mesmo nos dias atuais, não se eliminou completamente o sistema de provas tarifadas do processo penal, ainda que haja entendimento de que tenha-se alcançado tal êxito no processo civil<sup>355</sup>.

Por derradeiro, o princípio da publicidade dos atos processuais<sup>356</sup>, vem também a permitir que a sociedade moderna se auto gerisse em relação às garantias fundamentais do homem, em franca aplicação da proposta liberal ao sistema jurídico.

No processo penal isso significou mais uma proteção do sistema contra a tortura. Explica-se.

A sigilosidade predominante do procedimento inquisitório medieval serviu a perpetrar as crueldades dos métodos. Não apenas porque os atos de tortura eram acobertadas pelos órgãos eclesiásticos, de modo que opinião pública não conseguiu exercer verdadeira pressão sobre as instituições católicas e depois estatais; o sigilo dava também a falsa impressão de que o

---

<sup>354</sup> "A condição do Estado Democrático de Direito deflagra decorrências diretas e incisivas para o exercício do Poder Jurisdicional, primordialmente na esfera criminal, estabelecendo, através de uma epistemologia garantista, os signos através dos quais se construirá a verdade no processo, signos estes que preconizam a participação equânime das partes em contraditório na construção do provimento e o reconhecimento de limites bem definidos para a intervenção dos direitos das pessoas". (PINTO, op. cit., p. 91).

<sup>355</sup> *Vide*: "Apenas no século atual é que se conseguiu desvencilhar o processo civil das provas tarifadas, ou seja, do sistema de provas pré-valorizadas pelo direito positivo". (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1.(Rio de Janeiro: 2008, Forense) p. 16).

<sup>356</sup> Este princípio, que domina o processo qualquer que seja o conteúdo da lide (penal, civil ou trabalhista), assegura que os atos processuais sejam públicos, quer dizer, franqueados a quem os queira assistir. Sua aplicação se revela com mais intensidade naquela fase em que o ato processual se exterioriza através da palavra oral (audiências). (ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 199).

sistema era eficiente; que o acautelamento do acusado era justo e enquanto estava sob a tutela do Estado, estava-se extraindo dele a verdade pecaminosa. O resultado era, portanto, sempre positivo, posto cominar em sentenças públicas, seguidas por vezes dos Autos de Fé<sup>357</sup>.

Tudo em uma visão conturbada de eficiência do sistema jurídico, pois, como se viu acima, as sentenças naquele sistema medieval, nada mais eram do que a reafirmação da premissa acusatória formada pelo próprio julgador.

A partir do século XIX, a publicidade dos atos processuais vem servir ao sistema processual em condição semelhante ao que se apresentou para o princípio do livre convencimento motivado. A proposta intentada era de se possibilitar à sociedade, vislumbrar de maneira clara o respeito às garantias fundamentais do homem. O acesso à informação daí advinda manifestou-se, inclusive, como verdadeira garantia do sujeito submetido ao processo jurisdicionalizado.

"Trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça"<sup>358</sup>.

O procedimento criminal deve respeitar as garantias fundamentais dos indivíduos. A integridade física e o direito à liberdade devem ser valores preservados em cada fase do processo<sup>359</sup>. Mesmo nas situações excepcionais em que a ordem pública pede a relativização dos mesmos através do

---

<sup>357</sup> Vide nota nº 20.

<sup>358</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 74.

<sup>359</sup> O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões não de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo". (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. (São Paulo:2008, Malheiros). p. 75).

encarceramento provisório, os motivos de sua concessão precisam ser explicitados, a fim de se restringir ao mínimo necessário para cumprir suas finalidades acautelatórias ou punitivas<sup>360</sup>.

E note-se, a publicidade então proposta, não se restringe a sociedade, mas também ao próprio particular submetido ao processo. O acusado tem o direito de saber ao que responde, porque responde e como responderá. O procedimento a qual será submetido deverá ainda ser o mesmo a qual todos demais acusados se submeteram, daí o princípio da igualdade vir socorrer o particular contra outras arbitrariedades dos procedimentos investigatórios<sup>361</sup>.

"Foi pela Revolução Francesa que se reagiu contra os juízos secretos e de caráter inquisitivo do período anterior. Famosas as palavras de Mirabeau perante a Assembleia Constituinte: donnez-moi le juge que vous voudrez, partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe, pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public. Realmente o sistema da publicidade dos atos processuais situa-se entre as maiores garantias de independência imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz"<sup>362</sup>.

Com ela (publicidade dos atos), impede-se, ao menos em hipótese, a utilização de métodos violadores das garantias fundamentais do homem moderno, como é o caso da tortura.

A fiscalização que se confere á sociedade por esse meio, em última análise, é também uma garantia de que não ocorram arbitrariedades, e o sistema persecutório de garantias, seja igualmente aplicado a todos aqueles que se submetem a ele. Isso, por si só, também constitui uma garantia dos particulares frente ao sistema jurídico.

Assim, o Processo Penal moderno traz uma dinâmica procedimental na qual toda sociedade se vê metonimicamente representada por cada acusado

---

<sup>360</sup> CITRA, op. cit., p. 77.

<sup>361</sup> A publicidade pretendida para o processo penal, todavia, não pode se voltar contra o acusado. Nos casos em que sua exposição possa trazer-lhe prejuízo é razoável que se limite a publicidade do procedimento judicial, dentro do necessário. (ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo. (Rio de Janeiro:1998, Forense). p. 76).

<sup>362</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. (São Paulo:2008, Malheiros). p. 75.

que se submete aos procedimentos investigatórios ou judiciais. A publicidade vem permitir que a universalidade dos cidadãos do Estado se perceba tutelada por um sistema processual verdadeiramente justo e garantidor dos direitos fundamentais do homem<sup>363</sup>. Mais do que isso, por um processo penal onde a tortura é não se perpetua enquanto método.

Terminando aqui as reflexões necessárias, percebe-se com essas questões levantadas, que não apenas ao processo penal, foco das pesquisas realizadas, se restringem as modificações trazidas pelo pensamento humanista ao sistema jurídico. Quando se falou de uma nova percepção de processo é inegável o papel do Processo Civil e do Direito Civil na reformulação do papel entre as partes<sup>364</sup>.

Depois, na questão do Constitucionalismo, pôde-se perceber o quão amplo e cercado de questões políticas, está a criação de uma carta de direitos legitimadora de todos diplomas normativos de um Estado. E também da matriz constitucional, passa-se a se falar de princípios e garantias constitucionais, que, a exemplo do devido processo e da igualdade, tangenciam as discussões apresentadas.

A revisão dos *status libertatis* se apresenta relacionado a temas de Direito Penal, como se deu notícia em relação ao conceito de bem jurídico.

É, certamente, o mesmo que se tem com o princípio do livre convencimento motivado das decisões e da publicidade dos atos processuais. Todos eles se relacionam a diversos institutos de direito penal, na medida em

---

<sup>363</sup> E sobre esse conceito de ordem legítima, Harbemas: "O caráter de comum acordo próprio ao agir comunitário consiste em que os integrantes de um grupo reconheçam a obrigatoriedade de suas normas de ação e saibam, uns sobre os outros, que se sentem mutuamente obrigados a seguir as regras" (HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo - Racionalidade da Ação e Racionalização Social. (São Paulo:2012, Martins Fontes). p. 342).

<sup>364</sup> Importante a nota de Frederico Marques comparando o Direito Processual Penal ao Processual Civil na contemporaneidade, apesar da origem comum e da aproximação de suas ciências: "Apesar das obras e produções citadas, o Direito Processual Penal ainda não alcançou, no campo da doutrina jurídica, o realce que merecia ter. Preso ora ao ensino do Direito Penal, ora ao Direito Processual Civil, não atingiu o mesmo nível de desenvolvimento cultural a que essas duas ciências conseguiram subir". (MARQUES, José Frederico. Elementos do Direito Processual Penal. v.1. (Campinhas: 2009, Millennium). p. 95).

que as normas processuais instrumentalizam o direito subjetivo a que servem, no caso, o Direito Penal.

E não apenas com as normas penais se percebe a correlação, mas também com outras normas e princípios de Direito Processual Penal. O processo penal contemporâneo descende diretamente desse primeiro momento de consolidação do pensamento iluminista. Perceba-se, por exemplo, no que foi apontado em relação à utilização da confissão. Não fosse o norte dado para o humanismo, a confissão não seria tratada como um elemento probatório “relativizável” para a cognição judicial, na existência de outras provas contrárias. Tudo isso, se relacionando ao sistema de tarifação de provas a que se fez referência nos capítulos anteriores. Este, embora seja uma característica peculiar do inquisitorialismo, e contestado partir da revisão do papel da confissão, continua a existir nos sistemas processuais modernos.

Em resumo, o que isso permite observar, é que a ordem jurídica, como o sistema que é, não recebe modificações normativas isoladas. Todas se apresentam sempre influenciando ou sendo influenciadas por outras, de modo a se tornar um enorme desafio ao pesquisador, fazer um corte metodológico preciso do que se pretende analisar.

Apesar desta complexidade, diante da proposta feita, assume-se ter havido êxito em se observar todas as nuances jurídicas pertinentes ao reflexo humanitário sobre o processo penal moderno, que se originaram pelas críticas à tortura. Estas, hoje permitem um ordenamento em relação ao qual a tortura não apenas é incompatível enquanto método, como também se apresenta como violadora de suas bases principiológicas.

É pelo fato do processo penal moderno se apresentar com as características e garantias investigadas através da presente pesquisa, é que o procedimento criminal se vê avesso à utilização da tortura enquanto método, e hábil a abraçar a criminalização que a evolução histórica de seu ordenamento jurídico permitiu.

## **CAPÍTULO 5: TORTURA COMO CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Ainda que o Processo Penal moderno se veja avesso a utilização dos tormentos para a investigação criminal, através de todas garantias que se apresentou, o ápice da reprovação social ao instituto é sua tipificação enquanto crime.

Assim, resta por derradeiro, abordar a questão, para demonstrar essa etapa final de afastamento da tortura em decorrência do pensamento humanista. Cabe, para tanto, descrever o processo histórico de tipificação a tortura, tomando por base o ordenamento jurídico brasileiro e o desenvolvimento histórico de suas leis nesse sentido, separando-se a análise entre a legislação anterior e posterior à Constituição Federal de 1988.

### **5.1 O tratamento legal da tortura criminalizada, anteriormente à Constituição Federal de 1988**

Ao que se percebe, a criminalização da tortura foi um processo histórico paulatino, que parte da proibição de seus métodos característicos e vai até a enquadramento típico das condutas relativas à eles. Faz parte da construção de cada ordenamento jurídico, a assunção (ou não) desse processo, que progride de acordo com a absorção dos fundamentos humanistas pelo Estado.

Note-se, por exemplo (repisando o que já se apresentou), que a Prússia do Imperador Frederico II foi a primeira nação a proibir, em 1740, a

utilização da tortura enquanto método, talvez em razão da proximidade pessoal entre o imperador e o filósofo francês François Marie Arouet, vulgo Voltaire<sup>365</sup>.

No Brasil essa medida só veio a ser tomada em 1821, mediante do Decreto de 23 de maio, o Príncipe Regente, Dom Pedro I, que dispunha o seguinte:

"Em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo ou masmorra estreita, escura, ou infeta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de corrente, de algemas, grilhões e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final"<sup>366</sup>.

Até então, vigiam no Brasil as Ordenações Filipinas. Esse diploma previa a utilização da tortura de maneira ampla no Título CXXXIII do Livro V, intitulado "Dos Tormentos"<sup>367</sup>.

Note-se que, entre à proibição do método na Prússia e no Brasil, existe um lapso de 81 anos. Isso demonstra a dificuldade dos direitos humanos em penetrarem no ordenamento jurídico brasileiro<sup>368</sup>.

Após o decreto de 21, a Constituição Imperial de 1824 dispôs claramente no art. 179, XIX, que desde então ficavam "abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis"<sup>369</sup>.

Embora ainda não se tratasse da tipificação de um crime, já restava clara a indisposição do Ordenamento pátrio, contra a utilização do método<sup>370</sup>.

---

<sup>365</sup> FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal - O Criminoso e o Crime. (Campinas:2003, Russell). p. 37.

<sup>366</sup> BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

<sup>367</sup> ESPANHA. Ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

<sup>368</sup> GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e prova no processo penal. (São Paulo: 2002, Atlas), p. 39.

<sup>369</sup> BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

Mas como não se dispunha de uma norma tipificadora da conduta, a sujeição de indivíduos ao suplício seria passível de punição através dos outros tipos, como a lesão corporal. O fim especial de torturar era uma agravante genérica, tanto no Código Penal de 1830 (lei de 16 de dezembro)<sup>371</sup>, quanto naquele de 1890 (decreto n.º. 847 de 11 de outubro)<sup>372</sup>.

Esse foi o tratamento jurídico à tortura até Código Penal de 1940. Nele, a tortura é mencionada em dois pontos. Primeiramente como agravante genérica do art. 61, II, "d", da Parte Geral<sup>373</sup>, repetindo o antigo tratamento conferido pelos códigos anteriores. Depois, como qualificadora do crime de homicídio (art. 121, §2º, III) na Parte Especial<sup>374</sup>.

Em 1965, a Lei N.º 4.898/65 considerou abuso de autoridade, as condutas de atentado à incolumidade física, e sujeição à constrangimento ilegal, que são características da sujeição do indivíduo à tortura:

"Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

i) à incolumidade física do indivíduo;

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei"<sup>375</sup>.

<sup>370</sup> E não foi por menos que o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, em 1832, determinou no art. 94, que "a confissão do réo em Juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstâncias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só pôde sujeita-lo á pena immediata, quando não haja outra prova". (BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013).

<sup>371</sup> Art. 17, 2º: Quando a dôr physica fôr augmentada mais que o ordinario por alguma circumstancia extraordinaria. (BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013).

<sup>372</sup> Art. 39: § 16. Ter sido commettido o crime estando o offendido sob a sua immediata protecção da autoridade publica. (BRASIL. Decreto n.º. 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 29 Dez. 2013.).

<sup>373</sup> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II - ter o agente cometido o crime: [...] d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum. (BRASIL. Decreto lei n.º. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.).

<sup>374</sup> Art. 121: [...], § 2º Se o homicídio é cometido: III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum (BRASIL, Op. cit.).

<sup>375</sup> BRASIL. Lei n.º. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

Quatro anos depois, em 1969, o legislador brasileiro replicou, no Código Penal Militar (Decreto lei 1.001/69), as disposições do Código Penal de 1940. Assim, o diploma dispõe no art. 70, II, "e", a tortura como uma agravante genérica, e no art. 205, §2, III, como qualificadora do homicídio cometido por militar<sup>376</sup>.

Cabe aqui um apontamento importante. Nesse período imediatamente anterior à Constituição de 1988, o Brasil passava pela ditadura militar iniciada em 1964. Embora o tratamento legislativo conferido a tortura fosse o apresentado acima e sua utilização como método continuasse a ser ilegal, foram constantes as notícias aplicação de tormentos pelas autoridades militares contra os presos políticos<sup>377</sup>.

O modelo ditatorial imposto, implicava no cerceamento de algumas das garantias apresentadas no capítulo anterior. Note-se, por exemplo, que o Ato Institucional nº. 5, trouxe a censura absoluta de modo a minguar a publicidade, mesmo dos atos judiciais; a suspensão do *habeas corpus* e a possibilidade de se legitimar prisões pela preservação da "Revolução", tornou a liberdade individual novamente uma exceção para o procedimento persecutório.<sup>378</sup>

Perceba-se ainda, a permissão de suspensão de direitos e garantias individuais em prol da segurança pública (art. 5º daquele Ato Institucional). O sistema jurídico, a partir das premissas trazidas pela ditadura militar, abria flanco para a justificação do uso da tortura<sup>379</sup>, e assim, se constituía de maneira semelhante àquele sistema imposto pela Inquisição Católica no século XIII. Neste, no lugar da expressão "para preservar a Revolução",

---

<sup>376</sup> BRASIL. Decreto lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

<sup>377</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. Memória e Verdade - A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. (Belo Horizonte:2009, Editora Fórum). p. 127.

<sup>378</sup> BRASIL. Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

<sup>379</sup> GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e prova no processo penal. (São Paulo: 2002, Atlas), p. 40.

utilizada como justificativa no citado Ato nº. 5, afirmava-se "para preservar a Fé Católica".

Isso serve a demonstrar o valor das garantias jurídicas de um processo penal avesso ao modelo inquisitorial, apresentadas no capítulo 4, onde há plena utilização da tortura. Sem elas, não obstante o método ser considerado ilegal, o sistema torna-se propenso a permiti-lo.

Isso porque, na ausência de tais garantias, extinguem-se os instrumentos normativos que permitem à opinião pública, certificar-se da não utilização dos suplícios, pelo Estado.

## **5.2 O tratamento legal da tortura a partir da Constituição de 1988 e a tipificação deste crime**

Não obstante a ditadura ter sustado as garantias que protegem o sistema jurídico da admissão da tortura, o pensamento humanista não abandonou a mentalidade do cidadão moderno. Dessa feita, o processo de redemocratização do Brasil que se observou a partir de 1988, foi revestido de um clamor pelo (re)estabelecimento de garantias individuais. Principalmente aquelas relativas à integridade física e aos direitos individuais, tão amplamente violentados durante da ditadura<sup>380</sup>.

Não é por menos, que a Carta Magna de 88 foi a primeira a reafirmar a proibição do uso da tortura, desde a Constituição Imperial de 1824. Nas

---

<sup>380</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. Memória e Verdade - A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. (Belo Horizonte:2009, Editora Fórum). p. 79.

constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, não houve menção explícita ao instituto<sup>381</sup>.

É possível afirmar que a preocupação do legislador de 88 em tratar da matéria no texto constitucional seja um reflexo do período ditatorial que vigia no Brasil entre 1964 e 1989. As denúncias de utilização da tortura pelas autoridades militares contra os presos políticos, justificam o tratamento da matéria pelo texto constitucional. Pretendeu-se afirmar na norma superior, as garantias tão amplamente violadas nos anos anteriores<sup>382</sup>.

Assim é que carta constitucional afirma expressamente em seu art. 5º, III, que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Além disso, o inciso XLIX prestigia a dignidade humana ao assegurar "aos presos o respeito à integridade física e moral".

Ademais, a reprovação do legislador constitucional à utilização da tortura, manifesta-se na disposição em torná-la um crime hediondo, insuscetível de graça e anistia (inciso XLIII do mesmo art. 5º)<sup>383</sup>.

A regulamentação legal dos crimes hediondos, dos quais a Constituição de 88 fez a tortura ser gênero, ocorreu através da Lei 8.072/90. Nela, além da impossibilidade de concessão de graça e anistia, já afirmada pelo texto constitucional, restou inconcebível o indulto, bem como a progressão de regime:

"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

---

<sup>381</sup> Conforme disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1>>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

<sup>382</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. Memória e Verdade - A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. (Belo Horizonte:2009, Editora Fórum). p. 76

<sup>383</sup> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013).

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 2º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 3º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade"<sup>384</sup>.

A determinação do legislador em ordinário em exceder a disposição constitucional e proibir a concessão de indulto e progressão de regime, permitiu questionar a constitucionalidade do diploma normativo<sup>385</sup>. Tais questões foram resolvidas pela Lei 9.455/97 em relação à tortura. Quanto aos demais crimes hediondos, as previsões do inciso II do *caput*, e parágrafos 1º, 2º e 3º, foram alterados pela lei 11.464/2007<sup>386</sup>.

Posteriormente, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069) trouxe os seguintes dispositivos legais:

"Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena - reclusão de um a cinco anos.

§ 1º Se resultar lesão corporal grave:

Pena - reclusão de dois a oito anos.

§ 2º Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena - reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resultar morte:

Pena - reclusão de quinze a trinta anos"<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

<sup>385</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey), p. 86.

<sup>386</sup> É a seguinte a redação atual desses dispositivos do art. 2º da Lei 8.072/90: II - fiança.

§ 1o A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3o Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4o A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007).

<sup>387</sup> BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

Essa disposição legal deu margem à dúvidas quanto à intenção do legislador. Não estava claro se a previsão "continha ou não uma suficiente descrição da tortura capaz de afirmá-la como conduta realmente tipificada quando os sujeitos passivos fossem menores de dezoito anos"<sup>388</sup>.

Seja como for, reputa-se que a tortura tenha sido definitivamente tipificada através da Lei 9.455 de abril de 1997.

O antecedente histórico desta lei, já mencionado na introdução da presente pesquisa, é especialmente interessante. Em novembro de 1995, a Revista Veja noticiou a ocorrência de casos de tortura em São Paulo, Belo Horizonte, Fortaleza, Pernambuco, Distrito Federal, Porto Alegre e Rio de Janeiro. Apresenta o relato de diversos indivíduos que, considerados suspeitos pelas polícias civil ou militar, foram submetidos a tratamento desumano e violentas agressões contra a integridade física<sup>389</sup>.

Depois, em 1997, a mídia brasileira veiculou novos e cruéis abusos de policiais militares, na favela Naval, em São Paulo. A população brasileira escandalizou-se com a ampla utilização da tortura pelas autoridades policiais<sup>390</sup>.

Esses episódios mobilizaram a opinião pública e pressionaram o poder Legislativo acelerar a tramitação da lei que tipificava o crime de tortura<sup>391</sup>.

A Lei 9.455/97 resultou do Projeto de Lei n.º 4716<sup>392</sup>, apresentado pela Presidência da República em 22 de dezembro de 1994. Após ser votado e aprovado às pressas, foi sancionado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso em 07 de abril de 1997, e publicado no Diário Oficial logo no outro dia, com a seguinte redação:

---

<sup>388</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey), p. 92.

<sup>389</sup> LEITE, Paulo Moreira. O poder da paulada e do choque. *Veja*, São Paulo, Editora Abril, ano 28, n.º 44, 1 Nov. 1995, p. 28-35.

<sup>390</sup> GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e prova no processo penal. (São Paulo: 2002, Atlas), p. 84.

<sup>391</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey), p. 97.

<sup>392</sup> Dados disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223777>>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

"Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente"<sup>393</sup>.

Longe de se pretender uma análise doutrinária desse diploma legal, é importante apresentar algumas ponderações relacionadas ao que foi discutido anteriormente.

Em primeiro lugar, a tipificação desse delito, não retira do direito penal, as disposições relativas à agravante genérica, nem a qualificadora do homicídio doloso, ambas do Código Penal. A aplicação de cada dispositivo

---

<sup>393</sup> BRASIL. Lei nº. 9.455, de 7 de abril de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

ocorrerá conforme as condições específicas do caso concreto e de acordo com a intenção do agente<sup>394</sup>.

O mesmo não se pode falar em relação às disposições antes vigentes no Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 233 que dispunha sobre a imposição de suplícios ao menor, foi expressamente revogada pelo art. 4º da norma transcrita acima.

Ademais, o aludido dispositivo altera a anterior compreensão de que o crime de tortura não é passível da concessão de indulto. Também possibilita que o condenado por esse delito se beneficie com a progressão de regime. Quanto à liberdade provisória, permite sua concessão apenas sem a estipulação de fiança.

Importa por fim, refletir a respeito do supra referido motivo que apressou a tramitação da lei que tipificou o crime de tortura: pressão popular decorrente das notícias de tortura por policiais. Tal motivação se relaciona intimamente à percepção da sociedade brasileira em relação aos direitos humanos. Trata-se de uma noção essencial às diretrizes da presente pesquisa, conforme se explica adiante.

Tome-se, por exemplo, o relato, veiculado na Revista Veja, de Ildecy Pereira dos Santos, acerca do tratamento que recebeu na 13ª Delegacia do Distrito Federal, em razão de uma suspeita de participação sua em uma quadrilha de furto de veículos:

"Os choques eram tão violentos que o corpo parecia decolar do chão. Amordaçada, eu não conseguia gritar. Fiquei pendurada por horas. Desmaiei várias vezes. Quando acordei, minhas roupas estavam sujas de sangue. A sala cheirava a urina. Eu tinha febre e vomitava. Nua, assumi a culpa. Eles me deram uma Novalgina e foram embora"<sup>395</sup>.

Se esse relato fosse colhido no século XIII, a mentalidade medieval acerca da utilidade dos tormentos levaria a crer que a tortura alcançou seu

---

<sup>394</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey), p. 99.

<sup>395</sup> LEITE, Paulo Moreira. O poder da paulada e do choque. *Veja*, São Paulo, Editora Abril, ano 28, n.º 44, 1 Nov. 1995, p34.

objetivo. A acusada confessou seu crime. Confirmou a hipótese aventada pelos torturadores e preservou a ordem pública. O método é louvável!

Para o indivíduo contemporâneo a visão é diferente. Não se interessa por qual justificativa se apresenta para o emprego da tortura. Muito menos, se ela está eficazmente servindo à encontrar o criminoso e por isso contribuindo para a ordem pública. Afinal, na concepção moderna a proteção da ordem pública se dá, antes, pela proteção de cada indivíduo. Assim, a reportagem citada, sequer dá destaque ao delito a que se queria descobrir através da tortura da cabeleireira. O que interessa à opinião pública, é a injusta violência a qual ela foi submetida (essa é a notícia)! E tal injustiça somente é reconhecida, porque se concebe que a dignidade humana é um valor que não pode ser transposto através da tortura. Por isso se reclamou dos governantes a aprovação e sanção da Lei 9455/97.

Portanto, a tipificação do crime de tortura, foi a instância final da reprovação, de um povo contaminado pelos ideais humanistas, das condutas uma vez já empregadas como método legítimo de perseguição da verdade.

## CONCLUSÃO

Evidentemente a proibição da tortura não significa sua tipificação. Na evolução histórica, são momentos distintos do Ordenamento Jurídico. Note-se que no sistema brasileiro, os tormentos foram abolidos como método pelo Decreto de 1821, mas apenas em 1997 sancionou-se a lei nº. 9.455/97 que tipificou o crime de tortura<sup>396</sup>.

Mesmo que a extinção do método e sua criminalização sejam coisas distintas, revelam ambos a paulatina absorção dos ideais humanistas. Trata-se de uma caminhada no sentido de se reconhecer cada vez mais a dignidade humana como um valor supremo.

Essa progressão parte de um ponto anterior, em que indivíduo, quando submetido aos procedimentos persecutórios, se torna mero objeto sujeito ao perecimento, diante de um propósito transcendental maior<sup>397</sup>. Tal imagem passa por um choque de concepções a partir das revoluções do século XVIII. Dali começa à implementação de direitos agora reconhecidos intrínsecos à sua natureza.

As pesquisas desenvolvidas serviram a responder, dentro desse contexto assinalado, à pergunta inicial de “como o processo penal foi influenciado pelo humanismo a ponto de se tornar incompatível com a prática institucionalizada da tortura”.

Para tanto, propôs-se analisar primeiramente o momento histórico em que a prática da tortura era um instrumento legítimo de persecução penal. Essa iniciativa levou a análises mais profundas do instituto que demandaram um mergulho em períodos anteriores à abdução da tortura pelos Estados,

---

<sup>396</sup> TEIXEIRA, Flávia Camello. Da Tortura. (Belo Horizonte:2004, Del Rey), p. 95.

<sup>397</sup> NETO, José de Assis Santiago. Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório. (Rio de Janeiro: 2012, Lumen Juris). p. 102.

posto que a utilização dos suplícios pelos sistemas jurídicos revelou ser a “importação” de um bem sucedido sistema persecutório eclesiástico.

Foi necessário aprofundar na mentalidade e na cultura medieval para analisar a tortura pela perspectiva de um contemporâneo da sua utilização como método, e não como um pesquisador imerso na cultura contaminada pelo ideário humanista, onde já faz parte do senso comum a percepção da tortura enquanto crime.

Tal exercício de “relativização” do olhar exigiu o cuidado de não se deter em questões filosóficas, relacionadas à concepção da verdade segundo a ótica da Inquisição.

Foram feitas as considerações necessárias acerca da correlação entre o método da tortura e a verdade correspondista, sempre evitando se perder nos meandros metafísicos que envolvem o assunto.

A seguir, procurou-se estudar a influência do humanismo nos sistemas jurídicos. Para tanto, fez-se mister conhecer as origens dessa forma pensamento, o que nos levou às bases renascentistas e, após, ao movimento iluminista. A proposta iluminista que vingou após os movimentos revolucionários, revelou-se amplíssima, atinente a diversas áreas do conhecimento. Como naquele tempo a separação entre o papel de cientista político, filósofo e jurista, era bastante tênue, entender o humanismo levando em conta apenas ao que importava ao tema abordado, se revelou um outro desafio.

Chegando ao processo penal moderno, a compreensão das ondas de implementação dos Direitos Fundamentais e do Estado Liberal, serviram a direcionar a contribuições da doutrina iluminista especificamente para as mudanças observadas nos sistemas persecutórios pós 1808. A partir do *Code d'Instruction Criminelle*, o que se percebeu no Direito Processual se encaixa na descrição de Helio Tornaghi:

"O Direito Processual tomou novas asas, rasgou novos ares, tocou novos céus. Restituiu ao acusado a condição humana e impôs ao juiz um caráter divino. O homem comum pode ser movido por boas

ou más paixões, sinal autêntico de sua humanidade, marca genuína de seu feitio, cunho fidedigno de seu caráter"<sup>398</sup>.

Tratando finalmente dos elementos processuais e das mudanças legislativas que, como reflexo da ideologia humanitária, tornaram o sistemas jurídicos imunes ao emprego institucionalizado da tortura, ficou evidente a dificuldade em se isolar as modificações atinentes à tortura, de outras ligadas à reformulação do processo penal.

Em resumo, todas as fases da pesquisa realizada demonstraram a influência de outras áreas do conhecimento no trato do tema abordado, bem como a relação umbilical com outros institutos jurídicos. Dessa maneira, algumas das mais severas dificuldades se deram na necessidade de se manter o foco na proposta inicial, sem se aprofundar desnecessariamente em algum instituto de processo penal, e nem se perder na extensa influência do pensamento iluminista na produção intelectual do século XVIII. De um lado, corria-se o risco de se perder a noção do todo e se particularizar os esforços em algum assunto apenas casualmente relevante, desvirtuando a natureza do trabalho; por outro, podia-se inesperadamente sair do campo do direito e se cuidar sumariamente de toda a amplíssima reestruturação do ocidente pela modernidade.

De toda feita, a verticalidade e a horizontalidade, por assim dizer, que o tema alcança, se apresentaram como desafios considerados transpostos com sucesso.

Ao final, julga-se ter sido apresentada com sucesso a tortura enquanto crime, no primeiro momento, depois a origem e estabelecimento do humanismo no século XVIII, e por fim, as influências desse humanismo no processo penal, especificamente no sentido de se assumir tal método como um elemento antijurídico.

---

<sup>398</sup> TORNAGHI, Hélio. A Relação Processual Penal. (São Paulo:1987, Saraiva). p. 04.

O caminho adotado para demonstrar a aversão do sistema jurídico brasileiro aos suplícios, partiu do recorte metodológico adotado e, embora se reconheça que muitos outros institutos do processo penal se relacionem com o tema (da tortura) e se originem também das propostas iluministas de um processo penal humanizado, não se apresentaram diretamente determinantes para o procedimento persecutório sem suplícios.

A tortura, talvez por ter sido um dos primeiros alvos das críticas iluministas contra o sistema inquisitorial, se assume verdadeiramente indesejável aos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos. A partir do momento em que se torna um crime previsto em lei, o ordenamento está assumindo que o método não apenas foi abolido do sistema persecutório, como se tornou uma conduta punível pelo Estado, por ofensa a um valor juridicamente protegido: a dignidade humana.

Mas se a pergunta proposta no início fosse se o processo penal moderno está livre de todo resquício inquisitorial, a resposta seria negativa.

Diversas características de natureza inquisitorial subsistem nos sistemas jurídicos atuais. Vide a fase de inquérito policial, a tarifação de provas ou os poderes instrutórios dos juízes. Isso evidencia que o combate à tortura foi uma conquista isolada em meio à necessária destituição do sistema inquisitorial.

Não se está afirmando, por evidente, que a modernidade não tenha buscado um afastamento do processo inquisitorial. Muito pelo contrário, reconhece-se que diversas maneiras tenha se procurado abolir, do processo penal, as características inquisitoriais, recebendo estas, inclusive, uma alcunha pejorativa nos tempos atuais.

A tortura como instrumento legítimo, no entanto, parece ter sido cirurgicamente removida dos ordenamentos modernos, sem que se atentasse para a reminiscência de certos elementos justificadores do método, como o sistema de provas tarifadas e a busca de uma verdade real.

A esta reminiscência, tem-se procurado opor um sistema acusatório. Todavia, os elementos inquisitoriais tem se mostrado discretamente resistentes.

Não por menos, constatou-se a inexistência de sistemas processuais puramente acusatórios, principalmente naqueles Estados onde o Santo Ofício penetrou suas raízes com profundidade e a herança católica é marcante.

A abolição formal da tortura não impede que ela seja praticada extra legalmente. Torná-la ilegal para o sistema não é capaz de impedir sua prática por governos ditatoriais ou por uma polícia que aja à margem da legalidade. É, contudo, um convite para um sistema processual penal mais humanizado e no caminho para a realização da proposta humanista de um Estado em plena sintonia com a dignidade humana.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS**

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7ª Ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte:Mandamentos, 1999.

BAIGENT, Michael. *A Inquisição*. Rio de Janeiro: 2001, Imago.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2ª Ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais,2010.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. v.1. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. *Dos delitos e das penas*; tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 3ª Ed. São Paulo: Martins fontes, 2005.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. Revisão: Roberto Leal Ferreira. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BENTHAM, Jeremy. *As Recompensas em Matéria Penal*. 1ª Ed. São Paulo: Ridel, 2007.

BENTHAM, Jeremy. *Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos*. Leme: Edijur, 2002.

BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália - Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália - Séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BIAGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição*; tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Nobert. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. 12ª Ed. Torino: Giapicchelli 1982.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*; tradução de Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, José Ribeiro. *Tortura: Aspectos históricos e jurídicos*. Campinas: Romana, 2004.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Execuções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2005.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *O Processo Penal e a defesa dos direitos e garantias individuais*. Campinas: Peritas, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*; tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *O Sistema Penal e a dignidade humana*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 21. p. 167-177, out./dez/, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª Edição. São Paulo:Malheiros, 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. *La Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Argentina: Editorial Hammurabi SRL, 2000.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

CUNHA, Rui Martins. *Estado de Direito, evidencia e processo: incompatibilidades electivas* Sistema Penal e Violência : Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Rio Grande do Sul: Porto Alegre, v.2, n. 1, p. 83-90, jan./jun. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva,1998.

DELMATO, Celso. *Código penal comentado*. 1ª Ed. São Paulo: Renovar, 1986.

DELMATO, Roberto; DELMATO JÚNIOR, Roberto; DELMATO, Fábio Machado de Almeida. *Leis especiais comentadas*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DELMONTE, Carlos. *A perícia na tortura*. São Paulo: Justiça Penal. n. 5, p. 18-28, 1997.

DESCARTES, René. *Discurso do método e Princípios da filosofia*; tradução de Norberto de Paula Lima. 1ª Ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores; comentários de Francisco Peña*; tradução de Maria José Lopes da Silva. 2ª Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituição de Direito Processual*. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal - O Criminoso e o Crime*. 1ª Ed. Campinas: Russell, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005 (Nau).

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método I*. 13º Ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução: Enio Paulo Giachini. 8ª Ed. Petrópolis: VOZES, 2007

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O "Modelo Garantista" de Luigi Ferrajoli*. São Paulo: Boletim IBCCrim. n. 58, p. 6, Edição Especial, set., 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

GUARNERI, Giuseppe. *Sulla Teoria Generale del Processo Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrê, 1939.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 37ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal*. Prólogo: Luigi Ferrajoli. 1ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo - Racionalidade da Ação e Racionalização Social*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HERCULANO, Alexandre. *História da Origem e Estabelecimento da Inquisição em Portugal*

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

HUME, David. *Investigação Sobre o Entendimento Humano*. 2ª Ed. São Paulo: Escala, 2006.

HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental do raciocínio nos assuntos morais*; tradução de Débora Danowski. 2ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*; tradução de Edson Bini. 38ª Ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

KEMPIS, Tomás de. *Imitação de Cristo*. 43ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

KLAUTAU, Paulo de Tarso. *A tortura como crime autônomo: necessidade de tipificação*. In: *Estudos Jurídicos em homenagem ao Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992.

KRAMER, H.; SPRANGER, J. *O martelo das feiticeiras*. Introdução histórica Rose Marie Muraro, Prefácio Carlos Byington, Tradução de Paulo Froés. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2011.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAPLAZA, Francisco P. *Beccaria y su obra*. Buenos Aires: Instituto di Cultura, 1956.

LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Tradução: Jaime A. Clasen. 2ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *A Monadologia e Outros Textos*. São Paulo: Hedra, 2009, Hedra.

LEITE, Paulo Moreira. *O poder da paulada e do choque*. Veja, São Paulo, Editora Abril, ano 28, n.º 44, 1 Nov. 1995,

LOPERA, José Alvarez. *História Geral da Arte*. Rio de Janeiro: Delprado, 1995.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª Ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*; tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*; tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

MACHIAVELLI, Niccolo. *O príncipe*; tradução de Livio Xavier. 1ª Ed. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional - Tomo II*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol. I. São Paulo: Conan, 1995.

MALATO, Luiz Ernani Ferreira Ribeiro. *Direitos Humanos - Federalização da Competência e a Amazônia*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

MALHEIROS, Sylvia Helena Steiner. *O Princípio da Reserva Legal e o crime de tortura na legislação brasileira*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 13, p. 163/171, jan./mar., 1996.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do Direito Processual Penal*. v.1 Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas, SP: Millennium Editora: 2009.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito. The brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Código de processo penal interpretado*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso Sobre a Dignidade do Homem*. 6º Ed. Portugal: Edições 70, 2010.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada*. 5ª Ed. Campinas: Bookseller, 2008.

- MONDOLFO, Rodolfo. *Cesare Beccaria y su obra*. Buenos Aires; Depalma, 1956.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996
- MORE, Thomas. *Utopia*. 3ª Ed. São Paulo: Edição Revista e Ampliada, 2009.
- MUHANA, Adma. *Os Autos do Processo de Vieira na Inquisição 1600-1668*. 2ª Ed. ampl. e rev. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.
- NAZARIO, Luiz. *Autos-de-fé como espetáculo de massa*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005.
- NETO, José de Assis Santiago. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição*. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3ª Ed. ampl. e rev. São Paulo: Revista dos tribunais: 2007
- NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Princípios do Processo e outros temas processuais*. v. 1. Taubaté: Cabral, 2003,
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução Maria de Lurdes Sigado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2010.
- PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª Ed. São Paulo:Atlas, 2005.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A parte obscura de nós mesmos - Uma história dos perversos*. Rio de Janeiro:Zahar, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*: tradução de Antônio de Pádua. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCINETTI, Marcelo A. *A violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal: la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al "caso Cabezas"*. Buenos Aires: Ad-Hoc. Ed., 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade - A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte:Editora Fórum, 2009.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEIXEIRA, Flávia Camello. *Da Tortura*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. 48º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 1. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. Tradução Frederico Carotti. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *Cândido ou o Otimismo*. Vol. 17. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *Tratado Sobre a Tolerância*. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

WELLS, H. G. *História Universal*; tradução de Anísio Teixeira. v. 1. 9ª Estados Unidos do Brasil: Companhia Editora Nacional, 1972.

WELLS, H. G. *História Universal*; tradução de Anísio Teixeira. v. 4. 9ª Estados Unidos do Brasil: Companhia Editora Nacional, 1972.

WELLS, H. G. *História Universal*; tradução de Anísio Teixeira. v. 5. 9ª Estados Unidos do Brasil: Companhia Editora Nacional, 1972.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## REFERÊNCIAS NORMATIVAS

BRASIL. Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 Dez. 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 Out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 25 Mar. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. *Dá providências para garantia da liberdade individual*. Ministério dos Negócios do Reino do Brasil e Estrangeiros, Rio de Janeiro, RJ, 23 Mai. 1821. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Decreto lei nº. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 Out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Decreto lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 Dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Decreto lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, Out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890. *Promulga o Código Penal*. Ministério dos Negócios da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 11 Out. 1890. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. *Manda executar o Código Criminal*. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 8 Jan. 1831. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. *Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil*. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 5 Dez. 1832. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Lei nº. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. *Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 Dez. 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 Jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. *Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 Jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

BRASIL. Lei nº. 9.455, de 7 de abril de 1997. *Define os crimes de tortura e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 Abr. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

ESPANHA. *Ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro*. Madri, 5 Jun. 1595. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

FRANÇA. Code d'Instruction Criminelle de 1808. *Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Paris, 16 Nov. 1808. Disponível em: <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_instruction\\_criminelle\\_1808.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san\\_jose.htm](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san_jose.htm)>. Acesso em: 29 Dez. 2013.