

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas

NA CONTRAMÃO DA DEMOCRATICIDADE:

a permanência do juiz inquisidor no processo penal brasileiro

BELO HORIZONTE

2014

JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS

**NA CONTRAMÃO DA DEMOCRATICIDADE:
a permanência do juiz inquisidor no processo penal brasileiro**

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

JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS

**NA CONTRAMÃO DA DEMOCRATICIDADE:
a permanência do juiz inquisidor no processo penal brasileiro**

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, 04 de fevereiro de 2014.

Componentes da banca examinadora:

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

Professora Doutora Daniela Freitas Marques
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

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

A todos que acreditam que a justiça não é feita a ferro e fogo.

AGRADECIMENTOS

Já dizia o poetinha que a vida é a arte do encontro. E o acaso, talvez o destino, me presenteou com grandes encontros, alguns já antigos, outros novos, mas todos fundamentais para a travessia de mais uma etapa deste difícil, infinito e apaixonante caminho percorrido dentro da Academia. Por isso, muito tenho a agradecer.

Agradeço, em primeiro lugar, à minha mãe, amor maior e apoio incondicional, que me ensinou sonhar e realizar os sonhos impossíveis.

A meu pai, sempre compreensivo com minhas ausências durante a realização desta pesquisa. A minha irmã, pelo sem número de vezes que amparou meu desespero. E a toda minha família, pela torcida e apoio fundamentais.

Ao Professor Felipe Martins Pinto, eterno orientador e mestre, agradeço o acolhimento, as preciosas lições, os debates, aulas, os cafés, as tantas conversas descontraídas, incentivos, torcidas para o Galo, auxílio e conselhos. Agradeço especialmente por ter compreendido minhas dificuldades, respeitado meu tempo e acreditado em mim.

Aos meus amigos, especialmente à Nathane, Marcelo e Juliano, que dividiram comigo as angústias e sofrimentos diante de páginas em branco de Word; ao Carlos, parceiro de aventuras acadêmicas; e à Ferdi, Aninha e Fiúza, eternos refúgios do meu desespero habitual, atenuado por tentativas de não-se-afobar-não-que-nada-é-para-já.

À Cláudia e à Alexia, por amenizarem as dificuldades da vida, cuidarem tão bem de mim e me proporcionarem condições de desenvolver este trabalho.

Ao Dr. Castellar, Castellar Neto, Luísa e Carol, que facilitaram a complicada tarefa de compatibilizar o mestrado com o exercício diário da advocacia criminal.

*“Mudar o mundo, meu amigo Sancho, não é loucura,
não é utopia, é justiça.”*

Miguel de Cervantes

RESUMO

A presente dissertação consiste no estudo realizado sobre a atividade instrutória desenvolvida pelo juiz no processo penal brasileiro. A partir da investigação histórica dos sistemas processuais penais, especialmente do modelo inquisitório, foi possível avaliar a incompatibilidade entre o papel atribuído ao magistrado criminal na legislação brasileira e os fundamentos de um processo penal democrático, conforme delineado na Constituição da República de 1988. Isso porque o pressuposto essencial para o desenvolvimento do sistema inquisitório é a concentração de poderes de investigação, instrução e julgamento nas mãos do juiz, cuja função é alcançar a verdade real, ao passo que o modelo de processo penal inaugurado pela Constituição da República de 1988 tem por elemento basilar o distanciamento do juiz da atividade probatória, para que possa ser preservada sua imparcialidade objetiva. Todavia, a análise da legislação processual penal brasileira, desde os primórdios desta nação até os preceitos insculpidos no projeto de reforma do código de processo penal (PL 8.045/2010), demonstrou a orientação inquisitiva sobre a qual se edifica, mesmo após o advento da Constituição de 1988 e o modelo de processo penal democrático nela delineado. Isso porque as propostas reformistas posteriores à Carta Constitucional, de 88 mantêm a atividade instrutória do juiz, persistindo, portanto, na manutenção da estrutura inquisitorial. A figura do juiz inquisidor, outrossim, encontra amparo doutrinário, embora sejam diversos os argumentos utilizados para justificar sua aceitação. Não obstante, é evidente que os variados pretextos pretendem camuflar o fundamento único que explica a atividade persecutória do magistrado, que é a busca da verdade real. Por fim, é realizada uma abordagem do princípio da imparcialidade objetiva, que resta violado com a atividade instrutória do magistrado. A pesquisa é finalizada com a análise sobre a colocação do juiz no âmbito do processo penal democrático, quando se conclui pela necessidade de seu deslocamento da seara probatória para atuar na condição de garantidor da efetividade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Inquisitório. Verdade. Juiz. Processo Penal Democrático. Direitos e Garantias Constitucionais.

ABSTRACT

The following dissertation consists on the study about the instructory activity developed by the judge in the Brazilian criminal justice process. From the historical investigation of the systems of criminal justice processes, especially the inquisitorial type, it was possible to assess the incompatibility between the role assigned to the criminal law magistrate in the Brazilian law and the foundations of a democratic criminal justice process, as outlined in the Constitution of 1988. That is because the essential presupposition to the development of the inquisitorial system is the concentration of investigative and trial powers in the hands of the judge, whose function is to reach the real truth, while the criminal justice process brought by the Constitution of 1988 have as its core element the distance of the judge from the evidential activity, so the objective impartiality could be preserved. However, the analyses of the Brazilian criminal justice process legislation, since the early days of this nation until the precepts sculptured in the project of the changes of the criminal process law code (PL 8.045/2010), showed the inquisitive guidance on which is built, even after the advent of the 1988 Constitution and the democratic inspiration brought to the criminal justice process. This is because the reform proposals after the 1988 Constitution maintain the instructory activity of the judge, thus persisting on the inquisitorial structure. The figure of inquisitor judge has doctrinaire support, though the different argument utilized to justify its acceptance. Although, it's evident that the various pretexts intend to mask the only foundation that explains the instructory activity of the judge, the real truth reaching. Lastly, is analyzed the principle of objective impartiality, that is violated by the instructory activity of the judge. This research is concluded with analysis about the function of judge on democratic criminal justice process. It's necessary to prohibit judge to collect evidences and confirm the function of guarantor of fundamental rights effectiveness.

KEY-WORDS: Inquisitorial System. Truth. Judge. Democratic Criminal Justice Process. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 10 |
| CAPÍTULO 1: SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS..... | 14 |
| 1.1. Definições e distinções: sistema acusatório e sistema inquisitório..... | 14 |
| 1.2. Resgate das raízes históricas do sistema inquisitório..... | 21 |
| 1.2.1 .Um pouco do período anterior a 1215..... | 24 |
| 1.2.2. “ <i>Horrendum ad tremendum Espectaculum</i> ”..... | 27 |
| 1.3. Movimentos contrários à Inquisição e a luta em prol das garantias processuais penais..... | 40 |
| CAPÍTULO 2: O PAPEL ATRIBUÍDO AO JUIZ NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA..... | 44 |
| 2.1. Considerações preliminares..... | 44 |
| 2.2. Ordenações Filipinas..... | 45 |
| 2.3. Constituição do Império de 1824..... | 53 |
| 2.4. Código de Processo Criminal de Primeira Instância..... | 56 |
| 2.5. Período republicano: promulgação do código de processo penal de 1941..... | 60 |
| 2.5.1. A atividade instrutória do juiz no Código de Processo Penal de 1941 | 63 |
| 2.6. Movimentos de reforma do Código de Processo Penal..... | 68 |
| CAPÍTULO 3: O PROCESSO PENAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988..... | 72 |
| 3.1. Processo penal constitucional..... | 72 |
| 3.2. Para além da acusatoriedade: a exigência de democratização do processo penal..... | 73 |
| 3.3. Reformas e continuidades na legislação processual penal após 1988..... | 78 |
| 3.3.1. A reforma promovida pela Lei 11690, de 9 de junho de 2008..... | 78 |
| 3.3.2. Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010)..... | 81 |
| CAPÍTULO 4: O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ENTRE INQUISITORIEDADE E DEMOCRATICIDADE..... | 94 |
| 4.1. Um tema ainda carente de discussão..... | 94 |

| | |
|---|------------|
| 4.2. A busca da verdade real como justificativa para a permanência do juiz inquisidor..... | 95 |
| 4.3. Princípio da imparcialidade objetiva..... | 105 |
| 4.3.1. Uma demonstração da influência sofrida pelo juiz diante da análise dos elementos de investigação preliminar e sua repercussão prática – pesquisa de Bernd Schünemann..... | 110 |
| 4.4. A colocação do juiz no âmbito do processo penal democrático..... | 116 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 119 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 122 |

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao se iniciar esta pesquisa, partiu-se de concepções ingênuas sobre alguns dos temas aqui tratados. Ainda atrelada a uma visão restrita sobre verdade e processo, se contrapunha procedimentos fundados na busca da verdade aos que, aparentemente, renunciavam a tal perquirição. A partir de tal dualismo, pretendia-se estudar o papel da verdade no processo penal, notadamente no desempenho dos sujeitos que atuam no cenário processual.

Mas a pesquisa científica cumpre a importante missão de aniquilar convicções e mostrar que se deve sempre desconfiar das obviedades. O que antes era apenas mais um conceito dentre outros tantos, cresceu em importância e mostrou-se a base estruturante não só deste trabalho, mas do próprio direito processual penal.

Oscar Wilde, em peça teatral que traduz evidente sátira da sociedade inglesa, foi feliz ao afirmar que “a verdade raramente é pura e nunca é simples”¹. E é precisamente esta a constatação ao se adentrar no estudo das interseções entre a verdade e o processo penal.

Neste trabalho percorre-se este caminho em que verdade e processo aparecem de forma indissociável. Partindo-se de uma análise histórica, lógico-argumentativa e dogmático-jurídica, estuda-se as interrelações entre o conceito de verdade formulado no processo, a função destinada ao juiz e o sistema processual penal adotado.

O foco centra-se na iniciativa probatória deferida ao juiz no processo penal brasileiro e deriva de uma inquietação ao se constatar a permanência do controle do magistrado sobre as provas, a despeito da afirmação constitucional de um processo democrático. Por isso, trabalha-se a hipótese segundo a qual a atividade instrutória do juiz é característica essencialmente

¹ WILDE, Oscar. *A importância de ser prudente e outras peças*. Trad. Sonia Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 154.

inquisitorial e não se compatibiliza, portanto, com o modelo de processo penal democrático proposto na atual Constituição da República.

Inicia-se a abordagem com a caracterização e diferenciação entre os sistemas processuais acusatório e inquisitório, formulando conceitos que norteiam o desenvolvimento de toda a pesquisa. Passa-se, em seguida, ao estudo das raízes históricas do processo inquisitório, imprescindível para a compreensão de seus fundamentos e a avaliação de sua persistência na atualidade.

Ressalta-se que a pesquisa histórica empreendida foi permeada por uma avaliação crítica sobre o material obtido. Em primeiro lugar, porque a historiografia atual não desconsidera a presença decisiva do sujeito – no caso, o historiador – no processo de conhecimento, uma vez que é ele quem escolhe o tema objeto da pesquisa, recorta e especifica a abordagem, escolhe os métodos e os modos de exibição, enfim, interage a todo o momento com seu objeto de estudo². Evidentemente, o resultado da pesquisa é eivado de subjetividades e ideologias que lhes são indissociáveis e não pode, portanto, ser aceito como uma constatação objetiva.

Luiz Carlos de Azevedo sustenta que a História do Direito não se reduz a um mero inventário, tampouco se limita a “erguer e revolver os antecedentes históricos das instituições ora vigentes”³. Pelo contrário, constitui o único caminho para a compreensão da essência do direito. Isso porque o direito não é fruto de uma evolução linear, mas sim “do embate, das rupturas, dos avanços, recuos e retrocessos”⁴.

É justamente a aferição deste movimento irregular do direito que motivou a elaboração do segundo capítulo, no qual se analisa especificamente o papel atribuído ao juiz na legislação brasileira, desde as Ordenações Filipinas até os projetos de reforma do atual código de processo penal anteriores à Constituição de 1988.

² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.84.

³ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à História do Direito*. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 23.

⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.p. 35.

O capítulo terceiro introduz a mudança estrutural advinda da promulgação da Constituição da República de 1988, em razão do delineamento constitucional do processo penal a partir de um amplo sistema de garantias. Apresenta-se a concepção de processo democrático, que transcende as características associadas ao sistema acusatório clássico, já não suficientes para atender às finalidades que a Constituição de 1988 atribuiu ao processo penal.

As reformas da legislação infraconstitucional são também abordadas neste capítulo, uma vez que derivam da necessidade de adequação do código de processo penal ao modelo trazido pela Constituição de 1988.

Aborda-se, primeiramente, a Lei 11.690/08, que alterou dispositivos do código de processo penal relativos à prova. A análise desta lei é sucedida de estudo sobre o projeto de reforma do código de processo penal, Projeto de Lei 8.045/10, atualmente em fase de discussões na Câmara dos Deputados. Examina-se especificamente os dispositivos que regulam o papel do juiz na seara probatória, apontando-se as inovações e, sobretudo, continuidades no tratamento do tema.

O capítulo final ampara-se nas concepções previamente apresentadas para realizar uma investigação específica sobre as particularidades que envolvem a atividade instrutória do juiz. Avalia-se os argumentos que sustentam a legitimidade da atribuição deste papel ativo ao magistrado, mesmo diante da contrariedade do mesmo com o arcabouço principiológico traçado pela Constituição de 1988 e da imperiosidade de construção do processo penal dentro de um projeto democrático.

São tecidas considerações sobre a permanência do fundamento da verdade real, bem como sobre o princípio da imparcialidade objetiva, uma vez que este é vulnerado diante da previsão da atividade instrutória do julgador. Por fim, tendo por base tudo que foi anteriormente discutido, perscruta-se a colocação institucional do juiz no seio de um modelo de processo constitucional e democrático, destacando-se a relevante missão atribuída ao magistrado na defesa dos direitos fundamentais.

Mesmo após o advento da Constituição de 1988 e a propagação do discurso de superação do processo inquisitivo, subsistiram – e subsistem – práticas nitidamente antidemocráticas no processo penal brasileiro. Por estarem fortemente arraigadas à cultura jurídica nacional, previsões como a atividade probatória do magistrado, dentre outras, perpetuam a estrutura autoritária que sempre alicerçou a legislação pátria, notadamente na seara penal.

Pretende-se, com esta pesquisa, destrinchar conceitos já vulgarizados e situá-los historicamente, com vistas a causar um estranhamento que permita sua problematização. Referido procedimento é necessário para que termos como inquisitorialidade, acusatorialidade, democracia, direitos fundamentais, verdade, dentre outros, assumam suas significações e sejam realocados dentro do processo penal, para que cumpram o papel que lhes é cabível em um modelo regido pelo princípio da democraticidade.

CAPÍTULO 1 - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1. Definições e distinções: sistema acusatório e sistema inquisitório

Não é incomum, sobretudo em discursos leigos, afirmar-se que a função do processo penal é a realização do direito material. Tal concepção, embora não esteja incorreta, não abrange a complexidade do tema. Isso porque, apesar da relação próxima entre direito e processo penal, este possui características próprias e autônomas, bem como finalidades que vão além da concretização das leis penais⁵.

Com muita propriedade, Helio Tornaghi⁶ leciona que a lei do processo é o resultado de um compromisso entre a Segurança e a Justiça. Enquanto cabe à lei penal o papel de garantir a paz, por meio da tipificação de condutas danosas à sociedade e cominação de penas à prática das mesmas, a lei processual serve à proteção dos acusados da prática de infrações penais.

Para tanto, impõe normas que devem ser seguidas nos processos criminais instaurados, para impedir que os acusados sejam entregues ao arbítrio das autoridades estatais. Conclui o ilustre jurista que “o Código de Processo Penal é o Estatuto protetor dos inocentes, que nele encontram o escudo contra a prepotência dos juízes ou a má-fé dos adversários.”⁷.

Afrânio Silva Jardim registra que o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, sendo resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado. As leis processuais são reflexo das normas constitucionais e “as formalidades do processo são as atualidades das

⁵ HASSEMER, Winfried. *Crítica del derecho penal de hoy*. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p.67

⁶ TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*. Vol. I. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1959.p.09.

⁷ *Ibidem*. p. 10.

garantias constitucionais”⁸. Registra-se, neste sentido, as considerações elaboradas por Hassmer:

Visto deste modo, tanto em uma perspectiva jurídico-política como científica, tem sentido caracterizar o procedimento penal não só como a realização do direito penal material, mas também como *direito constitucional aplicado*, ou como indicador da respectiva cultura jurídica ou política. No direito processual penal e sua realização prática se encontram os sinais que determinam a qualidade da relação de um Estado com seus cidadãos com particular precisão.⁹.

É imperioso levar em conta que o processo penal dispõe de instrumentos de coação e intervenção inexistentes nos demais procedimentos jurídicos. Isso porque, uma vez que serve à proteção de bens jurídicos de maior relevância na convivência humana, está provido dos meios mais intensos de atuação, como, por exemplo, prisão preventiva, interceptação telefônica, sequestro de bens, dentre outros¹⁰.

Por isso, da mesma forma, deve contar com instrumentos efetivos para limitar a intervenção do Estado na esfera de direitos do indivíduo, instrumentos estes que se consubstanciam nas formas procedimentais.

Estas, afirma Hassemer, “não são meras formalidades, em seu núcleo são formas protetoras, no interesse da totalidade dos intervenientes no processo e, sobretudo, do imputado.”¹¹. Estipulam os limites da atuação do Estado, mesmo diante da ocorrência de um crime.

Evidente, então, que o direito processual penal não é composto por um conjunto de normas desconexas que apenas estabelecem procedimentos. Trata-

⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. P.140/141. Interessante observar que a presente obra é anterior à atual Constituição, mas as ideias sustentadas pelo autor se adequam perfeitamente ao modelo de processo penal traçado na carta constitucional de 1988.

⁹ HASSEMER, 1997.p. 67. No original: “Visto de este modo, tanto en una perspectiva jurídico política como científica, tiene sentido caracterizar al procedimiento penal no sólo como la realización del derecho penal material, sino también como derecho constitucional aplicado o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política. Em el derecho procesal penal e su realización practica se encuentran los signos que califican la calidad de la relación de un Estado con sus ciudadanos con particular precisión y colorido.”.

¹⁰ *Ibidem*.p. 66.

¹¹ *Ibidem*, p. 82.

se de um sistema informado por um princípio norteador que reflete, inclusive, a natureza autoritária ou democrática do Estado que o adota.

Ao discorrer sobre os princípios do processo penal, Roxin¹² dispõe que, a partir do momento em que o Estado se apropria da resolução do conflito criminal, retirando-a do particular, o processo, até então a cargo das partes, demanda uma nova estruturação. Para tanto, se apresentam duas possibilidades: o modelo inquisitivo e o modelo acusatório.

No processo inquisitivo, o juiz intervém por si mesmo: detém, interroga, investiga e condena. Não há acusador ou acusado, mas somente o juiz, inquisidor, que investiga e julga; e o inquirido, objeto da investigação¹³.

O jurista alemão aponta que o reconhecimento do princípio da oficialidade no processo penal, que determina que o Estado deve agir de ofício na instauração e condução do processo criminal, levou primeiro a formas de processo inquisitivo. Contudo, sem abrir mão do princípio da oficialidade, aquele pode se estruturar, também, segundo o modelo acusatório, unindo “as vantagens da persecução penal estatal com as do processo acusatório que consistem, precisamente, no fato de juiz e acusador não serem a mesma pessoa”¹⁴.

A relevância da distinção entre sistema acusatório e inquisitório é salientada por Ferrajoli, para quem tal dicotomia representa, em um primeiro momento, dois modelos opostos de organização judiciária e figuras de juiz, mas, também, dois métodos contrapostos de investigação processual¹⁵.

(...) pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o

¹² ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 86.

¹³ *Ibidem*. 86.

¹⁴ *Ibidem*. No original: “La otra posibilidad consiste en conformar el proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad, como proceso acusatorio, portanto, unir las ventajas de la persecución penal estatal con las del proceso acusatorio que consisten, precisamente, en que el juez y acusador no son la misma persona.”. Tradução livre.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 519.

juízo como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório puro e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa¹⁶.

Assim, o sistema acusatório privilegia “procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade”¹⁷, ao passo que o inquisitivo molda procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, que são voltados à perseguição de uma verdade real, absoluta, através da qual seja possível reconstruir, com perfeita correspondência, o fato pretérito submetido a julgamento. Este sistema funda-se no “tudo saber”, orientado ao desvelamento de uma verdade que já existe e precisa ser confirmada¹⁸.

Indubitável, portanto, a intrínseca relação existente entre o sistema processual adotado, o conceito de verdade e o papel atribuído ao magistrado. Com efeito, a atuação do juiz no curso do processo penal é decorrência direta do conceito de verdade cultivado e dos meios legitimados a alcança-la.

Conforme será melhor explicitado ao longo do trabalho, a introdução da busca pela verdade na prática judiciária foi responsável pelo progressivo abandono dos modelos probatórios antigos, fundados em juízos divinos, e sua substituição pelos modelos de prova considerados racionais. Por outro lado, o papel atribuído à verdade é também o traço distintivo entre o modelo de processo inquisitório e o acusatório – ou democrático, conforme se prefere classificar¹⁹. Válido destacar as considerações tecidas pelo jurista italiano Michelle Taruffo:

¹⁶ *Ibidem.* p. 520.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ GARAPOIN, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Éditions Odile Jacob, 1997.p. 164.

¹⁹ Conforme será desenvolvido ao longo deste trabalho, defende-se a construção de um modelo de processo penal democrático, em conformidade com os princípios e garantias traçados na Constituição da República de 1988. Evidentemente, tal modelo não se contrapõe ao acusatório, na forma em que é atualmente definido pela doutrina. Entende-se, todavia, que um modelo democrático de processo vai além das características clássicas

O aspecto mais importante da nova concepção era que a produção das provas tinha claramente como fim a descoberta da verdade sobre os fatos da causa, e que as provas eram consideradas como meios racionais para atingir esse escopo. O surgimento e a difusão dessa concepção racionalista da relação entre provas e fatos foram corretamente definidos como a vitória do racionalismo sobre o misticismo, sendo, com boa razão, considerados uma etapa fundamental na história do direito probatório continental²⁰.

Jacinto de Miranda Coutinho²¹, ao sustentar a inexistência de sistemas processuais puros, os avalia através da identificação de um princípio unificador, determinado de acordo com a finalidade conferida ao processo penal. Trata-se, portanto, de uma opção eminentemente política. Se o objetivo atribuído ao processo penal é a descoberta da verdade material (ou real) e se os procedimentos são moldados para atingir tal meta, o princípio unificador é evidentemente inquisitivo. Por outro lado, quando se dá às partes a função de levar suas versões para que um terceiro imparcial (juiz) decida ao fim do processo, este se edifica sobre o princípio dispositivo, característico do sistema acusatório.

Sendo certo que as versões são levadas ao processo por meio da atividade probatória, conclui o autor que “faz-se uma opção política quando se dá a função de aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório”²². Assim, seria a gestão da prova que identificaria o princípio unificador e, portanto, o sistema processual penal adotado.

Ressalva-se que não se entende viável a existência de um modelo misto, já que a incompatibilidade entre os princípios que norteiam um e outro não permite a coexistência. Assim, mesmo que agregue determinadas

atribuídas aos sistemas acusatórios. Outrossim, desta forma evita-se a confusão entre os modelos de processo da antiguidade, denominados acusatórios, com o atualmente pretendido, que apresenta características diversas.

²⁰TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.43. Ressalva-se que a concepção de verdade sustentada pelo jurista, bem como o papel a ela atribuído no processo penal contemporâneo não são compartilhados por esta autora.

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Revista de Informação Legislativa. v. 16, p.103-115.jul/set de 2009.

²²*Ibidem*. p. 196.

características comuns ao sistema acusatório, se o processo se fundar na busca da verdade real com ampla atuação do magistrado, é inegavelmente inquisitório.

Por outro lado, não se vislumbra a existência de modelos acusatórios puros na atualidade. O tema será abordado no terceiro capítulo, mas adianta-se que o sistema acusatório clássico não se adequa às sociedades contemporâneas, diante da emergência de novos valores e princípios que devem informar o processo penal. Por isso, defende-se a construção de um novo conceito, fundado em um princípio democrático, e que não se contrapõe, mas tampouco se confunde, com o processo acusatório em sua concepção clássica.

Geraldo Prado estabelece que o sistema acusatório consiste em um meio de administração da justiça fundado no equilíbrio entre as forças processuais (acusação e defesa) que tem por base o próprio princípio republicano, segundo o qual todo poder deve ser controlado²³.

Por outro lado, o jurista aponta a existência, no sistema inquisitório, de uma “aglomeração quântica das forças processuais no polo acusador”²⁴. Afirma que não obstante o sistema inquisitório tenha se tornado historicamente visível pela identidade entre acusador e julgador, pode persistir mesmo quando tais funções são atribuídas a órgãos diversos, a depender dos poderes destinados a tais órgãos.

Embora sustente a inadequação do conceito de sistema²⁵, que cede espaço à concepção de “procedimento inquisitório”, Leonardo Marinho não

²³ PRADO, Geraldo. Palestra proferida no Fórum Permanente de Direito e Processo Penal realizado em 10 de abril de 2013 na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, em parceria com a Associação Brasileira de Direito Constitucional. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=90-Z5tv9z28..> Acesso em 05 de julho de 2013.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Hiper-racionalidade inquisitória. In BONATO, Gilson [org]. *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. O autor refuta a concepção de *sistema inquisitório*, optando pela expressão *procedimento inquisitório*. Referindo-se a Marcelo Gallupo, sustenta que o termo sistema “sugere a existência de um modelo rígido de normas jurídicas, ordenadas de forma lógica e racional, que contém uma orientação prévia, ou na melhor linguagem penal, uma política criminal que encaminha soluções pré-formatadas aos problemas concretos, em consonância com a tradição positivista” (p.476). Ressalta, porém, que a moderna hermenêutica rejeita as soluções jurídicas pré-existentes, derivadas de um modelo fechado. Pelo contrário,

diverge dos demais autores ao enunciar as características centrais determinantes da inquisitorialidade. A apuração secreta da verdade constitui o eixo central deste procedimento, substituindo o debate oral, público, contínuo e em contraditório. Abandona-se o caráter discursivo do processo acusatório, substituído por uma institucionalização do discurso que culmina no desfalecimento da argumentação jurídica²⁶.

A autoridade judiciária passa a ter o monopólio da investigação e a prerrogativa de proferir a verdade e promover a justiça. Sua palavra constitui certeza inquestionável, verdade absoluta e intolerante. “A inquisitorialidade”, afirma Marinho, “é autoritária por natureza e desconhece a proposta democrática de poder compartilhado entre as instituições e controlado pelos

recomenda a problematização do caso concreto, antes de “mergulhar na imensidão do Direito para buscar a decisão mais adequada” (p.476). Outro argumento contrário à noção de sistema inquisitório sustenta-se, segundo o jurista, na constatação que na História da civilização ocidental nunca existiu um sistema processual universal que fosse capaz de reunir, de uma só vez todas as características específicas do método inquisitório ou acusatório. Aponta, como terceiro argumento, o risco de se incorrer em reducionismos, na medida em que muitos autores identificam sistema inquisitório com a Inquisição Medieval, embora o modelo tenha raízes anteriores. Justifica, assim, a opção pelo termo *procedimento inquisitório*, tendo por base o conceito de procedimento apresentado pelo jurista italiano Elio Fazzalari, e que se trata de “atividade preparatória de um ato de poder do Estado, regulada por uma estrutura normativa, e que se desenvolve no exercício das funções administrativa, legislativa e jurisdicional” (p.476).

Neste trabalho, todavia, faz-se referência constante à expressão *sistema inquisitório*, uma vez que se entende pela pertinência da mesma para expressar as caracterizações apresentadas. Primeiramente, e conforme apresentado por Geraldo Prado, não se refere a sistema com qualquer pretensão de absoluta harmonia e completude, justificando-se assim a existência eventuais antinomias e lacunas. Prado ressalta a oportunidade da classificação em sistemas, porque “além do fim de descrição e da compreensão da interrelação de seus elementos, a categoria *sistema processual* reveste-se ainda de especial magnitude por possibilitar a delimitação do espaço jurídico-processual destes elementos em razão da função do sistema, vinculada à necessidade vital que procura satisfazer”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 54-56.

O tema também é trabalhado, de forma precisa, por Rui Cunha Martins, que destaca a relevância do critério da sistemicidade, concebido como uma comum subjugação a um princípio. Consoante instrução deste autor, na lógica sistêmica, os rumos a tomar encontram efetivamente suporte na evocação do princípio regente do sistema, com o qual é esperado convergência. Outrossim, o jurista português concebe o processo como um “dispositivo articulado de elementos de várias ordens e cujas modalidades de interação têm tanto de regular como de imprevisível, respondendo basicamente por critérios de conectividade”. Assim, a lógica sistêmica emerge da necessidade de se atribuir sentido à “dispersão constitutiva dos elementos processuais” e se trata de direcionar a conectividade que liga os elementos processuais a determinado fim. Reconhece que essa *vontade sistêmica* pode implicar em alguma perda de espontaneidade, mas é compensada por envolver o processo em uma estabilidade ordenadora. Conclui o Professor português que a vontade sistêmica “traduz-se na eleição de determinado elemento (funcional, doutrinário ou outro) para princípio regente do todo processual, decorrendo do caráter dessa opção e do modelo por ela definido (no caso do penal: inquisitivo, acusatório ou outro) uma redistribuição de lugares e desempenhos no quadro dispositivo”. MARTINS, Rui Cunha. O processo-feito-sistema, uma batalha da democracia brasileira na galáxia do direito. In BONATO, 2011, p.759. Vê-se, então, que a ideia de sistema confere unicidade e sentido ao todo processual, a partir da eleição de um princípio reitor, que deve orientar a elaboração legislativa e servir de parâmetro interpretativo. Destaca-se que um sistema principiologicamente orientado incorpora a criticidade e a interpretação, não se fechando, portanto, em regras estanques previamente concebidas. Compreende-se que sem essa organização sistêmica o processo careceria de sentido, reduzindo-se a normas de caráter procedimental.

²⁶ MARQUES, 2011, p.480-482.

destinatários”²⁷, além de vincular “a segurança pública ao poder centralizado, diminuindo a importância dos direitos fundamentais”²⁸.

A título de esclarecimento, ressalta-se que o modelo acusatório não despreza a função da verdade no processo penal. Pelo contrário, não se pode negar que esta é valor fundamental e legitimador do processo. A divergência entre os sistemas se funda, de fato, na determinação do conceito e das finalidades atribuídas à verdade, o que orienta a elaboração de diferentes procedimentos.

Apresentadas estas premissas iniciais, prossegue-se com o estudo de alguns aspectos históricos relevantes para a compreensão dos modelos processuais apontados.

1.2. Resgate das raízes históricas do sistema inquisitório

Inicialmente, alerta-se que apesar da grande relevância da perspectiva histórica para a realização deste trabalho, não será empreendida uma grande incursão sobre a história dos modelos processuais penais, já que esta, por si só, seria objeto para toda uma pesquisa.

Pretende-se, acima de tudo, demonstrar as raízes de alguns elementos ainda presentes no processo penal contemporâneo, destacando o contexto social, político e jurídico em que se desenvolveram. Referida abordagem se faz necessária porque o direito, enquanto manifestação social e cultural do homem, é inegavelmente um fenômeno histórico.

Todavia, como muito bem alertado por José Henrique Pierangeli, as concepções de desenvolvimento e progresso não se adaptam, de forma simples, ao direito, “cujo movimento não surge retilíneo e nem aflora

²⁷ *Ibidem.* p. 480.

²⁸ *Ibidem.* p.479.

uniformemente variado”²⁹. Conclui o jurista que “na história, a rigor, inexistem um direito antiquado e outro avançado, tal como não há uma cultura adiantada e outra atrasada. Encontramos, sim, direitos diversos e distintas culturas”³⁰.

Por isso, um primeiro ponto que merece análise é o maniqueísmo que reveste muitas discussões sobre o sistema acusatório e o inquisitório. Aquele é considerado um modelo bom, enquanto este, ruim. No curso da história, teriam surgido primeiro os sistemas acusatórios, posteriormente substituídos pelos horrores da Inquisição. O fim da Idade Média teria acarretado também a substituição do sistema inquisitório pelo acusatório, este moldado pelos ideais iluministas e consolidado através da Revolução Francesa.

Mas a História, tal qual o Direito, não cabe dentro desses reducionismos. A divisão estática entre sistema acusatório e inquisitório, um ideal e outro digno de repúdio, ignora que não é incomum, por exemplo, que características de um e outro modelo convivam num mesmo momento histórico, demandando uma atenção especial ao classificar o sistema prevalecente em determinado Estado.

Merecem atenção, portanto, as observações elaboradas por Manzini³¹, ao discorrer que o sistema inquisitorial é cercado de um discurso demagógico, que ignora o papel desempenhado pelo mesmo no desenvolvimento dos modelos de processo penal. É certo que o jurista italiano sustenta ideias de teor nitidamente inquisitórias e contrárias à hipótese formulada neste trabalho, como, por exemplo, a afirmação do princípio da investigação da verdade material. Contudo, não é absurdo se afirmar que o processo penal inquisitório se desenvolveu a partir de uma necessidade social, sobre a base do sistema acusatório.

Sustenta Manzini que aquele modelo oferecia melhores instrumentos para um combate eficaz à delinquência e estava em maior conformidade “com

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal – Evolução histórica e fontes legislativas*. 2ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.p. 8.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951. p.49.

o espírito dos tempos e do regime que sucedeu ao das chamadas liberdades municipais”³².

Atenta-se, assim, para o fato de também o modelo inquisitorial ter prestado contribuições para o desenvolvimento do processo penal, tais como a introdução de meios de prova fundados no conhecimento humano, a publicização da atividade jurisdicional, dentre outras.

Referida conclusão, todavia, só pode ser extraída mediante o estudo das raízes históricas dos sistemas processuais penais, com o fim de superar juízos de valor desprovidos de cientificidade e trazer à tona elementos essenciais para a compreensão do processo penal na contemporaneidade.

Para a pesquisa ora proposta, interessa especialmente o estudo da formação e consolidação do modelo de processo penal inquisitório, visto que na hipótese formulada sustenta-se a permanência de práticas inquisitivas no processo penal brasileiro contemporâneo.

Por tal motivo – e sob inspiração do parâmetro proposto por Michele Taruffo³³ – adota-se como marco o ano de 1215, cujo grande episódio foi a ocorrência, em Roma, do IV Concílio de Latrão.

Como observa Taruffo, 1215 foi um ano simbólico, em que vários eventos marcantes ocorreram no intervalo de poucos meses. No âmbito do processo penal, destaca-se, dentre outros, a proibição, realizada por Inocêncio III, no Concílio de Latrão, de os sacerdotes participarem dos ordálios judiciários, o que, na prática, inviabilizou a realização destes, uma vez que só podiam ser realizados mediante consagração de um sacerdote³⁴.

³² *Ibidem*. Tradução livre. No original: “*Ofrecía éste [proceso inquisitório] mejores médios que el otro para una eficaz represión de la delincuencia y estaba más en conformidad con el espíritu de los tiempos y del régimen que sucedió al de las llamadas libertades municipales*”. Ressalta-se, todavia, que esta autora não concorda com todas as ideias apresentadas pelo autor sobre os sistemas processuais penais, conforme será abordado em momento posterior deste trabalho.

³³ TARUFFO, 2012. p.17. O autor inicia esta obra apontando eventos ocorridos no ano de 1215 que teriam sido muito relevantes para a história dos sistemas probatórios, tanto do *civil law* como do *common law*. Assim, o desenvolvimento do tema proposto na obra, em especial a abordagem histórica, seria realizado a partir desta data. Ressalta o jurista, contudo, a necessidade de retroceder um pouco o estudo, para a compreensão dos fatos ocorridos em 1215 e os que os sucederam.

³⁴ *Ibidem*. p. 18.

Evidentemente, os acontecimentos do ano referido decorreram de uma marcha que já vinha se desenrolando desde momentos anteriores. Por isso, faz-se necessário retroceder um pouco no tempo, para uma correta compreensão do desenvolvimento das atividades probatórias e da conformação dos sistemas processuais penais.

1.2.1. Um pouco do período anterior a 1215

Foucault³⁵ elabora uma interessante abordagem sobre o desenvolvimento das atividades probatórias a partir da concepção de “inquérito”. Aponta, inicialmente, que a primeira forma de resolução de conflitos na civilização grega remonta a Homero e tratava-se de “uma disputa regulamentada, um desafio entre dois guerreiros”³⁶.

Contudo, continua o autor, a democracia grega experimentou uma importante conquista, consistente no direito de “opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade”³⁷, através da elaboração de formas racionais de prova e de demonstração. Houve, assim, a manifestação de um novo tipo de conhecimento, construído a partir das lembranças, dos testemunhos e que culminou na aparição do inquérito. Este consistia em “uma determinada forma de descoberta judiciária, jurídica, da verdade”³⁸.

A história do inquérito, todavia, se perdeu por longo período, tendo sido retomada, com as devidas especificidades, séculos depois, já na Idade Média. Este longo hiato foi preenchido, em especial, pelo Direito Germânico, que prevaleceu na Europa Ocidental em virtude das incursões dos povos

³⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2012.

³⁶ *Ibidem*. p. 53.

³⁷ *Ibidem*. p.54

³⁸ *Ibidem*. p. 55.

bárbaros³⁹. O Direito Germânico, à semelhança do Direito Grego Arcaico, desconhecia o sistema do inquérito, sendo os litígios resolvidos por meio do jogo da prova.

Com as grandes migrações dos povos bárbaros, o direito germânico se difundiu pelo continente europeu. Não obstante tenham existido tensões entre este direito e o romano, as práticas germânicas acabaram por prevalecer. Propagou-se, portanto, a utilização dos ordálios na solução dos conflitos entre os indivíduos⁴⁰.

Tratava-se de um modelo fundado, essencialmente, na superação de uma prova como meio de resolver de forma definitiva uma controvérsia, sem perquirir sobre a verdade das premissas inicialmente apresentadas. O indivíduo era submetido a uma espécie de jogo, até mesmo de luta contra seu próprio corpo, para se averiguar se venceria ou fracassaria⁴¹. As técnicas eram variadas: prova d'água⁴²; prova do ferro incandescente⁴³; juramento prestado por uma das partes; juramento prestado por um grupo de pessoas; dentre outras.

O resultado do processo não derivava, assim, de uma decisão fundada em provas orientadas à obtenção da verdade sobre o fato pretérito ocorrido, mas sim de intervenção divina, que se manifestaria no resultado da provação imposta ao acusado.

Todos esses meios de prova eram vulgarmente chamados de <<juízos divinos>>, visto que se fundavam na premissa de que Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou a culpabilidade do sujeito que a ela submetera. Consequentemente,

³⁹ Ressalta-se que o termo “bárbaro” não apresenta qualquer conotação negativa, apenas era utilizado pelos romanos para definir todos os povos que habitavam fora das fronteiras do império e que não falavam sua língua oficial, o latim.

⁴⁰ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ªed. Rio de Janeiro: Revam, 2002.p.48.

⁴¹ FOUCAULT, 2012. p. 60.

⁴² A prova d'água “consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo, visto que a água não a teria rejeitado.” *Ibidem*.

⁴³ FOUCAULT, *op.cit.* “O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo”.p.60.

depois da conversão das tribos germânicas à religião católica, um sacerdote deveria assistir ao ordálio e consagrar os instrumentos que deveriam ser utilizados para realiza-lo. Eram previstos procedimentos específicos e muito detalhados para a celebração dos ordálios: a observância pontual desses procedimentos assegurava sua validade e, portanto, a justiça e a aceitação do resultado que delas derivava⁴⁴.

Havia, ainda, os duelos judiciais, que consistiam, segundo Nilo Batista, em um litígio entre homens livres, que se converte em um confronto de prestígio e honra sujeito a determinadas regras e com consequências jurídicas⁴⁵. Após a conversão dos povos germânicos ao cristianismo, também os duelos apresentavam características ordálicas, uma vez que se acreditava que a intervenção divina decidiria o resultado da prova.

Deve-se destacar, e em coerência com o cuidado que se tem adotado no sentido de evitar reducionismos e reprodução de dogmas acriticamente disseminados, que o sistema de provas desenvolvido no direito germânico era coerente com a cultura e o contexto social vivenciado, já que a vida cotidiana das pessoas “era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico repleto de milagres, santos, demônios, bruxas e magos”⁴⁶. Neste cenário, não figurava absurdo acreditar que a divindade poderia interferir de forma tão clara e pontual na vida do ser humano, como, por exemplo, quando de sua submissão às ordálias por causa da prática de alguma infração.

De forma sintética, Foucault arrola as principais características da prova no modelo analisado: a) consiste em um jogo de estrutura binária, em que o indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, perde o processo de antemão. Se aceita, pode vencer ou fracassar. b) a prova termina por uma vitória ou um fracasso. Não existe sentença. Há sempre alguém que ganha (o mais forte) e alguém que perde (o mais fraco); c) a prova é, de certa forma, automática. A autoridade só intervém como testemunha da regularidade do procedimento. É o equilíbrio das forças, o jogo, a sorte, a

⁴⁴ TARUFFO, 2012. p. 20.

⁴⁵ BATISTA, 2002. p.50.

⁴⁶ TARUFFO, *op cit.* p. 20.

resistência física, agilidade intelectual, que definirão o resultado da prova; d) a prova não se destina a definir quem apresentou a verdade, mas sim quem é o mais forte e, por conseguinte, tem a razão⁴⁷.

Convém anotar uma ressalva feita por Taruffo, sobre a utilização dos ordálios como meios de prova. O autor leciona que antes da determinação dos ordálios, geralmente eram apresentados outros meios de prova à corte, como inquirição de testemunhas, apresentação de documentos ou juramentos sobre fatos que fossem relevantes para a solução da controvérsia. Somente se tais meios não fossem suficientes para dirimir a questão recorria-se aos ordálios. Estes seriam, então, “instrumentos para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza, e não uma técnica destinada à descoberta da verdade”⁴⁸.

Apesar do alerta deste autor, o que se percebe é que a técnica era largamente utilizada na época e, como salientado, em nada se identificava com os meios de prova destinados a esclarecer a verdade dos fatos.

Os juízos divinos, contudo, foram progressivamente abandonados, cedendo espaço à formação de uma nova estrutura judiciária, fundada sob princípios de natureza inquisitorial.

1.2.2. “*Horrendum ad tremendum Espectaculum*”⁴⁹

Na medida em que os ordálios eram abandonados como técnicas de solução de controvérsias, novos meios de prova emergiam e traziam consigo o gérmen de uma substancial transformação das práticas judiciárias. Já não se objetivava apenas uma solução rápida do litígio entre as partes. Através das

⁴⁷FOUCAULT, 2012. p.63.

⁴⁸TARUFFO, 2012. p. 22.

⁴⁹Caracterização atribuída pelo inquisidor Francisco Peña aos autos-de-fé realizados pelo Tribunal do Santo Ofício. Ver NAZARIO, Luiz. *Autos-de-fé como espetáculos de massa*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005. p. 101.

provas, agora consideradas racionais⁵⁰, buscava-se alcançar a verdade dos fatos geradores do conflito.

Foucault destaca alguns elementos que foram fundamentais para a construção do modelo de processo inquisitorial. Inicialmente, aponta-se a instituição de um poder judiciário, inexistente no direito germânico, na medida em que o conflito era resolvido entre os indivíduos, contando com um terceiro apenas para atestar a regularidade no procedimento. No novo modelo, contudo o conflito é apropriado por um poder que lhes é exterior e que se impõe sobre eles como poder judiciário e político⁵¹.

Depara-se, assim, com o desenvolvimento do princípio da oficialidade⁵², segundo o qual o Estado assume o direito e o dever de engendrar a persecução penal. Passa a atuar de ofício em todos os casos penais, independentemente do interesse ou vontade do ofendido. Surge uma nova figura: o Procurador. Este é o representante do soberano, cujo poder é lesado pelo fato de ter havido um crime.

A noção de crime adquire, então, novos contornos: se antes este era decorrência de um dano causado a outrem, passou a consistir em uma violação ao soberano, emergindo, assim, o conceito de infração. Esta “não é um dano cometido de um indivíduo contra o outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano”⁵³. O infrator é relegado ao status de inimigo do soberano.

Quando o delito passou de lesão contra a vítima a crime contra o soberano (de lesão passou a ser ofensa contra o senhor), perdeu importância a lesão, e o delito foi sendo subjetivado, tido como inimizade com o soberano. Como a pena não procurava a reparação, mas a neutralização do inimigo, a lesão era um mero sintoma da inimizade. A exceção no direito germânico (a comunidade agindo

⁵⁰As provas consideradas racionais já não derivavam de intervenção divina, sendo desenvolvidas para que o homem, por meio de sua própria razão, buscasse a verdade que seria necessária para o julgamento da causa.

⁵¹FOUCAULT, 2012. p. 65.

⁵²ROXIN, 2003. p.85. O autor constrói uma precisa definição do princípio da ofensividade, relacionando-o com o surgimento do modelo inquisitorial, em que o Estado assumia todos os papéis dentro da persecução penal. Atenta, todavia, que o princípio em questão representa um avanço no desenvolvimento do processo penal, já que evita que denúncias deixem de ser ofertadas por medo de vingança, dentre outros inconvenientes.

⁵³FOUCAULT, *Ibidem*.p. 66.

contra o infrator) se converteu em regra: todo infrator tornou-se um traidor, um inimigo do soberano. A Igreja (depositária da tradição jurídica-romana-imperial, adquirida com sua romanização) praticava a investigação para provocar a confissão, que era o modo de reverter o estado de pecado, entendido como um dado subjetivo que a infração não fazia mais que realçar.⁵⁴

Por outro lado, evidencia-se um “confisco da vítima”⁵⁵ pelo Estado, que passa, então, a assumir o papel de sujeito passivo da lesão. Neste contexto, na medida em que a vítima era afastada do processo, eram proibidos os combates judiciários, e se estabelecia, com progressivo crescimento, o procedimento por inquisição⁵⁶.

Verifica-se, então, que o poder político apropriou-se das práticas judiciárias, dando forma a um novo modelo. A reelaboração vivenciada pelo Direito neste período, todavia, não concerne tanto ao conteúdo do mesmo. Depara-se, sobretudo, com novas “formas e condições de possibilidade do saber”⁵⁷, consubstanciadas, para Foucault, na concepção de inquérito. Este seria, acima de tudo, uma forma política, um modelo de gestão e de exercício do poder por meio da instituição judiciária, uma maneira de “autenticar a verdade”⁵⁸.

O modelo de inquérito já era largamente utilizado pela Igreja durante a Idade Média. Os bispos serviam-se da *inquisitio*, a princípio, nas pesquisas contra os clérigos, nos casos em que se pediam segredo de instrução. O

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAJIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro *Manual de Derecho Penal – Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 168. No original: “Cuando el delito pasode ser lesión contra la víctima a crimen contra el soberano (de lesión a un ser humano pasó a ser ofensa ao señor), perdió importância la lesión y se fue subjetivizando como enemistad con el soberano. Como la pena no procuraba la reparación sino la neutralización del enemigo, la lesión era un mero sintoma de enemistad. Lo excepcional en el derecho germânico (la comunidad accionando contra el traidor) se convirtió em regla: todo infractor devino un traidor, un enemigo del soberano. La Iglesia (depositaria de la tradición jurídica romana imperial, adquirida con su romanización) practicaba la indagación para provocar la confesión, que era el modo de revertir el estado de pecado, entendido como dato subjetivo que la infracción no hacía más que poner manifesto.”.

⁵⁵ *Ibidem*.p.167.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ FOUCAULT, 2012. p.62.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 78.

processo se estendeu, com o tempo, aos crimes de heresia e outros, até ser adotado como regra na jurisdição eclesiástica⁵⁹.

Geraldo Prado alerta que na primeira parte da Idade Média, em decorrência da formação de feudos comandados autoritariamente e de forma autônoma frente aos reinos, reduziu-se sobremaneira o papel da justiça, conforme conhecida na antiguidade, de modo que, posteriormente, a jurisdição eclesiástica veio a sobressair, amparada em um poder centralizado e eficientemente distribuído nos diversos territórios, ao contrário do poder real⁶⁰.

Introduziu-se nas práticas judiciárias a noção de infração, erro, culpa⁶¹ e, especialmente, a confusão entre delito e pecado, entre justiça penal e eclesiástica, o que preparou o terreno para o posterior surgimento da Inquisição.

Como já afirmado, o ano de 1215 teve significativa relevância na história do processo penal. Destaca-se, por certo, a realização do IV Concílio de Latrão, convocado pelo papa Inocêncio III. Algumas das determinações deste concílio repercutiram significativamente na estrutura jurídico-penal da época.

Estabeleceu-se que os sacerdotes estavam proibidos de participar dos ordálios judiciários o que, na prática, inviabilizava a prática, já que os instrumentos utilizados deveriam ser consagrados por um sacerdote⁶². Embora, na verdade, a utilização dos ordálios já fosse bastante reduzida, tal restrição selou a decadência desta técnica judiciária.

Destaca-se, também, a imposição da confissão anual, que teve influência significativa na realização dos interrogatórios e a determinação do uso de distintivos pelos judeus em suas vestes, dando um passo definitivo

⁵⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. P.50.

⁶⁰ PRADO, 2006, p.80.

⁶¹ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 74.

⁶² TARUFFO, 2012. p. 18.

rumo ao estabelecimento da Inquisição⁶³. Segundo Cordero, tal Concílio anunciou a “Revolução Inquisitorial”⁶⁴, fortalecida com a promulgação, em 1252, da bula *Ad Extirpanda*, através da qual Inocêncio IV autorizou o uso da tortura pelos tribunais seculares⁶⁵.

A soma de interesses que foi consubstanciada nas orientações do IV Concílio de Latrão, resultou em um sistema em que o aparato investigador era ilimitado e as sanções atingiam tanto o corpo quanto a alma dos indivíduos. Religião, moral e direito estavam intimamente ligados, sendo notável a interferência de dogmas e argumentos religiosos na estruturação jurídico-política do Estado. A Inquisição tornou-se o braço do poder real destinado a preservar o poder dos soberanos e conferir efetividade a suas determinações⁶⁶.

À Igreja Católica interessava se consolidar enquanto religião oficial, impedindo o desenvolvimento de outras formas de manifestação religiosa na Europa Ocidental. Dessa forma voltou-se à perseguição do herege, que consistia em todos que se opusessem, ou aparentassem se opor às verdades da Igreja. Eram os inimigos da verdade e da reta doutrina. Como precisamente definido por Leonardo Boff, “o herege é aquele que se recusa a repetir o discurso da consciência coletiva. Ele cria novos discursos a partir de novas visões da realidade religiosa”⁶⁷, oferecendo, portanto, risco à hegemonia da verdade católica, conforme alertado por Nicolás Eymereich, no *Manual dos Inquisidores (ou Directorium Inquisitorium)*:

Por causa da heresia, a verdade católica se enfraquece e se apaga nos corações, os corpos e os bens materiais se acabam, surgem tumultos e insurreições, há perturbação da paz e da ordem pública, de maneira que todo povo, toda nação que deixa eclodir, toda a nação que deixa eclodir em seu interior a heresia, que a alimenta, que não a elimina logo, corrompe-se, caminha para a subversão e pode até desaparecer; a história dos antigos prova isso, e o presente também, mostrando-nos o exemplo das prósperas regiões e remos

⁶³ BATISTA, 2002. p. 246.

⁶⁴ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 16.

⁶⁵ BATISTA, *Ibidem*. p. 246.

⁶⁶ PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 11.

⁶⁷ BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. Prefácio à obra de EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores (Directorium Inquisitorium)* [online]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/hereges.html>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

em franco desenvolvimento atingidos por grandes calamidades por causa da heresia⁶⁸.

Assim, o conceito de heresia era genérico e abrangia todos aqueles considerados nocivos à hegemonia da religião católica, incluindo “aleatoriamente quaisquer condutas que fossem consideradas contrárias, novas ou simplesmente diferentes do *stablishment*”⁶⁹, em especial os seguintes grupos: a) quem disser coisas que se oponham às verdades essenciais da fé; b) quem pratica ações que justifiquem uma forte suspeita (circuncidar-se, passar para o islamismo...); c) quem for citado pelo inquisidor para comparecer, e não comparecer, recebendo a excomunhão por um ano inteiro; d) quem não cumprir a pena canônica, se foi condenado pelo inquisidor; e) quem recair em uma determinada heresia da qual abjurou ou em qualquer outra, desde que tenha abjurado; dentre outros⁷⁰.

Por outro lado, o modelo estruturado pela Igreja Católica se revelou interessante também para o Estado, na medida em que, pelo amedrontamento coletivo que gerava, despontava como importante instrumento de controle social e preservação da hegemonia política. O que era, a princípio, uma jurisdição exclusivamente eclesiástica⁷¹, alargou-se de modo a influenciar, inclusive, a justiça secular.

Os métodos de dominação eram engenhosos e marcados pelo controle do corpo e da alma do indivíduo, incutindo-lhe o temor tanto da sanção terrena quanto da sanção divina. Ao substituir os duelos pelo procedimento inquisitivo, a luta entre as partes foi substituída pela luta entre o bem e o mal. O bem, evidentemente, era representado pelo soberano, o mal, por todos aqueles que contra ele atentasse. Interessante, neste sentido, a análise

⁶⁸ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores (Directorium Inquisitorum)*, 1376. Parte 1, A, 1. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/hereges.html>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

⁶⁹ PINTO, 2012. p.08.

⁷⁰ EYMERICH, 1376. O autor acrescenta aos casos citados outros de ordem geral: quem sacrificar os ídolos, adorar ou venerar demônios, venerar o trovão, se relacionar com hereges, judeus, sarracenos, etc; quem evitar o contato com fiéis, for menos à missa do que o normal, não receber a eucaristia nem se confessar nos períodos estabelecidos pela Igreja; quem, podendo fazê-lo, não faz jejum nem observa a abstinência nos dias e períodos determinados, etc.

⁷¹ BATISTA. *Ibidem*. p. 230.

empreendida por Zaffaroni, quando afirma que, através do procedimento inquisitorial, “não apenas se confiscou a vítima, mas se sequestrou Deus, porque a partir deste momento Ele não poderia estar senão do lado do bem (que era o do soberano)”⁷².

Mas não só o herege foi duramente perseguido durante a Inquisição. Outro alvo eram as mulheres acusadas de bruxaria, que seriam detentoras de poderes mágicos em razão de um pacto estabelecido com o diabo. Tal a preocupação com estas, que culminou na elaboração do *Malleus Maleficarum*, ou Martelo das Feiticeiras, escrito pelos inquisidores Henrich Kraemer e James Springer, em 1487.

Consoante defendido por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, o *Malleus Maleficarum* foi a obra fundacional do discurso de legitimação do poder punitivo moderno⁷³. Segundo os autores, o Martelo das Feiticeiras recolheu a experiência punitiva vivenciada desde séculos anteriores e a elaborou de forma sistemática e com alto nível de racionalização teórica, constituindo, pela primeira vez, uma exposição coerente e integrada de direito penal, processo penal, criminologia e criminalística⁷⁴.

Não obstante, o conteúdo desta obra não garantia, às acusadas de bruxaria, tratamento menos degradante do que o conferido aos que eram considerados hereges. Um e outro eram figuras nocivas que deveriam ser combatidas e, na busca do bem, o poder punitivo poderia agir livremente, fazendo uso dos meios necessários para arrancar a verdade do suspeito. Se este não respondesse, poderia ser usada a tortura, sob pretexto de beneficiar o próprio acusado, uma vez que “tratava de lhe salvar a alma, ainda que destruísse o corpo, que era menos importante frente à eternidade”⁷⁵.

⁷²ZAFFARONI; ALAJIA; SLOKAR; 2007. p. 191. No original: “No sólo se confiscó la víctima, sino secuestró a Dios, porque a partir de ese momento no podía estar sino del lado del bien (que, por supuesto, era del señor).”.

⁷³ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 510.

⁷⁴Idem. p. 509.

⁷⁵ZAFFARONI; ALAJIA; SLOKAR. *Ibidem*. No original: “trataba de salvarle el alma, aunque le destruyesse le cuerpo, que era lo menos importante frente a la eternidade.”.

Identificados os hereges, promoviam-se massacres espetaculares. A realização dos autos-de-fé, rituais públicos de punição dos culpados, incutia o medo e disseminava o risco abstrato de uma condenação pela Inquisição. Como bem elucida Nazario, “as chamas da fogueira eram uma amostra grátis do inferno”⁷⁶, confirmando as vantagens de se comportar conforme as normas estabelecidas. Dessa forma, através da difusão generalizada do medo, impunha-se uma forma única de visão de mundo, de estruturação dos poderes oficiais e de estratificação social, amparadas em argumentos de ordem religiosa⁷⁷.

Ressalta-se que a pena capital não era executada pela Igreja. Esta realizava toda a investigação relativa à heresia e aplicava penas eclesiásticas, como excomunhão e penitências. Se o Tribunal Eclesiástico considerasse tais punições insuficientes, o condenado era remetido ao braço secular, para a execução da pena de morte, uma vez que não era deferido à Igreja promover derramamento de sangue⁷⁸.

Com métodos infalíveis de investigação da alma (espionagem, delação, censura, acusações secretas, prisões preventivas, interrogatórios capciosos e sessões de tortura), a Inquisição Ibérica afirmou-se como uma instância privilegiada de inspiração divina para apanhar suspeitos, arrancar confissões, julgar e condenar judaizantes. Detendo o que hoje chamaríamos de “conhecimento científico” do Mal e que, naquela época, se entendia ser seu “conhecimento teológico”, os inquisidores propunham identificar os agentes do diabo. Com seu saber especializado, eles arrebatavam da massa o poder de matar, encarregando o “braço secular” de eliminar os irrecuperáveis, prestando contas de sua justiça em espetáculos periódicos em que todos podiam presenciar o julgamento e a execução dos relapsos, constatando como a qualificação dos “culpados” estava sendo feita com sabedoria e justiça⁷⁹.

O sistema contava com a adesão não somente de teólogos e religiosos, mas, também de nomes de referência no meio universitário e científico,

⁷⁶ NAZARIO, 2005. p. 49.

⁷⁷ PINTO, 2012. p. 08.

⁷⁸ EYMERICH, 1376.

⁷⁹ NAZARIO, 2005. p. 33.

recrutando inquisidores inclusive entre doutores acadêmicos⁸⁰. Os tormentos, por sua vez, não se reduziam a uma mera punição corporal. Consistiam, pelo contrário, em uma “produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune”⁸¹.

Outrossim, uma vez que o réu era considerado culpado *a priori*, pretendia-se, por meio da tortura, extrair a verdade e a culpa do sujeito. Eis então a grande relevância do interrogatório, no qual o acusado era coagido a confessar. Isso porque, conforme disposto no Manual dos Inquisidores, “o crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu”⁸².

Os suplícios obedeciam a um procedimento rigorosamente definido, para que o sujeito sofresse o suficiente para confessar sua culpa, mas sobrevivesse para ser posteriormente punido pelo crime praticado⁸³. A tortura era, então, executada diante da presença de um médico, que estabelecia a dosagem adequada, conferindo, assim, roupagem científica à sua realização.

A tortura judiciária, no século XVIII, funciona nessa estranha economia em que o ritual que produz a verdade caminha a par como o ritual que impõe a punição. O corpo interrogado no suplício constitui o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade. E do mesmo modo que a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado pela tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução.⁸⁴

⁸⁰ PINTO, *Ibidem*. p. 15.

⁸¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões*. 36ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 36.

⁸² BOFF, *op.cit.*

⁸³ O Manual do Inquisidor explicita as hipóteses e meios como eram desenvolvidos a tortura. Segundo Eymerich: “O réu indiciado que não confessar durante o interrogatório, ou que não confessar, apesar da evidência dos fatos e de depoimentos idôneos; a pessoa sobre a qual não pesarem indícios suficientemente claros para que se possa exigir a abjuração, mas que vacila nas respostas, deve ir para a tortura. Igualmente, a pessoa contra quem houver indícios suficientes para se exigir abjuração.”. Por sua vez, a tortura era considerada suficiente quando “parecer aos juízes e especialistas que o réu passou, sem confessar, por torturas de uma gravidade comparável à gravidade dos indícios. Entenderão, portanto, que expiou suficientemente os indícios através da tortura (*ut ergo intelligatur quando per torturam indicia sint purgata*). EYMERICH, 1376.

⁸⁴ FOUCAULT, 2009, p.14.

Os procedimentos inquisitórios, inclusive a prática da tortura, eram justificados pela necessidade de se alcançar a verdade sobre os fatos para salvar a alma do herege. Todavia, objetivavam, efetivamente, a punição do acusado e a difusão do medo. A perquirição da verdade, afirma Zaffaroni, tinha por escopo dominar o indivíduo, construindo um “saber funcional”, que viabilizava o exercício do poder sobre o ente inquirido⁸⁵.

Convém ressaltar, como já apresentado anteriormente, que a introdução do elemento “verdade” nos procedimentos judiciais foi fundamental para o progressivo abandono das técnicas de resolução de conflitos derivadas do direito germânico (ordálios, duelos, juramentos) e sua substituição pelo modelo inquisitório. Sem olvidar da importância da verdade para o desenvolvimento do processo penal (tema que, inclusive, será retomado adiante), é imperioso destacar que, no contexto da Inquisição, a busca pela verdade serviu de argumento para legitimar um modelo autoritário e violento.

Fundada em uma concepção correspondista, a perseguição da verdade – hoje adjetivada como real ou material – consubstanciava o desejo de reproduzir o fato objeto da acusação sem artifícios, presunções ou ficções, para que fosse possibilitado ao juiz o conhecimento da realidade tal como ela é, despida de formalismos⁸⁶.

A verdade almejada e perseguida pelo processo inquisitório, sendo concebida como absoluta ou substancial, e conseqüentemente única, não pode ser de parte, e não admite, portanto, a legitimidade de pontos de vista contrastante cujo conflito deva ser arbitrado por um juiz terceiro. Disso deriva que o sistema inquisitório não só não exige, mas exclui o controle desde baixo, em especial o controle do imputado. Segredo, escritura e sobretudo ausência de contraditório e de defesa são os corolários da sua epistemologia eminentemente substancial, que remete a obtenção da verdade unicamente à capacidade de investigação do juiz postulante. À concepção monista da verdade corresponde o caráter monista e monológico da atividade processual, cujo único protagonista é o juiz, que é ao mesmo o acusador e exige demais a colaboração do acusado. Entende-se que sobre essa base não há sentido em falar de ônus da prova a cargo da acusação, mas, no máximo, de necessidade da

⁸⁵ ZAFFARONI; ALAJIA; SLOKAR, 2007.p. 193.

⁸⁶ BARROS, Marco Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal* – 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.38.

prova: exigida, pretendida – ou totalmente extorquida – do próprio acusado.⁸⁷

Como já apontado, as provas eram avaliadas segundo um critério valorativo pré-definido (sistema de provas tarifadas), no qual a confissão apresentava valor máximo. Através dela chegava-se ao *notorium*, estado máximo de certeza judicial (*certitudo infallibilis*). Logo abaixo do *notorium* encontrava-se a prova plena (*probatio vera, plena, perfecta*), que já não fornecia a *perfecta scientia*, mas tão somente uma *plena fides*. É o caso das provas testemunhais, documentais e algumas provas presuntivas. Em um nível inferior situavam-se as provas semiplenas (*probatio semiplena*), que abrangia a testemunha única (inicialmente, a testemunha única não possuía qualquer valor probatório - *testius unius, testius nullius* – tendo alçado a categoria de “meia prova”), documentos particulares e determinadas situações presuntivas. Por fim, no mais baixo nível hierárquico, encontravam-se os indícios, que cumpriam dupla função: confirmar uma prova já existente e autorizar o uso da tortura⁸⁸.

Outro aspecto fundamental que caracterizou o modelo inquisitório ora analisado é a atuação dos sujeitos processuais. Neste sistema – e destaca-se a relevância desta característica para a análise desenvolvida neste trabalho – o juiz possuía atuação ampla, reunindo as tarefas de acusar, instruir e julgar. Como afirma Cordero, “de expectador impassível que era, o juiz se converte em protagonista do sistema”⁸⁹.

Em sentido contrário, a defesa era de todo limitada. O defensor era considerado um obstáculo à celeridade do processo e à proclamação da sentença, sendo sua nomeação, portanto, contraproducente. Desprezava-se o debate contraditório, já que os argumentos defensivos, afinal, poderiam

⁸⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.562. Ressalta-se que, apesar da crítica desenvolvida por Luigi Ferrajoli à verdade perseguida no modelo inquisitorial, o autor sustenta que a obtenção da verdade no processo dá-se pela teoria da correspondência, ou seja, pela reconstrução, tão fiel quanto possível, dos fatos pretéritos. Referida teoria é o cerne do conceito de verdade real e é contrária ao entendimento sustentado neste trabalho.

⁸⁸BATISTA, 2002, p. 237.

⁸⁹CORDERO, 2000, p. 19.

confundir o julgador na elucidação da verdade dos fatos⁹⁰. Assim, e, sobretudo, se o acusado confessasse, era considerado supérfluo lhe atribuir um defensor⁹¹.

No mais, o procedimento era predominantemente escrito, marcado pela ausência de garantias e assentado sobre os pilares da instrução, confissão e segredo.⁹²

Outra característica marcante do sistema inquisitorial era a reificação do acusado – ou, como prefere Nilo Batista, a desqualificação jurídica do réu⁹³ – que consistia na exclusão do investigado da ordem jurídica, tornando-o um sujeito indigno de proteção e misericórdia. Assim, sendo o réu mero objeto da investigação, era desprovido de direitos e poderia ser submetido a toda espécie de tratamento.

Estima-se que a Inquisição espanhola processou aproximadamente 330 mil pessoas, penitenciou cerca de 284 mil e queimou vivas 34.658 até ser abolida, em 1808, pelo então rei da Espanha (José, irmão de Napoleão Bonaparte). Contudo, foi restaurada em 1823, quando Fernando VII retornou ao trono e restabeleceu a monarquia absolutista, tendo sido definitivamente abolida apenas em 1834. Esta foi precursora, ainda, da Inquisição portuguesa, que teria sentenciado mais de 40 mil pessoas e permanecido até 1821, quando extinta por um decreto da Cortes Constituintes; e da Inquisição Romana, instaurada em 1542 e extinta somente em 1965⁹⁴.

Importa destacar que o modelo de processo inquisitório não se confunde com a atuação da Inquisição. Tem-se, por um lado, a formação de uma nova estrutura jurídica que, indubitavelmente, mudou os rumos do processo penal. De outro, a utilização política e ideológica desta estrutura para perseguição de fins alheios ao Direito.

⁹⁰Conforme aludido por Cordero, os inquisidores consideravam que “*los argumentos defensivos pertuban y embrollan*”. *Ibidem*. p, 24.

⁹¹ NAZARIO, 2005, p. 264.

⁹² GARAPOIN, Antoine. *O juiz e a democracia – O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 69.

⁹³ BATISTA, 2002, p.168.

⁹⁴ NAZARIO, 2005, p. 183.

Com efeito, a Inquisição é um perfeito exemplo da intrínseca relação entre o poder político e o sistema penal que lhe serve de base, mostrando como uma cultura punitivista é frequentemente utilizada para sustentar um modelo político autoritário⁹⁵.

Todavia, embora o período marcado pela presença da Inquisição seja uma grande mácula na história do processo penal, e mesmo que a estrutura do processo então desenvolvido não seja adequada às sociedades contemporâneas, deve-se reconhecer que, ao tempo de seu desenvolvimento, o modelo inquisitório representou uma importante evolução das práticas judiciárias, especialmente diante da substituição um modelo de prova fundado em elementos místicos por uma nova construção considerada racional. A introdução do elemento “verdade” (apesar de sua utilização com fins espúrios) foi determinante para o desenvolvimento do processo penal, especialmente das atividades probatórias. Não é sem razão que, até na presente época, a discussão sobre a verdade no processo gera tantas divergências entre os estudiosos do tema.

Diante disso, reafirma-se o que foi apontado no início deste capítulo, sobre a necessidade de superação do maniqueísmo que envolve as discussões acerca dos sistemas processuais. Com efeito, uma pesquisa mais apurada evidencia que a questão não é tão simples quanto pode, em primeiro momento, parecer.

Com a ressalva de que não se defende, absolutamente, o sistema inquisitório (como o tema deste trabalho pode bem demonstrar), entende-se necessário reconhecer que este contribuiu para a formação do processo penal contemporâneo. Não pelas óbvias práticas apontadas como inquisitivas e criticadas, inclusive na pesquisa ora desenvolvida, mas por elementos que incorporam estruturas essenciais do processo penal hodierno como, por exemplo, o desenvolvimento do conceito de infração, o controle, pelo Estado, da persecução penal e da administração da justiça, a investigação criminal realizada por meio do inquérito, dentre outros.

⁹⁵ BATISTA, 2002, p. 238.

Conforme apresentado de forma sucinta em tópico anterior, entende-se que o conceito e a finalidade atribuída à verdade no processo, o que inexoravelmente reflete no desenvolvimento da atividade probatória e na gestão desta, são determinantes na conformação dos sistemas processuais. Tal formulação é, em um primeiro momento – e de forma provisória, evidentemente – atestada pelo raciocínio exposto neste capítulo, na medida em que se evidencia que a introdução do elemento “verdade” foi fundamental para o progressivo abandono dos modelos de prova baseados em jogos e juízos divinos e sua substituição pelas provas consideradas racionais, então direcionadas ao descobrimento da verdade. Em um segundo momento, depara-se com a necessidade de reformulação do conceito até então prevalecente, ante um novo modelo de Estado e de processo penal. Este, todavia, é um desafio com o qual se depara atualmente, e será estudado em capítulo posterior.

Feitas essas observações, retoma-se o tema para se examinar o período de declínio da Inquisição, ante o desenvolvimento do iluminismo e de um movimento em prol da humanização do sistema penal.

1.3. Movimentos contrários à Inquisição e a luta em prol das garantias processuais penais

A partir do século XVI, com a eclosão da Reforma Protestante e, sobretudo, com o desenvolvimento do Iluminismo, no século XVIII, a Inquisição e seus métodos passaram a ser alvo de críticas e, gradativamente, cederam espaço para um novo pensamento jurídico, que provocou significativas mudanças na estrutura do processo penal.

Iniciou-se um movimento generalizado de repúdio às denúncias secretas e às torturas, com fortes críticas à atuação da Igreja e do Estado. Clamava-se por liberdade individual, igualdade política e a independência do

Poder Judiciário, promovendo-se a renovação dos ritos e costumes dos Tribunais⁹⁶.

Os pensadores iluministas propunham uma alteração substancial no papel do indivíduo no processo penal. Enquanto no modelo inquisitorial prevalecente na Idade Média, o acusado era não mais que o objeto da investigação e do processo, o que legitimava toda sorte de medidas para obter dele a verdade, passa-se a posicionar o homem como o centro das atividades judiciárias, reconhecendo-o como pessoa e sujeito de direitos.

É neste sentido a clássica obra de Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas* na qual este afirma não só a crueldade, mas, também, a inutilidade dos tormentos como meio de se obter a verdade sobre os fatos.⁹⁷ Conclui o filósofo que para a prevenção dos crimes, deve-se impulsionar a evolução da “liberdade acompanhada das luzes”⁹⁸ e difundir os benefícios da ciência.

Cordero destaca que a partir de meados de 1760, as ideias iluministas e a discussão acerca das questões que envolviam o regime começaram a se disseminar, especialmente nas Academias e círculos intelectuais. Teve início, assim, um importante movimento de reformulação das estruturas jurídicas, com reflexos importantes na garantia dos direitos e liberdades individuais. Traz como exemplo o discurso elaborado por Moreau, historiógrafo da corte e bibliotecário do Reino e dedicado ao novo rei.

Em “Deveres do Príncipe reduzidos a um só princípio, o discurso sobre a Justiça” (Paris, 1775), Moreau lastima uma deficiência estrutural do sistema penal, que, estruturado para que nenhum culpado escapasse, “devorou demasiados inocentes”⁹⁹. Ressalta que este “efeito perverso não é imputável a mãos pouco expertas”¹⁰⁰, mas, inclusive, os tribunais mais sábios e justos

⁹⁶ PINTO, 2012, p. 23.

⁹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007. Segundo o autor: “Existirá, efetivamente, interrogatório mais sugestivo do que a dor? O criminoso robusto, que pode evitar uma pena longa rigorosa, pois sofre com coragem as torturas de um momento, guarda obstinado silêncio e se vê absolvido. Contudo, a tortura arranca do homem fraco uma confissão, por meio da qual ele se liberta da dor atual, que o afeta mais duramente do que todos os sofrimentos futuros.”. p. 35.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁹⁹ CORDERO, 2000, p.39.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

cometeriam erros mortais, mesmo quando respeitadas as regras do procedimento. Conclui, então, que “se assim erram decisões tecnicamente impecáveis, o problema está nas regras.”¹⁰¹.

A Revolução de 1789 e as medidas então implantadas modificaram substancialmente as estruturas jurídicas. Com o claro propósito de afastar do poder as classes até então dominantes (nobreza e clero), os constituintes de 1790 determinaram a destruição do antigo aparato judicial e a consequente extinção dos privilégios nele existentes¹⁰². Ademais, foram erigidos, formalmente, direitos individuais fundamentais, que incluía garantias de ordem processual.

O Code d’Instruction Criminelle, mais conhecido como Código de Napoleão, de 1º de Janeiro de 1811, inovou com a instituição do sistema processual misto, composto de uma fase inquisitiva, na qual se empreendiam as investigações, e uma fase acusatória. Buscava-se um modelo intermediário, que não se reduzisse ao sistema inquisitivo, alvo de críticas, mas que também não se estruturasse sobre a lógica privatista dos modelos acusatórios até então existentes¹⁰³.

Para tanto, foram adotadas medidas para publicizar a atividade jurisdicional, desprendendo-a dos interesses privados, mas também para limitar os excessos cometidos pelo Estado em sede inquisitiva, como promover o afastamento do juiz da *persecutio criminis*, conferindo ao magistrado uma posição de imparcialidade. Outra importante providência foi a reestruturação do Ministério Público “que passou a ser o encarregado de promover a acusação nos processos penais e de fiscalizar as atividades jurisdicionais.”¹⁰⁴.

O movimento revolucionário foi engendrado pela burguesia, classe que ascendia economicamente, mas que permanecia marginalizada nas esferas

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*. p. 43.

¹⁰³ PINTO, 2012.p. 24

¹⁰⁴ PINTO, 2012, p. 24.

política e social, que permanecia sob domínio da nobreza e do clero¹⁰⁵. Mas não teria se realizado sem o apoio da população mais carente, motivada pelo discurso libertário e garantista difundido pelos iluministas¹⁰⁶.

Todavia, o cenário pós-revolução se distanciou do imaginário popular. Vivenciou-se um período de extrema pobreza e marginalização dos trabalhadores, apoiadores do movimento revolucionário. Assim, os direitos formalmente garantidos a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) não eram passíveis de concretização para grande parcela da população, que continuou oprimida, agora pela burguesia, classe que havia ascendido ao poder¹⁰⁷.

Por outro lado, apesar dos inegáveis progressos na defesa das liberdades, não questionaram determinados princípios basilares do modelo inquisitório, como, por exemplo, a busca da verdade real como objetivo maior do processo penal e papel do magistrado.

Dessa forma – e como será abordado no decorrer do presente trabalho – perpetuam-se estruturas inquisitivas, que sobreviveram à Revolução Francesa e mantêm-se vivas até os dias atuais, inviabilizando o desenvolvimento de um modelo de processo compatível com os direitos e garantias assegurados nos Tratados Internacionais e na Constituição da República de 1988.

¹⁰⁵ *Ibidem.* p. 23.

¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 24.

¹⁰⁷ *Ibidem.*

CAPÍTULO 2: O PAPEL ATRIBUÍDO AO JUIZ NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

2.1. Considerações preliminares

Após o desenvolvimento de uma abordagem geral acerca dos sistemas processuais, passa-se, agora, à análise do papel atribuído ao juiz pela legislação processual penal brasileira e sua compatibilidade – ou não – com o modelo processual delineado na Constituição da República de 1988.

Como já indicado no primeiro capítulo, o direito é um processo histórico e está em contínua transformação. A legislação presente é reflexo das leis pretéritas, que se alteram gradualmente, em uma marcha mais lenta do que a das mudanças culturais na sociedade.

Geraldo Prado observa que a ruptura paradigmática é algo raro no campo jurídico, diante das relações de poder que permitem a manipulação do saber jurídico, tais como o comando dos pontos de vista, das intervenções científicas, dos lugares, temas e objetos das publicações¹⁰⁸. O controle do saber jurídico, por sua vez, possibilita a reprodução de um discurso conservador, que, na área penal, é voltado ao recrudescimento das práticas punitivas, contribuindo, portanto, para a perpetuação das estruturas jurídicas autoritárias.

Neste ínterim, já que o presente logo vira passado, o direito de hoje é resultado das estruturas pretéritas e parâmetro para as construções jurídicas vindouras, em um decurso, evidentemente, não linear e evolutivo.

¹⁰⁸ PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – A transformação de um conceito. In PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.30/31.

À vista disso, se realiza uma análise das legislações anteriores sobre o tema, já não mais vigentes, bem como da regulação atual e do lineamento concretizado no projeto de reforma do código de processo penal. Assim, pode-se ter uma visão geral do papel do juiz na legislação processual penal brasileira e das eventuais mudanças sofridas, o que permite, conforme será discutido no capítulo seguinte, examinar a compatibilidade da função atribuída ao juiz pela legislação e o modelo de processo penal democrático.

2.2. As Ordenações Filipinas

De acordo com a disciplina de Marco Antônio de Barros¹⁰⁹, no período compreendido entre 1500 e 1830, o Brasil utilizou-se preponderantemente das normas processuais vigentes em Portugal, quais sejam, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e, especialmente, Filipinas. Estas prevaleceram por largo espaço de tempo, sendo aplicadas até o surgimento do Código Criminal do Império do Brasil, em 1830. Aponta o autor, que a organização judiciária no Brasil passou por três momentos distintos: colonial, Reino Unido e Império¹¹⁰.

Com a colonização do Brasil e sua divisão em capitanias hereditárias, passou a vigorar um sistema de justiça senhorial, que cedeu ante a influência das Ordenações Filipinas, utilizadas no Brasil-colônia e, também, no Império, até ser progressivamente substituída por outras legislações propriamente brasileiras.

O texto consistia das Ordenações Filipinas consistia, na verdade, em uma compilação das Ordenações Manuelinas, a Coletânea de Duarte Nunes

¹⁰⁹ BARROS, 2010. p. 78.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Leão¹¹¹, e as leis extravagantes que a sucederam. Decorreu de uma necessidade premente de sistematização da legislação vigente à época, que se encontrava difusa em função da grande quantidade de leis esparsas surgidas posteriormente às Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Filipinas eram divididas em cinco livros, dentre os quais interessa, para este trabalho, especificamente o Livro I, que trata da estruturação do Estado e da organização judiciária e o Livro V, que regula a matéria penal e processual penal.

A Justiça era exercida por meio de diversos órgãos. O maior tribunal era a Casa da Suplicação¹¹², prevista no Título I do primeiro livro, sucedido pelo Desembargo do Paço (Livro I, Título III)¹¹³. Ante o grande número de órgãos que compunham a estrutura da Justiça, destacamos alguns que apresentam maior relevância diante do tema desta pesquisa: Corregedores da Corte dos feitos-crime (Livro I, Título VII)¹¹⁴; Ouvidores do crime da Casa da Suplicação (Livro I, Título XI)¹¹⁵; Corregedores das comarcas (Livro I, Título LVIII)¹¹⁶; Promotor da Justiça da Casa da Suplicação (Livro I, Título XV);

¹¹¹ De acordo com José Henrique Pierangeli, (2004, p.58), a dispersão da legislação portuguesa, pelo grande número de leis extravagantes surgidas após as Ordenações Manuelinas, fez com que D. Henrique, no exercício da regência determinasse a Duarte Nunes Leão que elaborasse uma coletânea oficial das leis em vigor. Não obstante este tenha se desincumbido da tarefa, já havia, anos antes, publicado um Repertório, contendo as leis extravagantes ao lado das Ordenações Manuelinas. O Rei determinou, então, a revisão deste trabalho e, ante sua fidedignidade, o aprovou e determinou que fosse observado.

¹¹² “Como a Casa da Suplicação seja o maior Tribunal da Justiça dos Nossos Reinos, e em que as causas de maior importância della ter as qualidades, que para o cargo de tanta confiança e autoridade se requerem”. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philippino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal* Livro I, Título I, p.1. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomático, 1870. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p44.htm>>. Acesso em: 1º de setembro de 2013. Acesso em: 01 de setembro de 2013.

¹¹³ “Aos nossos Desembargadores do Paço pertence despachar as petições de graça, que for pedida em causa, que à Justiça possa tocar, assi como cartas de privilégios e liberdades às pessoas, a que per nossas Ordenações forem outorgadas, que não sejam, nem toquem a direitos, rendas e tributos nossos”. Idem.

¹¹⁴ “Aos Corregedores da Corte do Crime pertence o conhecimento per nova aução, de todos os malefícios cometidos no lugar onde Nós estivermos, e de redor 5 léguas; com tal declaração, que se hum Cortezão commetter algum malefício no lugar, onde a nossa Corte estiver, contra outro Cortezão, ou contra algum morador do mesmo lugar e a cinco léguas de redor, ou contra algum de fora do dito lugar, e este Cortezão for acusado por tal crime perante o Corregedor, onde quer que a Corte então stê, que ele não possa declinar seu juízo, e pedir que remetam aos Juizes do lugar, onde o delicto for cometido.”. ¹¹⁴ ALMEIDA, *Ibidem*. Livro I, Título VII, p. 25.

¹¹⁵ “Aos Ouvidores do Crime da Casa da Supplicação pertence o conhecimento de todas as apelações de feitos crimes dos lugares do districto da dita Casa, que não pertencerem a outro Juízo, não cabendo na alçada dos Julgadores, de que saírem, como dissemos no título 6: Dos Desembargadores dos Aggravos, no paragrapho 12: Item os ditos Desembargadores.”. ALMEIDA, 1870. Livro I, Título XI, p. 37.

¹¹⁶ “O Corregedor da Comarca, tanto que for em sua correição, mandará aos Tabeliães do lugar para onde houver de ir, que lhe enviem as culpas, querelas e estados, que tiverem de quaesquer pessoas, que sejam obrigadas à

Juízes Ordinários e de Fora (Livro I, Título LXV); sendo que estes dois últimos merecem uma especial atenção.

O Promotor da Justiça apresenta verdadeira função de órgão acusador, cuja atuação se voltava contra todos aqueles que seriam julgados perante a Casa da Supplicação. Destaca-se que apenas nestas e nas Correições o Promotor se fazia presente, sendo vedados nas cidades e vilas. Pela relevância para o presente trabalho, válido transcrever alguns trechos do Título XV das Ordenações:

Ao Desembargador da Casa da Supplicação, que servir de Promotor da Justiça, pertence requerer todas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu Officio pertence formar libellos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa da Supplicação per acordo da Revelação. E levará de cada libelo cem réis; e onde houver querela perfeita, ou quando o seguro confessar o malefício na Carta de seguro, em cada hum dos ditos casos o faça per mandado dos Corregedores das Cortes de feitos crimes ou de qualquer outro Desembargador, que do feito conhecer. O qual libelo fará no caso da querela o mais breve que poder, conforme a ella. Porém nos casos, onde não houver querela, nem confissão da parte, porá sua tenção na devassa, parecendo-lhe, que per ella se não deve proceder, para com ele dito Promotor se ver em Relação, se deve ser accusado, preso ou absoluto. E assí fará nos ditos feitos quaesquer outros artigos e diligencias que forem necessarias por bem da Justiça.

(...)

Item, será obrigado ver todas as inquirições devassas, que vierem à Corte aos Scrivães do Crime do dia, que as receberem, a oito dias, sob pena de privação de seus Officios. E tanto que o dito Promotor vir qualquer das ditas inquirições, tirará o rol de todas as pessoas que per ellas achar culpadas; o qual rol mostrará a hum dos Corregedores da Corte, e lhe requererá, que os mande prender, e que proceda contra eles¹¹⁷.

Extrai-se do dispositivo legal a absoluta vinculação do Promotor da Justiça com os Juízes. Conforme explicitado logo no início, o Promotor é

Justiça. (...) E tanto que for no lugar, mandará aos Juízes e Tabeliães que lhe mostrem as inquirições devassas, que hi houver, e deve-as ver logo. E se alguns dos conteidos nella forem livres pelos Juízes do lugar, saberá com os desembargaram. E se achar que o livramento foi per conluio, ou falsa prova, fal-o-ha emendar, em maneira que se faça logo direito, e não pereça a Justiça.” *Ibidem*.

¹¹⁷ ALMEIRA, 1870, Livro I, Título XV, p.43.

escolhido dentre os Desembargadores da Casa de Suplicação, não consistindo, portanto, em órgão distinto. Apesar de sua inegável função acusadora, não é correto falar em atuação análoga aos integrantes do atual Ministério Público, que não possuem qualquer vinculação com o Poder Judiciário. Apesar da distinta nomenclatura, percebe-se que havia, na verdade, a designação de um magistrado para o cargo de Promotor, sendo, então, o próprio juiz responsável pela função acusadora e por dar início ao procedimento criminal.

Outra figura que merece destaque é a dos Juízes Ordinários e de Fora, regulada no Título LXV, ainda no primeiro livro das Ordenações.

O Juiz Ordinário era o magistrado eleito anualmente, pelos povos e câmaras, tendo domicílio no mesmo lugar de sua atuação. Era um juiz independente da realeza, uma vez que a legislação que executava estava fora do alcance da mesma, por se tratar essencialmente do Direito Costumeiro¹¹⁸. Já os Juízes de Fora eram magistrados impostos pelo Rei a qualquer lugar, sob o pretexto de que administrariam melhor a justiça aos povos do que os Juízes Ordinários, já que estes estariam mais sujeitos a afeições e ódios. Estes juízes eram letrados e, especialmente, instruídos no Direito Romano. Eram nomeados por triênios, e presidiam, ordinariamente, as câmaras das vilas e cidades onde atuavam¹¹⁹.

Importa, aqui, destacar o papel que era conferido a tais magistrados na persecução penal. Neste ponto, o Livro LXV deixa clara a participação ativa do juiz em todo o processo, inclusive na investigação, com o propósito de se alcançar a verdade, destacando-se, para tanto, a realização das devassas e tormentos.

As devassas consistiam, genericamente, em inquirições de testemunhas realizadas pela autoridade judiciária e voltada à apuração de um delito. Subdividiam-se em devassa geral e especial.¹²⁰ A primeira era cabível (ou era tirada, conforme nomenclatura aposta nas Ordenações) anualmente, diante de

¹¹⁸ *Ibidem*, Título I, Livro LXV, p. 134. Nota de rodapé nº 02.

¹¹⁹ *Ibidem*. Ensina Pierangeli que os juízes de fora eram os verdadeiros chefes da justiça e sua administração. No Brasil, os primeiros juízes de fora tiveram sua nomeação em 1696, designados para a Bahia, Rio de Janeiro e Pernambuco. PIERANGELI, 2004. p. 72.

¹²⁰ *Ibidem*. p. 62.

delitos incertos. Já a devassa especial, supondo a existência de um delito, apenas se ocupava com as indagações sobre o agressor¹²¹.

É interessante observar que o texto das Ordenações Filipinas recomenda a não utilização das devassas gerais, “por evitarem os inconvenientes que contra serviço de Deus e ‘nosso’ se seguiriam”¹²². Estabelece, contudo, que para que “os malefícios sejam sabidos e punidos”¹²³, sejam tiradas devassas particulares sobre determinados crimes considerados graves.

Com efeito, desde as Ordenações Manuelinas, já se havia, ordinariamente, proibido as devassas gerais, mantendo-as apenas em casos de Correição, para apurar a conduta dos juízes durante seus mandatos. Uma vez que as Ordenações Filipinas eram elaboradas a partir das manuelinas, seguiu a mesma linha de proibição, mantendo, também, a ressalva no que tange aos casos de correição. Neste sentido, era comum que quando um juiz de fora fosse substituído por um novo, fizesse devassa geral de seu antecessor, questionando os populares sobre a atuação do mesmo. Assim, as devassas gerais voltavam-se ao controle dos que exerciam poder em nome do rei, enquanto as especiais tinham por escopo viabilizar a punição dos supostos infratores¹²⁴. De qualquer forma, tanto em um como em outro caso, eram realizadas por juízes.

Outro procedimento previsto nas Ordenações são os tormentos. Estes estão dispostos no Título CXXXIII do Livro V, que trata especificamente de matéria penal.

Pierangeli esclarece que os tormentos tratavam-se de perguntas feitas pelo juiz ao réu de crimes graves, com o fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio da tortura¹²⁵. Consistiam, segundo as Ordenações, em meio extraordinário ao qual se recorria na falta de confissão do réu, já que esta, rainha das provas, era necessária para o alcance da verdade.

¹²¹ ALMEIDA, *op.cit.* Título I, Livro LXV. p. 139. Nota de rodapé nº 03.

¹²² *Ibidem.*

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ MARTINS, Lucas Morais. *Uma genealogia das devassas na história do Brasil*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3245.pdf>. Acesso em 02 de setembro de 2013.

¹²⁵ PIERANGELI, 2004. p. 65.

Relembra-se que a verdade, no processo inquisitorial, é fundada em uma concepção correspondista, no qual a função do juiz consiste em “reconstruir os fatos tal como aproximadamente se deram na realidade”¹²⁶. Dessa forma, por meio da confissão seria possível alcançar a verdade real, extraindo-a da alma do sujeito. Diante deste objetivo, considerado maior no modelo inquisitivo, validavam-se todos os métodos necessários à sua efetivação, inclusive a tortura.

Resta evidenciado que o procedimento estabelecido pelas Ordenações Filipinas se amolda perfeitamente ao apresentado no primeiro capítulo deste trabalho, ao se abordar os métodos da Inquisição. O juiz não só determinava a realização dos tormentos, mas acompanhava a execução dos mesmos e avaliava a necessidade de repetição nos casos em que o réu negava-se a confessar.

Curiosamente, a confissão obtida no momento da tortura não era válida como prova. Deveria ser ratificada em juízo, alguns dias depois, em lugar diverso de onde ocorreram os tormentos, com o fim de evitar que os acusados confessassem inverdades apenas para findar a dor ou evitar nova submissão às práticas aflitivas.

E em cada um destes casos pode, e deve ser repetido o tormento ao acusado, e ser-lhe-ha feita a repetição, assi e como ao Julgador parecer justo; o qual será avisado, que nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juízo, a qual ser fará fora da caza onde lhe foi dado o tormento.

E ainda se deve fazer a ratificação depois do tormento por uns dias de maneira que já o acusado não tenha dor do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito que com dor e medo do tormento que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, ainda que verdadeira não seja.

¹²⁶CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabo, 2003. p. 39. Tradução livre. No original: “La primera misión del juez consiste, pues, en reconstruir los hechos tal como aproximadamente se dieron en la realidad”. Observa-se que o autor faz referência a uma verdade aproximada, atenuando, assim, o teor absoluto conferido a esta no processo medieval. Todavia, embora critique os métodos de obtenção da verdade no modelo inquisitório, Muñoz Conde revela-se filiado à corrente correspondista, ao sustentar que a verdade no processo penal consiste na reconstrução dos fatos supostamente criminosos, muito embora reconheça que tal correspondência total é inatingível. Por isso, afirma que “*esta labor de reconstrucción sólo puede ser aproximada, a que es imposible reproducir el hecho acaecido en todos sus detalles*”. p.39.

E quando se derem tormentos a alguns culpados, o Julgador que os mandar dar, não consentirá, que pessoa alguma seja presente, mais que elle e o Scrivão, e o Ministro [algoz]; os quaes tormentos se darão da maneira que convem para se saber a verdade, que he o fim, para que mandão dar.¹²⁷.

Vislumbra-se, então, que a primeira legislação penal e processual penal a vigorar no Brasil enquadrava-se perfeitamente no modelo inquisitorial que, à época, marcava presença na Europa (inclusive, é claro, por se tratar de uma lei portuguesa). O juiz tinha participação ativa, até mesmo na investigação dos delitos, concentrando, assim, amplos poderes. Era autorizada a utilização de métodos atrozes para a obtenção da prova, notadamente as devassas e os tormentos, que se justificavam diante do objetivo maior de alcançar a verdade. Diante deste quadro, é evidente que o indivíduo era formal e materialmente desprovido de direitos, especialmente os pobres, escravos libertos, pequenos artesãos, dentre outros carentes de poder político, econômico e status social.

A vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, nos fins de 1807 (tendo chegado a Salvador em janeiro de 1808), provocou mudanças no sistema de justiça brasileiro. Segundo Pierangeli, quando, em 16 de dezembro de 1815, foi solenemente declarada a elevação do Brasil à condição de Reino Unido a Portugal, já estava de fato estabelecida a completa autonomia das justiças¹²⁸.

Com efeito, ao se instalar no Brasil, precisamente no Rio de Janeiro, a Corte necessitava de recursos financeiros, que foram obtidos por meio de negociantes imigrados ou nativos, em troca de títulos, concessões e monopólios e isenções. Com a criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Alagaves, foram implementadas reformas políticas e administrativas que permitiram que alguns grupos, até então alijados do poder político

¹²⁷ALMEIDA, 1870, Livro V, Título CXXXIII, p. 1309/1310. Na sequência do dispositivo citado, afirma-se que os tormentos não seriam aplicados aos “Fidalgos, Cavalheiros, Doutores e Canones, ou em Leis, ou Medicina, feitos em Universidade per exame, Juizes e Vereadores de alguma Cidade”, devendo-lhes ser dada outra pena, escolhida pelo Julgador. Todavia, nos crimes de Lesa Majestade, aleivosia [traição], falsidade, moeda falsa, testemunho falso, feitiçaria, sodomia, alcovitaria e furto, “não gozão de privilégio de Fidalguia, Cavallaria, ou Doutorado, mas serão atormentados e punidos como cada um outro do povo.”

¹²⁸PIERANGELI, 2004. p. 75.

(portugueses nascidos no Brasil ou imigrantes a ele vinculados), ganhassem espaço dentro de tal esfera, ampliando a autonomia brasileira em relação à metrópole lusitânica¹²⁹.

No ano de 1821, quando o Príncipe D. Pedro assumiu como Regente, diante do retorno da Família Real para Portugal, foram introduzidas diversas modificações legislativas, que substituíam, na matéria que lhes era pertinente, o texto das Ordenações. Destaca-se o Decreto de 23 de maio de 1821, que, com base na Constituição do Reino [de Portugal], dava providências para a garantia da liberdade individual¹³⁰; e a Lei de 12 de novembro de 1821, que extinguiu todas as devassas gerais¹³¹.

A declaração da independência, em 1822, foi o passo para a inauguração da história constitucional brasileira. Em 1824, D. Pedro I outorgou a Constituição do Império, elaborada por um Conselho de Estado sob sua orientação direta, após dissolução da Assembleia Constituinte anteriormente convocada¹³². Evidentemente, a Carta Constitucional trouxe inovações ao cenário jurídico, repercutindo, alguns anos depois, na elaboração do Código Criminal e do Código de Processo Criminal do Império.

¹²⁹ OLIVEIRA, Eduardo Romero de. A ideia de Império e a fundação da Monarquia Constitucional no Brasil. *Tempo* [online]. 2005, vol. 9, n.18, pp 43-63. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tem/v9n18/v9n18a03.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2013. p. 52.

¹³⁰ OLIVEIRA, 2005. Válido citar trecho do Decreto de 23 de maio de 1821: “(...) por este Decreto ordeno, que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem escrita do Juiz, ou Magistrado Criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. Ordeno, em segundo lugar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes assim o fato, que em lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se aguardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente. Determino, em terceiro lugar, que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos, se lhes faça imediata, e sucessivamente, o processo, que deve findar dentro de 48 horas, preceptórias improrrogáveis, e contadas do momento da prisão (...)”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

¹³¹ “D João por Graça de Deos e pela Constituição da Monarchia, Rei do Reino Unido de Portugal, Brazil e Algarves, d'aquem e d'alem mar em Africa etc. Faço saber a todos os meus Subditos que as Côrtes Decretaram o seguinte:

As Côrtes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa, attendendo a que as Devassas Geraes são tão oppressivas aos Povos, como contrarias aos sãos principios da Jurisprudencia Criminal, Decretam o seguinte: 1º. Ficam extinctas que as Leis incumbem a certos Julgadores em determinados tempos, sobre delictos incertos. 2º. Na disposição do artigo antecedente se comprehendem as Devassas Geraes, a que se procedia nos Juizes Ecclesiasticos, a respeito dos Seculares e mesmo dos Ecclesiasticos nos Crimes Civis.”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-39191-12-novembro-1821-568946-publicacaooriginal-92236-pl.html>. Acesso em 10 de junho de 2013.

¹³² *Ibidem*. p. 81.

2.3. Constituição do Império de 1824

A Constituição de 1824 nasceu sobre o influxo das ideias iluministas e das transformações ocorridas na Europa em decorrência da Revolução Industrial e da Revolução Francesa. Segundo Paulo Bonavides, a fonte doutrinária da carta constitucional brasileira foi o constitucionalismo francês, calcado nas garantias fundamentais do homem e do cidadão proclamadas em 1789¹³³.

Todavia, as bases sobre as quais se assentaram o constitucionalismo brasileiro conduziram à manutenção da estrutura socioeconômica, fundada em um modelo escravista e senhorial.

O nosso constitucionalismo, ao revés, levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhes os vícios e as taras, e ao mesmo tempo, em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões da África e com o absolutismo europeu, que tinha hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa(...) ¹³⁴.

Assim, apesar dos direitos e garantias consagrados na Constituição do Império, deve-se ter em vista que os mesmos voltaram-se às classes dominantes, mantendo o alijamento das massas populares e a desqualificação dos homens livres pobres e sem ocupação fixa. Para a elite brasileira, o liberalismo significava apenas a desvinculação dos laços coloniais, e não uma “perfeita sintonia com a liberdade pessoal apregoada pelo universalismo liberal-revolucionário”¹³⁵.

Interessante mencionar, por exemplo, que malgrado o liberalismo se assente sobre a teoria da tripartição dos poderes, desenvolvida por Montesquieu com o objetivo de limitar os poderes do Estado, mantendo um

¹³³ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados* [online]. São Paulo. v. 14, n. 40, dez. de 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=5013-401420000003000&Ing=en&nrm=iso. Acesso em 05 de setembro de 2013.

¹³⁴ BONAVIDES, 2000.

¹³⁵ BARROS, 2010. p. 92.

equilíbrio entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a Constituição de 1824 era expressa ao estabelecer, em seu décimo artigo, a existência de um quarto poder, qual seja, o Moderador.

Por meio deste, o Imperador concentrava poderes típicos de governos absolutistas, sendo considerado “a chave de toda organização política” (artigo 98). Não estava sujeito a qualquer tipo de responsabilidade e podia intervir nos demais poderes, como, por exemplo, dissolver a Câmara de Deputados, nomear ou demitir livremente Ministros de Estado, suspender Magistrados, além de outras hipóteses previstas no artigo 101 da Carta Constitucional.

Evidentemente, a Constituição de 1824 teve um significativo papel na construção, ainda não findada, de um modelo jurídico calcado na proteção de direitos e garantias individuais. Apontaram-se tais ressalvas, contudo, para se atentar para a necessidade de uma leitura crítica do texto legal, situando-o no contexto não só jurídico, mas também político, social e econômico em que se inseria.

Apresentadas tais considerações, se procede à análise do texto constitucional e suas relações com o tema desenvolvido neste trabalho.

O título 6º da Constituição trata do Poder Judiciário, apontando suas características essenciais. Constitui poder independente (não obstante, como afirmado, o Imperador possa suspender juízes quando realizadas queixas contra estes), formado por Juízes e Jurados. Aos Jurados, cabia o pronunciamento sobre a matéria de fato, enquanto aos Juízes, de Direito. O cargo era perpétuo, perdível somente por sentença, com anterior oitiva do magistrado objeto de queixa.

As Províncias deviam contar com o tribunal denominado “Relações”, responsável pelo julgamento das causas em segunda e última instância. Na capital do Império, além da Relação, deveria ser criado o Supremo Tribunal de Justiça, composto por Juízes letrados e tirados das Relações por critério de antiguidade. Referido tribunal foi o embrião do Supremo Tribunal Federal e, à época do Império, tinha por competência conhecer ou negar revistas nas

causas; conhecer dos delitos e erros de ofício cometidos pelos Ministros, Juizes das Relações, empregados do Corpo Diplomático e Presidentes das Províncias; e, por fim, conhecer e decidir sobre conflitos de jurisdição e competência das Relações das Províncias.

Além da regulamentação do Poder Judiciário, merece destaque o artigo 179 da Constituição, que estabelece a “inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade (...)”. Destacam-se, neste dispositivo, os incisos seguintes:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórmula por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

(...)

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

Outro dispositivo que merece destaque é o inciso XVIII, do mesmo artigo 179. Neste, determina-se que deveria ser organizado, o quanto antes, um Código Civil e um Criminal, “fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. Foi a partir de tal mandamento que foi sancionado, em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal do Império. Em 29 de novembro de 1832, foi promulgado o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, sob a denominação de Código do Processo Criminal de Primeira Instância¹³⁶.

2.4. Código do Processo Criminal de Primeira Instância

Cumprindo o preceito estabelecido no artigo 179, inciso XVIII, da Constituição de 1824, a Lei de 16 de dezembro de 1830 promulgou o Código Criminal do Império. Posteriormente, em 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código de Processo Penal, denominado Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Interessa-nos, especialmente, o estudo deste.

O Código apresentava natureza nitidamente liberal, evidenciando a influência das ideias iluministas. Todavia, no que tange aos sistemas processuais, adotou o modelo misto, inquisitivo na fase instrutória e acusatório na fase de julgamento, muito embora se perceba a prevalência da inquisitorialidade ao longo de toda a legislação. Convém analisar alguns aspectos da organização judiciária, regulada na primeira parte do Código.

¹³⁶ PIERANGELI, 2004, p. 88.

Inicialmente, destaca-se que o artigo 8º extinguiu os órgãos judiciários previstos nas Ordenações Filipinas, especificamente as Ouvidorias de Comarca, Juízes de Fora e Ordinários e a Jurisdição de qualquer outra autoridade, mantendo, contudo, o Senado, Supremo Tribunal de Justiça e Relações. Mantiveram-se, também, os Juízos Militares, com competência restrita aos crimes puramente militares e os Juízes Eclesiásticos, também na matéria restrita ao seu objeto.

A Justiça passou, então, a ser composta pelos juízes de paz (artigos 12 e 13); juízes municipais (artigos 33 a 35); juízes de direito (artigos 44 a 47); juntas de paz (artigo 213 a 227); e os promotores públicos (artigo 36 a 38).

Os juízes de paz, em número de quatro, eram eleitos e acumulavam, além de função de órgão judiciário, atividades de polícia judiciária e administrativa, como, por exemplo, concessão de passaportes, realização do auto de prisão em flagrante delito, dentre outras.

Os juízes municipais eram nomeados pelos presidentes das províncias reunidos em Conselho, e tinha por atribuições: substituir o Juiz de Direito em seus impedimentos ou faltas (art.35, §1º); executar as sentenças e mandados dos Juízes de Direito ou Tribunais (§ 2º); e exercitar a jurisdição policial (§ 3º).

Os juízes de direito, por sua vez, eram nomeados pelo Imperador e deveriam ser bacharéis em Direito, maiores de vinte e dois anos, bem conceituados e com pelo menos um ano de prática, preferencialmente como juízes municipais e promotores (artigo 44). Nos termos do artigo 46, competia a tais juízes:

1º. Correr os termos de sua jurisdição para presidir aos Conselhos de Jurados na ocasião de suas reuniões.

2º. Presidir ao sorteio dos mesmos Jurados, ou seja para o Júri de acusação, ou para o de sentença.

3°. Instruir os Jurados, dando-lhes explicações sobre os pontos de direito, sobre o processo, e suas obrigações, sem que se manifeste, ou deixe entrever sua opinião sobre a prova.

4°. Regular a polícia das sessões, chamando à ordem os que dela se desviarem, impondo silêncio aos expectadores, fazendo sair para fora os que não se acomodarem, prender os desobedientes, ou que injuriarem os Jurados, e puni-los na forma das Leis.

5°. Regular o debate das partes, dos Advogados, e testemunhas até que o Conselho de Jurados se dê por satisfeito.

6°. Lembrar ao Conselho todos os meios, eu julgar ainda necessários para o descobrimento da verdade.

7°. Aplicar a Lei ao fato, e proceder ulteriormente na forma prescrita neste Código.

8°. Conceder fiança aos réus pronunciados perante o Júri; àqueles a quem os Juízes de Paz a tiverem injustamente denegado; e revogar aquelas que os mesmos Juízes tenham indevidamente concedido.

9°. Inspeccionar os Juízes de Paz e Municipais, instruindo-os nos seus deveres, quando careçam.

O último órgão judiciário previsto no Código de Processo Criminal do Império eram as juntas de paz. Estas eram formadas pela reunião de cinco a dez juízes de paz em sessões públicas, com limite máximo de oito dias de duração (artigos 213 e 215). As juntas eram responsáveis por conhecer os recursos interpostos contra sentenças proferidas pelos juízes de paz, podendo confirma-las ou altera-las (artigo 216), bem como conhecer de todas as decisões proferidas por juízes de paz que obrigavam a assinatura de termo de bem viver, de segurança, ou a apresentação de passaporte (artigo 293).

A figura do promotor público é prevista no artigo 36, que dispõe que “podem ser Promotores os que podem ser Jurados”. Eram nomeados pelo Governo na Corte e pelos presidentes das províncias, por um período de três anos e competia-lhes: denunciar os crimes públicos e policiais; acusar os delinquentes perante os jurados; denunciar os crimes de redução de pessoas livres em escravos, de cárcere privado, homicídio consumado ou tentado, ferimentos, roubo, calúnias e injúrias contra o Imperador, membros da família imperial, Regência ou Regentes, Assembleia Geral e contra cada uma das Câmaras (artigo 37, §1°); solicitar a prisão e punição dos criminosos e

promover a execução das sentenças e mandados judiciais (artigo 37, §2º); e dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões e prevaricações dos empregados na administração da justiça (artigo 37, §3º).

Tem-se claro que o juiz era a figura central no âmbito da organização judiciária, concentrando, inclusive, poderes típicos de órgãos policiais. Conduzia, assim, todo o procedimento criminal, desde a ocorrência do delito até seu julgamento final. Embora haja previsão de julgamento da causa penal por um Conselho de Jurados, é interessante observar que o artigo 44, §6º, abre portas à interferência do magistrado na decisão final. Isso porque, dispõe que o juiz deve “lembrar ao Conselho todos os meios, que julgar ainda necessários para o descobrimento da verdade”. Ou seja, o juiz apresenta aos jurados sua posição subjetiva acerca das provas, orientando, ainda, a decisão final ao descobrimento de uma verdade que considera real. A inquisitorialidade aí presente é manifesta.

O papel que o Código de Processo Criminal atribuiu ao magistrado é bem elucidado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida:

Toda essa atividade do juiz, como vemos, era, de certa forma, discricionária. Se ao promotor público incumbia dar denúncia, se qualquer pessoa do povo podia, outrossim, denunciar, se o ofendido podia apresentar sua queixa, esses atos – denúncia e queixa – representavam com relação ao sumário de culpa meros impulsos ao funcionamento inquisitório do juiz, quando a espontaneidade não se tivesse revelado. A discricção do juiz era tal que de seus despachos a pedido das ‘partes’, nos atos da formação da culpa, não cabia recurso algum¹³⁷.

A inquisitorialidade do sistema se torna ainda mais evidente diante da previsão legal da atuação *ex officio* do magistrado na apuração do crime, conforme se extrai dos artigos 138, 141 e 206 do Código de Processo Criminal.

¹³⁷ ALMEIDA, 1973, p. 132.

O artigo 138 prescreve que “o Juiz procederá a auto de corpo de delito a requerimento da parte ou *ex officio* nos crimes, em que tem lugar a denúncia. Em continuação, o 141 dispõe que nos casos de denúncia, ainda que não haja denunciante (o que demonstra o caráter prescindível deste), o juiz procederá à inquirição de testemunhas e fará autuar o corpo de delito, se houver.

A atuação de ofício é prevista também no artigo 206, que estabelece que mesmo não havendo queixa ou denúncia, “mas constatando o Juiz de Paz que se tem infringido as posturas, lei policial, ou termo de segurança, e de bem viver”, mandará formar auto circunstanciado do fato, já com declaração de testemunhas e determinará a citação do “delinquente” (termo usado na lei) para comparecer à sua primeira audiência.

Constata-se, então, que não obstante tenha sido influenciado pelas ideias iluministas propagadas na Europa, com visível acréscimo de garantias relativamente às Ordenações Filipinas, o Código de Processo Criminal não se desvencilhou da estrutura inquisitória que marcou as legislações que o precederam.

Apesar da extinção das devassas e dos interrogatórios realizados mediante tortura, subsistiu uma efetiva atuação do juiz na busca de provas que levassem à almejada verdade real. Aliás, mesmo com as posteriores reformas sofridas pela legislação processual penal, não foi extinta a figura do juiz inquisidor. Nas palavras de Jacinto Nelson de Coutinho Miranda, “nos labirintos do sistema processual penal brasileiro habita Inocência III; e não são poucos os que gozam o lugar de um Torquemada”¹³⁸.

2.5. Período republicano: promulgação do código de processo penal de 1941.

¹³⁸ COUTINHO, 2009, p. 197.

A Constituição de 1891, ao dispor no artigo 34, §23, que era competência exclusiva do Congresso Nacional “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal” deixou implícito que os Estados-membros seriam competentes para editar normas de matéria processual (exceto da justiça federal), inclusive em matéria penal. Diante disso, vários Estados elaboraram seus próprios códigos, inaugurando um período de amplo pluralismo processual.

Apenas em 1934 teve fim tal pluralismo, uma vez que o artigo 5º, inciso XIX, alínea *a*, da Constituição promulgada em 16 de julho daquele ano, estabelecia ser competência exclusiva da União legislar sobre “direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais”. Ainda, o artigo 11 das disposições transitórias determinou que o governo, tão logo fosse promulgada a Constituição, nomeasse uma comissão de três juristas, composta por dois ministros da Corte Suprema e um advogado para organizar, dentro de três meses, um projeto de código de processo civil e comercial e, da mesma forma, outra comissão com a mesma estrutura para elaborar um projeto de código de processo penal.

A Constituição de 1937, todavia, outorgada no governo de Getúlio Vargas no período conhecido como Estado Novo, impediu a aprovação do projeto que havia sido elaborado. Apenas em 03 de outubro de 1941, por meio do Decreto-Lei 3.689, foi promulgado o Código de Processo Penal, vigente até os dias atuais.

Embora tenha trazido relevantes modificações em relação à legislação anterior, o código não foi imune ao momento político então vivenciado, apresentando fortes traços autoritários, como fica evidente na Exposição de Motivos elaborada pelo Ministro Francisco Campos.

O Ministro, a par do que aqui foi dito, afirma que com a aprovação do Decreto-Lei 3.689 estará “finalmente realizada a homogeneidade do direito

judiciário penal no Brasil”¹³⁹. Discorre, então, sobre a finalidade da legislação processual e alguns elementos trazidos para cumprir a esperada “rigorosa e expedida aplicação da lei penal”¹⁴⁰.

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal no Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia sobre o interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos.¹⁴¹

Para tanto, são utilizados recursos como a redução ao mínimo das nulidades processuais, restrição à regra do *in dubio pro reo*, é ampliada a noção de flagrante delito, assim como as possibilidades de decretação da prisão preventiva, dentre outros. Francisco Campos deixa expressa a influência do código de processo penal italiano, ao afirmar que o Ministro Rocco advertia que as medidas insertas na legislação italiana “certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente”¹⁴². Alerta, então, que o mesmo descontentamento pode surgir com a promulgação da nova legislação processual penal brasileira.

¹³⁹ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. In GOMES, Luiz Flávio [org]. *Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal/Brasil*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 357.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ CAMPOS, 1941, p.357.

¹⁴² *Ibidem*, p.358.

Interessa destacar a referência à atuação do juiz. Nos termos da exposição de motivos, “o projeto atende ao princípio do *ne procedat judex ex officio*” que “reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal”¹⁴³.

Verifica-se, todavia, uma nítida contraposição entre as finalidades que o legislador conferiu ao processo penal e a pretensão de se adotar um modelo acusatório. A interferência do juiz na atividade probatória e outras características marcadamente inquisitoriais permeiam todo o texto do código de processo penal, consoante será demonstrado a seguir.

2.5.1. A atividade instrutória do juiz no Código de Processo Penal de 1941

Os traços autoritários apresentados na exposição de motivos do código de processo penal de 1941 podem ser percebidos no texto legal a partir da regulação da atividade do juiz. Não obstante seja afirmado que deve haver completa separação entre juiz e órgão acusador, tal assertiva não transpôs o plano formal, ficando evidente que o texto do código não se desprende da forte tradição inquisitorial reinante na legislação brasileira desde seus primórdios.

Destaca-se, primeiramente, que o texto ora analisado refere-se ao originalmente promulgado em 1941. As posteriores reformas serão tratadas em momento oportuno.

Fica claro que a ação penal deve ser promovida pelo ministério público, exceto no caso de ação privada, na qual a legitimidade ativa é conferida ao ofendido. Todavia, contrariando a divisão de atribuições apontada na exposição de motivos, o artigo 26 estipulava possibilidade de início da ação penal *ex officio* quando se tratasse de casos de contravenções penais.

¹⁴³ *Ibidem*, p.359.

Passa-se adiante para o capítulo que dispõe especificamente sobre as provas. Um dos artigos que mais ensejaram discussão - e cuja essência é mantida mesmo após a edição da Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, que reformou dispositivos atinentes à prova - é o 156, que apresentava a seguinte redação: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto importante”.

O texto não deixa margem a dúvidas: autoriza a incursão do magistrado na atividade probatória para esclarecer ponto imprescindível à elucidação da verdade. Viola, assim, o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, apontado na própria Exposição de Motivos como uma das inovações do Código de Processo Penal de 1941.

Será desenvolvida, nos capítulos seguintes, uma análise mais aprofundada sobre as interações entre as atividades judicantes e o modelo processual penal adotado no Brasil. O objetivo, por ora, é realizar um levantamento das situações em que a legislação brasileira autoriza uma postura ativa do magistrado na busca ou construção da prova, para subsidiar posterior discussão acerca da inquisitorialidade ou democraticidade do processo penal brasileiro.

Feito tal esclarecimento, dá-se prosseguimento ao estudo do texto legal.

A abertura trazida pelo artigo 156 reflete na regulação dos meios de prova em espécie. Ao dispor sobre as perícias, os artigos 176 e 177 facultam ao juiz a apresentação de quesitos a serem respondidos quando da realização da perícia, entregando ao mesmo a efetiva construção da prova. Para completar, o artigo 181 estabelece que a autoridade judiciária pode mandar complementar ou esclarecer o laudo e, até mesmo, ordenar a realização de novo exame, se julgar conveniente. Tem-se, neste caso, uma situação em que claramente o juiz determina a realização da prova, segundo sua conveniência, para formar seu próprio convencimento, concentrando funções inerentes ao órgão acusador.

Ainda a respeito da prova pericial, o artigo 184 sela o controle do juiz sobre tal meio de prova, ao dispor que, salvo o caso de exame pericial, a autoridade policial ou o juiz negará a perícia requerida pelas partes quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. Neste caso, a limitação à atividade probatória das partes é máxima, uma vez que a perícia só é autorizada quando o magistrado julgar necessária para alcançar a sua verdade, inevitavelmente contaminada por seus juízos pré-concebidos acerca da narrativa trazida ao processo.

A regulação do interrogatório trazida originariamente pelo código de processo penal, posteriormente alterada apenas pela Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, afrontava de forma intensa os preceitos da Constituição da República de 1988. De acordo com o artigo 186, o juiz deveria informar ao réu que, embora não fosse obrigado a responder as perguntas que lhe seriam formuladas, seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Em seguida, o artigo 187 vedava a intervenção, de qualquer modo, do defensor nas perguntas e respostas formuladas.

Ao juiz era facultado também proceder a novo interrogatório, a qualquer tempo, se entendesse necessário (artigo 196).

Complementando a valoração que podia ser atribuída ao interrogatório, o artigo 198 narrava que o silêncio do acusado não importaria em confissão, mas poderia ser utilizado para a formação da convicção do juiz, contrariando, assim, o princípio da presunção de inocência.

O aspecto que possivelmente gera maior controvérsia, talvez por ser uma forma de intervenção mais evidente, é a possibilidade de o juiz ouvir testemunhas diversas das arroladas pelas partes, bem como formular perguntas complementares quando da oitiva de todas as testemunhas, o que era permitido pelos artigos 209 e 211, considerada a redação originária do código de processo penal.

Outras previsões legais destacam a o papel ativo do juiz na instrução processual, como a possibilidade de indeferir perguntas que entender não

possuir relação com o processo ou já respondida (artigo 212); de determinar a acareação entre acusados ou entre acusados e testemunhas (artigo 229); e a possibilidade de decretar prisão preventiva de ofício mesmo antes do início da ação penal (artigo 311).

Tais preceitos gerais refletem-se nos procedimentos especiais previstos no código, como o do tribunal do júri e crimes contra a honra. Cita-se, por exemplo, o artigo 407, segundo o qual “o Presidente do Tribunal do Júri poderá ordenar as diligências necessárias para sanear qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, inclusive inquirição de testemunhas (...)”.

No procedimento específico para os crimes contra a honra, depara-se com uma situação em que o juiz interfere diretamente no início da ação penal, imiscuindo-se de papel alheio ao de julgador.

Com efeito, o artigo 520 estipula que antes de receber a queixa será realizada audiência de conciliação, na qual devem comparecer as partes para avaliarem eventual possibilidade de acordo. Ocorre que, em tal momento, o juiz ouvirá as partes, separadamente e sem a presença dos advogados, sendo que desta oitiva não se lavrará termo. Se entender viável a reconciliação, o magistrado “promoverá o entendimento entre eles [as partes], na sua presença”.

Peca-se, então, tanto por autorizar tão profunda interferência do magistrado sobre o início (ou não) da ação penal, tarefa que cabe ao sujeito ativo do processo, quanto pelo sigilo devotado à audiência do juiz com a parte, o que é incompatível com um processo democrático.

Antes de encerrar a análise do texto originário do código de processo penal de 1941, convém destacar os artigos 556 e 574, que tratam de nulidades e recursos, respectivamente. Do texto do primeiro se extrai que não será declarada a nulidade “de ato que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Neste sentido, resta claro que a nulidade não tinha por escopo proteger o indivíduo contra violações de garantias

processuais e constitucionais, mas sim assegurar a realização dos atos voltados ao alcance da verdade real.

O artigo 574, por sua vez, beira a teratologia. Apesar de estabelecer como regra geral que todo recurso é voluntário, excetua hipóteses nas quais o juiz que proferiu a decisão deve, de ofício, recorrer da mesma. Este reexame faz-se necessário diante da sentença que conceder habeas corpus (inciso I) e da que “absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstâncias que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do artigo 411”.

É interessante observar que o recurso de ofício somente é previsto para decisões favoráveis ao réu. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, já aqui mencionada, o Ministro Francisco Campos, ao abordar especificamente o recurso *ex officio* da concessão de *habeas corpus* em primeira instância, afirma que se trata de “providência de elementar cautela de administração de justiça penal”. Isso porque, continua o Ministro, caso não se impusesse o reexame necessário, as decisões de primeira instância concessivas de habeas corpus se tornariam irrecorríveis, o que seria inaceitável diante da Constituição à época vigente, “visceralmente informada no sentido da incontestável supremacia do interesse social”.

Fica claro que o recurso de ofício privilegia a punição em detrimento das garantias do indivíduo. Não bastasse, rompe com a divisão de funções dentro do processo, na medida em que o julgador assume, também, o papel de parte – acusadora, diga-se de passagem –, o que fulmina o princípio do contraditório e enfraquece sobejamente o da ampla defesa.

Da análise apresentada, fica clara a inspiração autoritária que informou a elaboração do código e a definição do sistema processual adotado. Não obstante a comissão de elaboração do código de processo penal contasse com a presença de grandes nomes, a cultura inquisitorial há séculos introjetada no direito brasileiro, somada ao momento político autoritário então vivenciado, não poderia definir rumos diferentes.

2.6. Movimentos de reforma do Código de Processo Penal

A discussão acerca da reforma do código de processo penal floresceu em tempo razoavelmente curto após sua entrada em vigor. Durante o governo de Jânio Quadros (1961), o eminente processualista penal Hélio Tornaghi foi incumbido da tarefa de elaborar um anteprojeto de código, o qual foi apresentado em 1963¹⁴⁴. O texto, contudo, sequer chegou a ser apresentado ao Poder Legislativo, diante do período de conturbação política que decorreu da renúncia do Presidente Jânio Quadros e posterior deposição de seu sucessor, João Goulart¹⁴⁵.

Em 1970, o Professor José Frederico Marques foi designado para elaborar estudos visando à reforma da legislação processual, tendo apresentado, então, o Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Penal¹⁴⁶. Em sua exposição de motivos, é exarada a intenção de suprimir, definitivamente, os resquícios de inquisitorialismo da legislação processual penal e alcançar, desta forma, a “pureza acusatória do procedimento”¹⁴⁷. Para tanto, foram adotadas, dentre outras, as seguintes orientações:

Tal objetivo [supressão dos resquícios inquisitoriais] pensa tê-lo alcançado o autor do anteprojeto, concordes os demais membros da subcomissão revisora: a) abolindo o “chamado procedimento *ex officio*”, para se observar “linha ortodoxa de respeito ao postulado do *nemo iudex sino atore*”; b) vinculando o juiz, rigorosamente, aos precisos termos da acusação, para atender, “sem restrições”, não só o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, como ainda ao da proibição de julgamento *ultra petita*¹⁴⁸.

¹⁴⁴ ALMEIDA, 1973, p. 170.

¹⁴⁵ PASSOS, Edilenice J. Lima. *Código de Processo Penal: notícia histórica sobre comissões anteriores*. Estudo elaborado a pedido da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do projeto de reforma do código de processo penal (Projeto Sarney). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ ALMEIDA, *op.cit.* p. 230.

¹⁴⁸ ALMEIDA, 1973, p. 230.

Contudo, também o anteprojeto elaborado por José Frederico Marques não foi submetido a votação pelo Poder Legislativo. Enviado para o Senado Federal em fevereiro de 1978, o anteprojeto, já então convertido no PL 633/1975, foi logo retirado pelo Poder Executivo. Justificou-se que as mudanças passadas pela sociedade na década de 70, teriam levado ao surgimento de novos problemas para a administração da justiça, o que culminou na revogação precoce, antes mesmo da entrada em vigor, do Código Penal de 1969. Diante disso, o projeto de reforma da legislação processual teria sido prejudicado, dada sua relação com o código penal revogado. Afirmou-se, outrossim, que a incorporação do rol de emendas aprovadas pela Câmara teria afetado a estrutura sistemática do projeto¹⁴⁹.

Outros dois projetos foram apresentados, sem obtenção de êxito na realização da reforma processual pretendida. O primeiro foi o PL 1655/1983, cuja retirada de pauta de votações do Senado Federal também foi solicitada pelo Poder Executivo. Em 1993, já sob vigência da Constituição da República de 1988, foi apresentado o “Anteprojeto Sálvio de Figueiredo Teixeira”, de 1993, que deu origem a sete projetos de lei, dos quais seis foram também retirados pelo Poder Executivo. Apenas o PL 4.897/95, que alterava normas relativas à citação por edital, foi convertido em lei (Lei 9271, de 17 de abril de 1996)¹⁵⁰.

A Constituição da República de 1988 trouxe uma nova inspiração democrática para o processo penal. O extenso rol de direitos e garantias processuais já deixara evidente, desde promulgação da nova carta constitucional, que o código careceria de urgente revisão.

Por isso, frustrados os projetos apresentados pela comissão presidida por Sálvio de Figueiredo Teixeira, nos fins de 1999, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, convidou o Instituto Brasileiro de Direito

¹⁴⁹ PASSOS, Edilenice J. Lima. *op. cit.*

¹⁵⁰ *Ibidem.*

Processual para apresentar propostas de reforma do código de processo penal para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional¹⁵¹.

A comissão foi constituída em 20 de janeiro de 2000, por meio da Portaria nº 61, do Ministro da Justiça, e foi integrada pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover (presidente); Petrônio Calmon Filho (secretário); Antônio Magalhães Gomes Filho; Antônio Scarance Fernandes; Luiz Flávio Gomes; Miguel Reale Júnior; Nilzardo Carneiro Leão; René Ariel Dotti (substituído por Rui Stocco); Rogério Lauria Tucci; e Sidnei Beneti.

Porém, a comissão decidiu propor uma reforma pontual, pois considerou que a reforma total seria inexecutável operacionalmente. Apresentou, então, ao Congresso Nacional, sete anteprojetos de lei, dos quais: a) o PL 4.203/01 foi transformado na Lei 11.689/08, que trata de dispositivos relacionados ao Tribunal do Júri; b) o PL 4.205/01 foi transformado na Lei 11.690/08, que modifica dispositivos relacionados à prova; c) o PL 4.207/01, parcialmente vetado, foi transformado na Lei nº 11.719/08, que trata de dispositivos concernentes à suspensão condicional do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos; d) o PL 4.210/01 foi transformado na Lei 10.258/01, que trata da prisão especial¹⁵².

Mesmo com a execução da reforma parcial, em 2008, através do requerimento nº 227, do Senado Federal, foi criada nova comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do código de processo penal. A comissão, coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, apresentou a seguinte composição: Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira (relator-geral), Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valais Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

¹⁵¹ CASAGRANDE, Renato [relator]. *Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, sobre o Projeto de Lei nº 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal, e proposições anexadas* [online]. Apresentado em 30 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407&tp=1>>. Acesso em: 27 de novembro de 2013.p. 19.

¹⁵² *Ibidem*, p. 20-21.

O anteprojeto de reforma elaborado por esta comissão foi convertido no Projeto de Lei do Senado nº 156/09, atualmente já aprovado no Senado Federal e em trâmite na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010¹⁵³, e que será objeto de análise no capítulo seguinte.

¹⁵³ Atualmente o PL 8.045/2010 está sujeito à apreciação do plenário da Câmara dos Deputados, tramitando em regime especial. A última movimentação ocorreu em 05 de novembro de 2013, no Plenário, e tratou-se de “*Apresentação do Requerimento n. 8974/2013, pelo Deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), que: “Requer a tramitação conjunta do PL 5.776/2013 e do PL 8.045/2010”*”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> . Acesso em 27 de novembro de 2013.

CAPÍTULO 3 - O PROCESSO PENAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

3.1. Processo penal constitucional

A Constituição de 1988 trouxe em seu bojo garantias que devem constituir a estrutura do processo penal brasileiro. Inaugurou, assim, um novo modelo de processo, apesar da continuidade da legislação infraconstitucional.

Não é novidade, todavia, a correspondência entre processo penal e constituição. Tal como já anotado no primeiro capítulo, os bens protegidos pelas normas processuais penais – as liberdades públicas – confundem-se com os direitos que devem ser prioritariamente resguardados pelo Estado, que o faz por meio da Constituição, documento que reúne os componentes fundamentais em sua estruturação. Roxin chega mesmo a afirmar que “o Direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado!”¹⁵⁴.

A Constituição da República de 1988, ao propor a construção de um Estado Democrático, reservou ao processo penal o papel de garantia dos direitos fundamentais, mas, também, de instrumento político de participação¹⁵⁵.

Assim, conforme asseverado por L.G. Grandinetti, o processo penal é um espaço público destinado a “fazer justiça, a estabelecer a paz social, a igualizar as pessoas, a concretizar as promessas da Constituição, especialmente os direitos fundamentais”¹⁵⁶. Deve, portanto, ser ferramenta de consagração do projeto democrático concebido na Carta Constitucional.

¹⁵⁴ ROXIN, 2000, p. 10. Tradução livre. No original: “*el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!*”.

¹⁵⁵ PRADO, 2006, p. 41.

¹⁵⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e Decisão Jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In PRADO [et al], 2012.,p. 133.

Porém, tais incumbências eram estranhas ao processo inquisitório e, até mesmo, ao acusatório, quando de sua estruturação. Por isso, da nova ordem jurídico-constitucional emergiu a necessidade de elaboração de um novo modelo processual, qual seja, o processo penal democrático.

3.2. Para além da acusatoriedade: a exigência de democratização do processo penal

Embora pareça existir consenso sobre a necessidade de instauração de um sistema acusatório, as definições acerca do mesmo são imprecisas. Aliás, como já foi pontuado e será ora abordado, entende-se que sequer a referência a um sistema acusatório é adequada, seja por remeter a modelos de solução de conflitos da antiguidade, historicamente classificados como acusatórios, seja pela própria deturpação e insuficiência do conceito, causador de grandes imbróglios no cenário jurídico.

De acordo com Ferrajoli, é pacífico o entendimento segundo o qual o processo penal da Antiguidade tem estrutura acusatória, por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da conseqüente natureza arbitral tanto do juiz como do júri¹⁵⁷. Desta natureza privada e voluntária da ação derivaram as características clássicas do sistema acusatório: discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, o processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, atribuição às partes de toda atividade probatória e, até mesmo, da disponibilidade das provas e o papel de árbitro e ou espectador reservado ao juiz¹⁵⁸.

É certo que destas características, algumas persistem ou, pelo menos, são desejadas no processo penal contemporâneo, como, por exemplo, o ônus da prova reservado à acusação e a busca pela posição de igualdade das partes no âmbito do processo. Contudo, ao se avaliar o conjunto, percebe-se que o

¹⁵⁷ FERRAJOLI, 2010, p. 520.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, 2010, p. 520.

sistema acusatório clássico não se identifica substancialmente com o atual modelo de processo penal que, na atualidade, é denominado acusatório.

Atenta-se, neste ponto, à advertência feita por Rafael Baitz, ao discorrer sobre as pesquisas históricas no Direito. Sustenta que a grande armadilha para todo aquele que se aventura em investigações históricas é acreditar que “as mesmas palavras designam objetos imutáveis em seu percurso histórico, como se houvesse uma essência nas coisas e nas palavras que as designa”¹⁵⁹.

Pelo contrário. Os objetos de investigação histórica, especialmente os institutos jurídicos, sempre estão sujeitos a mudanças internas de significação, haja vista que o Direito é um fenômeno sociocultural. É preciso, então “desconfiar da permanência e essência dos objetos”¹⁶⁰. Afinal, como conclui Baitz, “os homens não têm o hábito, a cada vez que mudam de costumes, de mudar o vocabulário”¹⁶¹.

A observação de Baitz não poderia ser mais pertinente ao tema ora tratado. O uso do termo “acusatório” para denominar o sistema processual penal traçado na Constituição de 1988 ignora as complexidades e, sobretudo, as inovações introduzidas partir do regramento constitucional do processo penal.

Mauro Fonseca Andrade sustenta que de todos os elementos tradicionalmente associados ao sistema acusatório, apenas dois se mantêm no após a adequação ao processo penal contemporâneo: a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador e o momento de início do processo coincidente com o início da fase de julgamento, com apresentação de defesa e obtenção de prova, consistindo o inquérito em uma atividade preliminar de natureza administrativa¹⁶². Conclui então o autor:

¹⁵⁹ BEITZ, Rafael. O saber histórico na pesquisa jurídica. In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (coord.). *História e Método em Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 40.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 41.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² ANDRADE, 2012, p. 258

Os demais elementos, que poderão estar presentes nesse sistema variam de acordo com a ideologia do momento histórico em que esse mesmo sistema esteja sendo construído. Com isso, o contraditório, a publicidade, a oralidade e outros tantos princípios, que hoje são classificados pela doutrina como indispensáveis a um processo justo, podem ser integrantes, mas não imprescindíveis para a configuração de um sistema como acusatório¹⁶³.

De fato, conforme foi abordado no capítulo primeiro, sustenta-se que a distinção essencial entre o sistema inquisitório e o acusatório é a gestão da prova e o papel institucional do juiz, de ator ou espectador. Seriam estes, portanto, os elementos essenciais para a configuração de um processo acusatório.

Porém, tais elementos, assim como os apontados por Andrade, são insuficientes para determinar o modelo de processo penal estabelecido pela Constituição da República. Com efeito, o arcabouço principiológico introduzido no ordenamento jurídico em 1988 direciona o processo penal para além das clássicas características atribuídas ao sistema acusatório. Se ao sistema acusatório basta a separação das funções de investigar, acusar e julgar e a gestão da prova a cargo das partes, o sistema acusatório não basta ao modelo constitucional.

Não há dúvidas sobre a essencialidade de tais características para a estruturação do processo penal. Contudo, as garantias constitucionais não podem deixar de integrar o núcleo constitutivo do atual modelo processual e, portanto, os elementos mínimos caracterizadores do mesmo.

Por isso, a separação de funções e a passividade judicial devem necessariamente vir acompanhadas das garantias do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, não-autoincriminação, vedação do uso de provas ilícitas, dentre outras previstas no artigo 5º da Constituição. O processo penal, ademais, deve refletir a orientação política eleita pelo legislador constituinte, contribuindo para a efetivação do Estado Democrático.

¹⁶³ *Ibidem*.

Tais escopos, entretanto, eram estranhos ao sistema acusatório clássico, até porque as garantias processuais são uma conquista moderna. Por isso, não se justifica defender, nos dias atuais, um processo de índole acusatória, se os fundamentos já são outros. É preciso ir além e construir um modelo de processo penal adequado à atual conjuntura político-constitucional: um processo democrático.

Rui Cunha Martins assevera que o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um princípio unificador, qual seja, da democraticidade. Da mesma forma, só é possível conceber um modelo sistêmico: o modelo democrático. Esclarece o autor:

Dizer democrático é dizer o contrário de inquisitivo, é dizer o contrário de misto e é dizer mais do que acusatório. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos susceptíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal princípio unificador: a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege¹⁶⁴.

Conclui o autor que se faz necessária, assim, uma “coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pela desejável via da Constituição”¹⁶⁵.

É importante esclarecer que o conceito de democracia não se restringe à concepção de democracia política ou ao direito de votar e ser votado. A

¹⁶⁴ MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da verdade. *In* PRADO, 2012, p. 80.

¹⁶⁵ *Ibidem.* p. 82.

efetividade de um modelo democrático exige a “remoção de obstáculos e bloqueios que restrinjam a participação do povo para viabilizar o exercício de suas prerrogativas de soberania”¹⁶⁶.

Também o processo, especialmente o processo penal, consiste em um espaço em que a participação popular deve se fazer presente, na medida em a decisão final é um ato de poder que pode restringir sobremaneira direitos fundamentais do indivíduo.

Geraldo Prado aponta a existência de um nexos indissolúvel entre direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia, o que é determinante na estruturação da política criminal de determinado Estado. O “espaço comum democrático”, assevera o jurista, “é construído pela afirmação do respeito à dignidade humana e pela primazia do Direito como instrumento das políticas sociais, inclusive a Política Criminal”¹⁶⁷.

Este autor, embora defenda, na obra citada, a necessidade de afirmação de um sistema acusatório, relaciona-o a um “processo penal inspirado no princípio democrático”¹⁶⁸, fundado na soberania popular, nos direitos fundamentais e no princípio da separação de poderes. Assim, apesar da terminologia adotada, os fundamentos defendidos coincidem com os do processo democrático ora defendido.

Assim, o processo penal erigido sobre o princípio da democraticidade deve absorver as normas constitucionais e orientar-se em prol da limitação do poder punitivo do Estado, de forma a garantir a efetivação dos direitos fundamentais. A separação das funções de investigar, acusar e julgar e a gestão probatória são meios de atingir tais escopos, ao resguardar a imparcialidade objetiva do julgador e possibilitar a participação dos interessados na construção do provimento final (sentença). São características basilares do processo penal democrático, mas não são suficientes para defini-lo.

¹⁶⁶ PINTO, 2012, p. 144.

¹⁶⁷ PRADO, 2006, p. 16.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. xiii.

Por isso, é necessário repensar o sistema processual penal almejado, para evitar imbróglis decorrentes do uso de uma mesma designação para conceitos diversos. Mais, urge perceber a insuficiência do sistema acusatório em abranger todas as características e finalidades do processo penal arquitetado pela Constituição de 1988 e assumir, finalmente, o princípio regente deste novo modelo: a democraticidade.

3.3. Reformas e continuidades na legislação processual penal após 1988

3.3.1. A reforma promovida pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008

A Lei 11.690/08 foi responsável por promover uma parcial reforma no código de processo penal, ao introduzir modificações no título que dispõe sobre provas. O objetivo de tal lei, como se aúfere de sua exposição de motivos, foi adequar o código de processo penal aos princípios e garantias consagrados na Constituição da República de 1988, notadamente ao artigo 5º, inciso LV, que “assegura às partes a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão”¹⁶⁹.

Primeiramente, não se pode ignorar os riscos que envolvem reformas parciais da legislação, especialmente processual penal. Consoante já destacado neste trabalho, o código de processo penal não é um conglomerado de normas procedimentais assistemáticas. Pelo contrário, orienta-se por um princípio fundante, que determina o sistema processual penal adotado e que deve nortear a totalidade da legislação.

¹⁶⁹ BRASIL. Exposição de motivos do Projeto de Lei 4.205, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11690-9-junho-2008-576211-norma-pl.html>> Acesso em 7 de outubro de 2013.

Ao se promover reformas parciais, contudo, rompe-se com a sistemática do código, o que culmina em um texto legal sem coesão e mais suscetível a ingerências inquisitórias, tal qual alertado por Fauzi Choukr:

Sendo a “alma processual penal” inquisitiva, naturalmente tende a se chocar com os valores democráticos erigidos pela Constituição em vigor. Aqui o problema é de particular dificuldade. Se já é substancialmente difícil construir um aparato cultural global, as reformas parciais, sempre sujeitas ao momento e ao oportunismo político – e, portanto, sempre voltadas para um aspecto promocional do sistema repressivo – tendem a apresentar o discurso da eficiência e da repressão através de mecanismos de supressão de garantias processuais. Em suma, não é possível construir uma “consciência acusatória” a partir de reformas fragmentadas¹⁷⁰.

Apresentada esta ressalva, volta-se à análise das alterações no papel do juiz implementadas pela Lei 11.690/08.

Apesar propósito de regular as disposições sobre a prova em conformidade com as garantias constitucionais, própria exposição de motivos evidencia a insuficiência da nova legislação para atender os fins pretendidos. Não obstante faça referência à necessidade de garantir a efetiva participação dos interessados na atividade probatória, amplia as possibilidades de atuação do juiz nesta mesma seara, o que constitui evidente contradição. A faculdade de o magistrado determinar, de ofício, a produção de provas, não só é reforçada como também ampliada, estendendo-se para momento anterior ao início da ação penal, conforme demonstra a nova redação conferida ao artigo 156 do código de processo penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I- ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

¹⁷⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. O Juiz de Garantias na Reforma do Código de Processo Penal. *In* BONATO, 2011.p. 272.

II-determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

Se a atuação do magistrado na seara probatória deve ser rechaçada no curso da ação penal, regida pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, com mais razão o deve ser na fase do inquérito. Um único órgão não pode decidir a estratégia de investigação e as fontes e prova a serem identificadas e, paralelamente, se pronunciar sobre a licitude de suas escolhas¹⁷¹. Pertinente o questionamento: “se a autoridade judicial está comprometida, primeiro de tudo, em responder à autoria e à materialidade da infração penal, como ela poderia arrefecer o seu próprio ímpeto?”¹⁷².

A inquisitorialidade manteve-se intocada – a bem da verdade, alargada. Na fase de investigação preliminar, o magistrado é levado a decidir sobre matérias que importam algum juízo acerca da materialidade e autoria do delito, como, por exemplo, sobre medidas cautelares, que apresenta como um dos pressupostos o *fumus comissi delicti* – indícios concretos da existência do crime. O juiz que, diante de tais casos, conclui positivamente sobre a existência do crime e a probabilidade de o investigado ser o seu autor, está, em alguma medida, exercendo um prejulgamento que poderá comprometer sua imparcialidade para o julgamento da causa¹⁷³.

A situação é agravada quando, além de decidir, o próprio magistrado determina a produção de provas, antes mesmo do início de eventual ação penal. O juiz que se volta à investigação criminal evidentemente será influenciado pela própria atividade em busca de provas de autoria e participação do investigado. Neste quadro, resulta clara a manutenção do juiz inquisidor, protagonista do sistema inquisitorial.

¹⁷¹SILVEIRA, Fabiano Martins. O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. In BONATO, 2011, p. 251.

¹⁷²*Ibidem*.

¹⁷³BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In BONATO, *Ibidem*. p.347.

Por isso, é com acerto que Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que é “inconstitucional a não mais poder a nova regra do art. 156, I, CPP”¹⁷⁴. O mesmo não leciona sobre o inciso II do mesmo artigo, cujo teor, sustenta Pacelli, deverá ser reduzido e/ou controlado em razão do sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988 e da imparcialidade que deve nortear a atuação judicial¹⁷⁵. Isso porque o autor considera legítima a atividade probatória do juiz, desde que favorável à defesa, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu¹⁷⁶.

A reforma empreendida não foi suficiente para alcançar a legitimação democrática da legislação processual penal infraconstitucional, impondo-se a revisão da matéria, atualmente debatida em projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados.

3.3.2. Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010)

Não são recentes as tentativas de elaboração de um novo código de processo penal. Em obra datada de 1986, anterior, portanto, à atual Constituição da República, Afrânio Silva Jardim já sustentava a necessidade de construção de um processo penal democrático. De acordo com o jurista, o projeto de reforma do código de processo penal então em trâmite no Senado Federal demonstrava tendências acusatórias, afastando o juiz da atividade instrutória. Veja-se:

Tal tendência [de “purificar” ao máximo o sistema acusatório] fica patenteada pelo Projeto do Cód. Proc. Penal que ora se encontra em tramitação no Senado Federal, onde se retira o juiz de qualquer

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.323-324.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, 2009, p. 324.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.326. Ressalva-se que o posicionamento sustentado por Eugênio Pacelli não é compartilhado por esta autora, conforme será demonstrado no item 4.2 do presente trabalho.

atividade persecutória, em prol da sua indispensável imparcialidade. Impõe-se banir do nosso sistema processual os resquícios do inquisitorialismo ainda existentes, tais como as regras dos artigos 5º, inc. II, 26, 23, inc. II, 531, todos do Cód. Proc. Penal, bem como a Lei nº 4.611/65¹⁷⁷.

Ao órgão jurisdicional deve-se reservar, de forma exclusiva, a nobre função de julgar as pretensões deduzidas pelas partes, ficando equidistante dos interesses em conflito porventura existentes no processo. O juiz somente pode desempenhar sua atividade propriamente jurisdicional, após o exercício da demanda, que pressupõe um processo de partes: *ne procedat iudex ex officio* e os seus consectários legais¹⁷⁸.

Interessante destacar que o autor recomendou ao constituinte¹⁷⁹ que, na ausência de legislação infraconstitucional sobre o tema, fizesse constar expressamente, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, regra expressa assegurando a estrutura acusatória do processo. Afirmou que, dessa forma, tal regra constitucional teria eficácia ab-rogativa da legislação ordinária com ela incompatível e vinculará o legislador ordinário ao futuro¹⁸⁰.

É visível que o texto constitucional não abarcou a sugestão do jurista, tampouco o projeto mencionado resultou em um novo código processual penal.

A incongruência do atual texto do código, acentuada por reformas pontuais não sistematizadas, mantém acesa a discussão sobre a necessidade de uma nova legislação processual penal. Consoante alertado por L.G. Grandinetti, entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988 ocorreram significativas alterações estruturais, “o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes profundas na estrutura jurídico-política”¹⁸¹.

¹⁷⁷ A lei 4.611/65 modificou as normas processuais relativas aos crimes previstos nos artigos 121, § 3º e 129, §6º, do Código Penal. Foi expressamente revogada pela Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (artigo 97).

¹⁷⁸ JARDIM, 1986, p. 146/147.

¹⁷⁹ A Assembleia Constituinte a que faz referência o autor foi instaurada em 15 de novembro de 1986, com início das atividades em 1º de fevereiro de 1987. Os trabalhos foram encerrados no ano de 1988 quando, em 05 de outubro, foi promulgada a nova Constituição, ainda vigente.

¹⁸⁰ JARDIM, *Ibidem*, p. 147.

¹⁸¹ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4.

Evidentemente, um novo código de processo penal deve refletir o modelo eleito pela Constituição. Aliás – e, sobretudo, após a análise retrospectiva aqui apresentada – é lógico pensar que, diante dos episódios de autoritarismo ainda vivos na memória brasileira, todo o esforço da sociedade se volte à concretização do projeto democrático inaugurado com a Constituição da República de 1988.

É esta a orientação do grupo de trabalho designado para a elaboração do anteprojeto de um novo código, conforme apresentado na Exposição de motivos apresentada pelos juristas coordenados pelo Ministro Hamilton Carvalhido.

De início, interessante relatar as considerações tecidas por Rui Cunha Martins¹⁸² sobre o texto da Exposição de Motivos apresentado como preâmbulo do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

O autor destaca a importância de a Exposição de Motivos assumir inequivocamente determinados pontos tidos por estruturantes e especificar os “balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988”¹⁸³, além de explicitar a adoção do princípio acusatório. O texto apresenta ainda maior relevo por estar “situado no fio da navalha entre várias sensibilidades e pressões doutrinárias, técnicas e políticas”¹⁸⁴.

A Exposição é inaugurada com um alerta sobre a premente necessidade de elaboração de um novo código de processo penal, sobretudo a partir da ordem constitucional instaurada a partir da Carta da República de 1988. Isso porque a configuração política do Brasil em 1941, ano em que entrou em vigor o código, apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas protegidas na atual Constituição. “E isso”, concluem os

¹⁸² MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 33.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

responsáveis pela elaboração do anteprojeto, “em processo penal não só não é pouco, como também pode ser tudo”¹⁸⁵.

Segundo apontado pela comissão de juristas, o texto do anteprojeto é iniciado com os princípios fundamentais, deixando antever, assim, os balizamentos teóricos e estruturais escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações integrantes da Constituição de 1988. Não é incompatível, porém, com o ideal de eficiência do processo penal, já que esta deve estar vinculada à efetivação das garantias individuais.

(...) cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado: a sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático¹⁸⁶.

Os objetivos apontados na exposição de fato merecem atenção do legislador. Conforme já apontado, o descompasso entre os preceitos constitucionais e o código de processo penal de 1941 é marcante, o que inviabiliza a concretização das garantias asseguradas na Carta Magna.

Todavia, mais uma vez é possível vislumbrar que a História não é um processo linear e evolutivo, mas composta por avanços, retrocessos, continuidades e rupturas. E é neste íterim que determinadas práticas autoritárias, arraigadas à cultura política, social e jurídica brasileira, persistem inabaladas desde o período colonial. Tal como brilhantemente

¹⁸⁵ CARVALHIDO, Hamilton [coord]. Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal* (2009) [online]. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 04 de agosto de 2013. p.15.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

sintetizado por Mário Quintana, “o passado não reconhece seu lugar: está sempre presente”¹⁸⁷.

É sob essa perspectiva que se deve examinar a atual proposta de reforma do código de processo penal. Afinal, a despeito das importantes modificações introduzidas, persistem disposições incompatíveis com o leque de garantias processuais consagradas na Constituição de 1988.

Geraldo Prado atenta para as resistências opostas ao projeto de reforma da legislação processual, ante o interesse na manutenção do poder sustentado por algumas categorias profissionais. Assim, segundo o jurista, a tentativa empreendida no sentido de instituir uma nova racionalidade no processo penal, fundada no arcabouço principiológico trazido pela Constituição de 1988, encontra barreiras em uma tradição autoritária que se pretende perpetuar no processo penal brasileiro¹⁸⁸.

Por isso, apesar de se propor a alterar substancialmente o código processual penal, o projeto ainda é tímido em relação a determinadas questões, deixando de enfrentar temas de maior relevância como, por exemplo, a possibilidade efetiva de o magistrado interferir ativamente na instrução processual.

Dentre as inovações trazidas pelo PL 8.045/2010, destacam-se duas, relevantes para o desenvolvimento do presente estudo: a expressa adoção pelo sistema acusatório e a instituição da figura do juiz de garantias.

O artigo 4º do projeto estabelece que o “processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Não bastasse a referência direta ao modelo adotado, preocupou-se em estabelecer o cerne do sistema adotado: a proibição de o juiz exercer a atividade probatória de competência do ministério público.

¹⁸⁷ QUINTANA, Mario. *Caderno H*. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2006. p. 174.

¹⁸⁸ PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça Criminal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. [org]. *O novo processo penal à luz da Constituição*, vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.9.

O dispositivo, por certo, representa um progresso em relação ao código anterior. Ao situar o juiz num lugar equidistante, possibilita que ele realize sua principal função, de “garante-mor da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e garantias individuais.”¹⁸⁹.

Contudo, a proposição é tímida em afastar o magistrado da seara probatória. Por fazer menção expressa à vedação da iniciativa do juiz tão somente na fase de investigação, abre espaço para sua livre iniciativa no curso da ação penal. Ao impedir que o magistrado substitua a atuação probatória do órgão acusador, mantém as práticas formalmente complementares, mas, que, na realidade forense, são determinantes na construção da prova.

Logo na Exposição de Motivos é possível perceber o receio com que o tema é tratado. Preocupa-se em explicitar que “a vedação da atividade instrutória do Juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais”¹⁹⁰. Pelo contrário, distancia o julgador de funções que não são tipicamente jurisdicionais, tais como “a formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal”¹⁹¹.

A figura do juiz expectador, distante da atividade probatória é, de fato, expressamente afastada pela comissão responsável pela elaboração do anteprojeto. Com efeito, afirma-se que “não se optou pelo juiz inerte, de resto inexistente nos países de maior afinidade processual com o Brasil”¹⁹², tanto é que “instaurado o processo, provocada a jurisdição, poderá o juiz, de ofício, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional”¹⁹³.

¹⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões sobre a Reforma Global do CPP. In. COUTINHO, 2011, p. 21.

¹⁹⁰ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, p.16.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

Rui Cunha Martins observa que os cuidados apresentados pela Comissão ao regular a atividade do juiz decorreram da consciência de que a matéria não seria pacífica, como efetivamente não o foi. Merece destaque as críticas formuladas pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE – à supressão dos poderes instrutórios do juiz.

Segundo nota técnica encaminhada ao Senado, a AJUFE asseverou que a eliminação dos poderes instrutórios do juiz gera o risco de transformar o processo penal em mero embate entre acusação e defesa, “com prejuízos à descoberta da verdade e a correta aplicação da lei penal”¹⁹⁴.

A Associação criticou, ainda, a adoção da figura do juiz de garantias que, segundo entendem, pode inviabilizar a prestação jurisdicional em subseções e comarcas com número reduzidos de magistrados, e as restrições à decretação da prisão preventiva, que poderia, na prática, inviabilizar o uso desta medida como forma de impedir a reiteração de crimes de considerável potencial lesivo¹⁹⁵.

A apreciação apresentada pela AJUFE dispensa longas considerações, uma vez que critica precisamente as mais importantes inovações trazidas pelo projeto. Os argumentos apresentados, tais como esclarecimento da verdade, decreto de prisão cautelar com o fim de evitar reiteração criminosa ou supressão de garantias por dificuldades operacionais, são marcadamente inquisitoriais, evidenciando o posicionamento conservador da magistratura brasileira.

O posicionamento da AJUFE é consubstanciado na Emenda ao projeto nº 19, apresentada pelo Senador Pedro Simon, que propõe a exclusão, do artigo 4º, da vedação à atividade persecutória do juiz e a inclusão, no artigo 162, de parágrafo que autoriza a determinação, pelo juiz, de diligências complementares, antes de proferir a sentença, sob a seguinte justificativa:

¹⁹⁴ CARDOSO, Jair. *Comissão da AJUFE encontra falhas no texto do PLS 156/09* [online]. Publicado em 15 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/imprensa/noticias/comissao-da-ajufe-encontra-falhas-no-texto-do-pls-156-2009/>>. Acesso em 05 de agosto de 2013.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

Ao reduzir o poder que permite ao juiz atuar supletivamente no processo penal em matéria de provas previsto no Código vigente, restringindo-o exclusivamente à defesa, não representa, a nosso ver, critério que concorra para o esclarecimento da verdade buscado no processo penal.

Suprimir do magistrado a possibilidade de complementar a instrução da ação penal, além de contrariar a tradição legislativa e jurisprudencial brasileira que sempre confiou ao magistrado tal poder, representa a extinção do suprimento de falhas que eventualmente podem ocorrer tanto em sede de defesa quanto de acusação, dificultando a promoção da justiça esperada por toda a sociedade e a ela devida pelo Judiciário. Por outro lado, ainda, eliminar o poder de instrução complementar do juiz na ação penal gera o risco de que o processo se torne mera disputa entre acusação e defesa, com a vitória do melhor profissional e prejuízos à correta aplicação da lei penal¹⁹⁶.

A proposta foi rejeitada pelo Senado, por considerarem que a possibilidade de o juiz participar ativamente da instrução probatória “colide com o espírito do Projeto, que adota fortemente o princípio acusatório”¹⁹⁷. Ainda assim, a iniciativa probatória do magistrado, no curso da instrução penal, foi mantida no projeto, abarcada, inclusive, pela previsão da norma inserta no artigo 4º.

Outra inovação apresentada consiste na positivação da figura do juiz de garantias, cujo escopo é dar efetividade à garantia da imparcialidade objetiva do julgador. O artigo 14 traz o conceito e as competências:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)

Em apertada síntese, o juiz de garantias atua na fase pré-processual, zelando pela legalidade dos procedimentos. Consoante retratado na exposição de motivos, o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz cujo papel se

¹⁹⁶ SIMON, Pedro. *Proposta de Emenda nº 19, ao substitutivo ao PLS nº 156, de 2009*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/73521.pdf>>. Acesso em: 05 de agosto de 2013.

¹⁹⁷ CASAGRANDE [relator], 2009.

restringa à gestão dos inquéritos policiais. Sua função vai além: “será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais”¹⁹⁸.

Decisões sobre medidas cautelares diversas (incluindo prisão), interceptações telefônicas ou outros meios de prova que repercutam em restrição de direitos, dentre outras, passam a ser incumbência exclusiva do juiz de garantias, uma vez que caberá a este o exame acerca da necessidade e proporcionalidade de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Nessa nova estrutura, o órgão policial efetua a investigação criminal, com o controle externo do ministério público e, diante da necessidade de realização de medidas que incidam sobre direitos e garantias individuais, postula-se perante o juiz de garantias. Por sua vez, o juiz que na fase da investigação praticar qualquer dos atos previstos no artigo 14, fica impedido de atuar no processo, conforme determinação expressa do artigo 16. Pretende-se, assim, satisfazer dois objetivos: a) otimizar a atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos no inquérito e dirigidos à formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público¹⁹⁹.

De fato, a inovação é positiva. O juiz que atua na fase pré-processual depara-se com diversas situações em que é levado a emitir juízos sobre autoria e materialidade do delito investigado, mesmo sob a forma de probabilidades. Diante dessas decisões, a isenção do magistrado para decidir sobre o mérito da causa certamente fica prejudicada. Não por má-fé, ressalta-se, mas pela própria limitação do ser humano em controlar as influências sofridas pelas experiências vivenciadas.

¹⁹⁸ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, p.18.

¹⁹⁹ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, p.18.

Neste sentido, convém destacar o tratamento conferido ao tema pelo Senador Renato Casagrande, em relatório apresentado sobre o então PLS 156/09:

A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação de conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções...²⁰⁰

Contudo, o artigo 15, *caput*, limitou a eficácia dos dispositivos que positivam a figura do juiz de garantias, ao estabelecer que sua competência cessa com a propositura da ação penal. Isso porque, fica a cargo do juiz do processo a avaliação acerca da existência dos pressupostos necessários para o recebimento da denúncia, dentre os quais a justa causa²⁰¹.

Não há dúvidas que para avaliar a presença ou não de justa causa, o magistrado deve proceder ao exame dos elementos indiciários colhidos na fase pré-processual e emitir um juízo, ainda que seja preliminar, sobre a existência de indícios de autoria e materialidade. Para tanto se debruça sobre o inquérito, em regra parcial, já que não é alimentado pela defesa. É comum, aliás, que no inquérito conste apenas a leitura policial dos fatos, o que o leva a refletir uma perspectiva policial sobre os fatos objeto de investigação²⁰². A

²⁰⁰ CASAGRANDE [relator], 2009, p.27.

²⁰¹ MAYA, André Machado. *O Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal* [online]. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Juiz-das-garantias-Andre.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

²⁰² SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Trad. Luís Greco. In GRECO, Luís [coord]. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* (Bernd Schünemann). Trad. Adriano Teixeira, Alaor Leite, Ana Cláudia Grossi, Danielle Campo, Heloísa Estellita, Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p. 207.

análise deste material pelo juiz, para decidir sobre o recebimento ou não da denúncia, pode levar à exata circunstância que a lei pretende evitar: a contaminação do magistrado com elementos de investigação produzidos em sede pré-processual e conseqüente violação do princípio da imparcialidade objetiva.

Vislumbra-se, então, que a despeito da preocupação em adequar o código de processo penal à Constituição da República de 1988, elegendo o sistema acusatório como parâmetro norteador da elaboração lei processual e, especialmente, em manter o distanciamento do juiz de elementos que possam contaminar sua imparcialidade, a análise da integralidade do texto do PL 8.045/2010 demonstra a subsistência da atividade instrutória destinada ao magistrado.

Por exemplo, o artigo 75, que versa sobre o interrogatório do réu, estabelece que “ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos”. Aqui fica muito claro que o magistrado pode manusear o meio de prova para esclarecer suas próprias dúvidas acerca de uma pretensa realidade dos fatos. De acordo com o artigo 165, parágrafo único, “o juiz pode determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes”. Mais uma vez, o juiz busca provas para alimentar uma hipótese por ele considerada verdadeira.

Além de determinar provas, o magistrado também pode indeferir as que considerar manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias (artigo 166). Surge então, uma questão relevante: qual o critério para definir a “qualidade” da prova?

No processo penal medieval a questão seria facilmente resolvida. Ante a existência de uma tarifação legal dos meios de prova, bastava avaliar em qual degrau da hierarquia se encontrava a prova selecionada. Diante da confissão do acusado, qualquer outra prova seria desnecessária. Se, não havendo confissão, obtinha-se determinado número de testemunhos, já não seria necessário se valer de documentos e assim por diante.

Contudo, no atual modelo, em que todas as provas apresentam, abstratamente, o mesmo valor, e considerando ainda que é por meio das provas que as partes constroem suas versões, pode ser que a prova considerada irrelevante pelo juiz seja fundamental para a defesa ou para o ministério público (ou querelante). Não pode o magistrado exercer este juízo prévio de valoração do material probatório, cuja produção e disposição cabe às partes. A avaliação do magistrado sobre toda a prova produzida deve restringir-se à sentença, sobretudo diante da necessidade de fundamentar a decisão proferida.

Na mesma linha, o artigo 179 prevê que “o juiz pode indeferir perguntas que não tiverem relação com a causa”. Nos termos do parágrafo primeiro, “o juiz poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos”. Sem repetir as observações anteriores questiona-se a possibilidade de o magistrado decidir, *a priori*, qual pergunta guarda relação com a causa. Muitas vezes as indagações aparentemente mais casuais são de estratégica relevância para as partes.

O artigo 277 trata da possibilidade de as partes requererem diligências ao fim da instrução processual. Contudo, o parágrafo único aponta que o juiz deferirá as diligências se forem imprescindíveis para as alegações das partes. Neste ponto a ingerência é manifesta: é dado ao magistrado, e não às partes, avaliar se uma diligência é relevante – ou melhor, imprescindível –, para a comprovação de suas alegações. Fica claro que o deferimento e, sobretudo, o indeferimento das diligências já configuram um início de julgamento. Um julgamento, contudo, antecipado, uma vez que as diligências ao fim da instrução podem ser cruciais para o deslinde da causa.

Um último dispositivo merece atenção. Neste, a inquisitorialidade transparece na própria redação do texto legal. Trata-se do artigo 409, que regula as atribuições do juiz presidente nas sessões do tribunal do júri. O inciso XI prevê que cabe ao juiz presidente “determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.”.

A possibilidade de o juiz determinar *de ofício* diligências destinadas a *suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade* não deixa dúvidas quanto à missão que lhe é atribuída: buscar a verdade real.

A pretendida reforma seria uma oportunidade propícia para empreender uma verdadeira mudança paradigmática no âmbito do processo penal. Mas, como alerta Geraldo Prado²⁰³, o passado sempre ressurge, de um modo ou de outro. Assim, não obstante o projeto de lei tenha assentado a tão aclamada natureza acusatória do processo e introduzido elementos relevantes, como a figura do juiz de garantias, não se distanciou completamente das raízes inquisitórias do processo penal brasileiro, uma vez que foi mantida a ingerência do juiz na atividade probatória.

²⁰³ PRADO, 2012, p.39.

CAPÍTULO 4 – O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ENTRE INQUISITORIEDADE E DEMOCRATICIDADE

4.1. Um tema ainda carente de discussão

A discussão acerca do papel que deve ser desempenhado pelo juiz no processo penal, conforme demonstrado ao longo deste trabalho, remonta há séculos, mas ainda está distante de constituir tema pacificado entre os juristas que se dedicam ao estudo da questão.

A reforma processual empreendida em 2008, somada ao projeto de novo código em trâmite na Câmara dos Deputados, deixa clara a dificuldade de assimilar o papel desempenhado pelo juiz penal ao sistema processual pretendido. Depara-se, então, com paradoxos difíceis de ser superados, como a busca pela consagração de um processo democrático, calcado nas garantias previstas na Constituição da República e, paralelamente, o reforço da figura do juiz inquisidor, com ampla ingerência na instrução probatória.

As justificativas apresentadas para a manutenção do poder instrutório do magistrado são variadas. Fala-se em justiça, equilíbrio, combate à impunidade, resguardo dos inocentes e até mesmo proteção do réu cuja defesa se mostra deficiente. Trata-se, contudo, de argumentos falaciosos, que buscam encobrir a permanência do princípio da verdade real como alicerce sobre o qual se erige o processo penal pátrio.

A reforma do código de processo penal, atualmente discutida pelo Poder Legislativo, oferece, a despeito da pretensão de consagrar um processo constitucional, o risco de consolidar a atuação inquisitiva do juiz, mascarada sob o manto da acusatoriedade.

Isso porque, consoante apresentado no capítulo anterior, embora o projeto afirme que “todo o processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a

ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases do procedimento” (artigo 3º); e também que “o processo penal terá estrutura acusatória”, sendo “vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, os poderes instrutórios do magistrado são mantidos na nova legislação. Assim, olhares menos atentos tendem a assimilar a compatibilidade entre o juiz atuante no campo probatório com o processo acusatório.

Por isso, o debate sobre o tema deve ser avivado, sobretudo para evitar que, com a eventual aprovação do projeto de código de processo penal em trâmite na Câmara dos Deputados, considere-se a matéria já superada.

4.2. A busca da verdade real como justificativa para a permanência do juiz inquisidor

Já foi abordado no primeiro capítulo, ao se discorrer sobre o processo penal medieval e as matrizes do modelo inquisitório, que este tem por cerne a busca de uma verdade absoluta, consistente na perfeita adequação entre um fato pretérito e sua posterior reconstrução. E a busca de tal fim foi pretexto para a larga e longa utilização de meios atentatórios contra a dignidade da pessoa humana ao longo da história.

Desde então, o desenvolvimento do processo penal tem ocorrido em passos lentos. A grande virada humanística que culminou na Revolução Francesa em 1789, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana com consequente realocação do acusado no processo penal, que de objeto de investigação passou ser reconhecido como sujeito de direitos, as críticas desenvolvidas pelos filósofos iluministas sobre as penas degradantes e a prática da tortura, embora tenham representado um substancial avanço, não foram suficientes para acabar de vez com as práticas criticadas ou se alcançar um modelo de legislação que agregasse todas as garantias necessárias.

Igualmente, e em um ritmo ainda mais moroso, a legislação processual penal brasileira, apesar de reformas pontuais e, até mesmo, um projeto de novo código, ainda não conseguiu se desprender de sua longa tradição autoritária. Persiste “o velho demônio inquisitório, sempre presente no imaginário latino”²⁰⁴, sobretudo diante de uma magistratura ainda pouco preparada para atuar no contexto de um processo fundado em base democráticas.

Assim, as mudanças que podem, de alguma forma, limitar o poder do magistrado no processo penal, deparam-se com forte resistência. Mas não só desta classe. Não são poucos os juristas que defendem a atuação do juiz na seara probatória, variando, contudo, os fundamentos.

Manzini não usa eufemismos para qualificar a função do juiz criminal. Arrola a investigação e o alcance da certeza da verdade real como princípios fundamentais do processo penal, razão pela qual o juiz tem o poder e o dever de “conseguir o conhecimento do fato que melhor corresponda à realidade deste mesmo fato”²⁰⁵. Conclui o autor:

Não está obrigado [o juiz] a fundar sua decisão no que lhe apresentam o ministério público e o imputado; tem a faculdade e o dever de ordenar e cumprir por própria iniciativa, “de ofício”, as investigações ulteriores que estime úteis para descobrir a verdade real: deve buscar e ponderar as provas tanto de acusação como defesa²⁰⁶.

“O processo crime visa à revelação da verdade real!”²⁰⁷. O enunciado formulado por Almeida por certo não deixa dúvidas quanto a sua vinculação à ideia de verdade real. Coerentemente, sustenta que as partes não podem

²⁰⁴ GARAPOIN, 2001, p.55

²⁰⁵ MANZINI, 1951, p.261, tradução livre. No original: “(...) *el juez tiene el poder e el deber de convencerse libremente, o sea, de tratar de conseguir el conocimiento del hecho que mejor responda a la realidad de ese mismo hecho*”.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 262, tradução livre. No original: “No está obligado a fundar su decisión em lo que le presentan el ministério público y el imputado; tiene la facultad y el deber de ordenar y cumplir por propia iniciativa, ‘de oficio’, las investigaciones ulteriores que estime útiles para descubrir la verdad real: debe buscar y ponderar las pruebas, tanto en cargo como en descargo”.

²⁰⁷ ALMEIDA, 1973, p. 106.

controlar a relação de direito material como resultado de uma contrariedade puramente formal, razão pela qual o juiz deve ser inquisitivo²⁰⁸.

Esclarece que o princípio inquisitivo não exclui a atividade processual das partes, apenas limita o monopólio destas sobre a ação penal. Da mesma forma, o contraditório não impede a participação do juiz, exprimindo, ao contrário, “a conveniência de se processarem todas as indagações judiciais ao influxo tanto das razões jurídicas da acusação quanto das razões jurídicas da defesa”²⁰⁹.

O entendimento trazido por Michele Taruffo não é diferente. Inicialmente, é preciso destacar que o jurista sustenta que a apuração da verdade, voltada a uma reconstrução verdadeira dos fatos, é condição indispensável para se obter uma decisão justa. Desse modo, tudo que pode obstaculizar ou limitar a descoberta da verdade, limita também a realização da justiça²¹⁰.

Porém, pode ser que as defesas das partes não tenham sido adequadas para alcançar a verdade dos fatos. Aliás, afirma o autor italiano, “as partes podem não ter qualquer interesse na descoberta da verdade”²¹¹, inclusive “os advogados utilizam-se geralmente de sua habilidade profissional para que isso aconteça”²¹², razão pela qual o confronto entre as partes no processo penal não necessariamente leva à verdade, sendo necessária, então, a intervenção do juiz, único sujeito interessado em que o procedimento se conclua com uma decisão verídica²¹³.

(...) às vezes acontece de as partes efetivamente produzirem todas as provas disponíveis, não dando ocasião ao juiz de utilizar os poderes instrutórios e fazendo com que esse fique, corretamente, passivo. Pode acontecer, todavia, das partes não orientarem suas atividades no sentido de uma apuração verdadeira dos fatos, visto que é evidente que elas perseguem a vitória, e não a descoberta da

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 107.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ TARUFFO, 2012, p. 143.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*, p. 201.

verdade. Então, a passividade do juiz terminaria por desenvolver um papel contraepistêmico, na medida em que o juiz passivo deixa que o processo seja dominado por sujeitos que na maior parte dos casos são indiferentes – se não hostis – em relação à descoberta da verdade. Por conseguinte, a atribuição ao juiz de poderes instrutórios adequados, bem como seu efetivo exercício, aparecem como atributos relevantes do justo processo, já que são instrumentos necessários – não obstante acessórios – para a busca da verdade²¹⁴.

Conclui Taruffo que a passividade do juiz é característica inerente ao processo que não tem por fim alcançar a verdade dos fatos, ou seja, um processo de natureza privada.

É ingênuo, contudo, associar verdade material a interesse público. A história da prova judiciária demonstra como a verdade era obtida e manipulada no interesse do poder, da cultura da época, e do sistema político dominante²¹⁵.

Mesmo nos dias atuais, a situação não é diferente. A verdade é moldada conforme o interesse de grupos majoritários, via de regra defensores de uma cultura punitivista. É difundida pela mídia sensacionalista e de grande escala. É aceita, acriticamente, pela população. Vê-se que a verdade é o mais eficaz e o mais perigoso ato de poder: porque domina sem se mostrar dominante; se impõe sem parecer autoritária. Também Mauro Fonseca Andrade, ao especificar o objetivo do processo, expõe tratar-se da busca da justiça “ou de uma verdade equivocadamente qualificada como material”²¹⁶ e ressalta a necessidade de se autorizar o magistrado perseguir elementos para aproximar-se da “realidade histórica tratada no processo”.

O autor, a despeito de contestar o conceito de verdade material (ou real), identifica-o com o de justiça e o eleva à condição de meta a ser atingida pelo processo. Expõe que, independentemente da área do direito processual, o juiz está autorizado a discordar das partes no momento de qualificar

²¹⁴ TARUFFO, 2012, p. 145.

²¹⁵ CARVALHO, 2012, p.100.

²¹⁶ ANDRADE, 2005, p. 206.

juridicamente o objeto da discussão no processo e, caso entenda necessário, pode proceder a investigações, sem intervenção das partes²¹⁷.

Ao criticar os posicionamentos contrários ao juiz atuante no campo probatório, apresenta determinados argumentos que merecem atenção. O autor desvincula o chamado juiz inerte das características elementares do sistema acusatório e afirma, inclusive, que esta inércia judicial probatória não apresenta qualquer relação com o brocardo “*ne procedat iudex ex officio*”²¹⁸.

A passividade judicial, de acordo com o autor, estaria atrelada a uma concepção privatista de processo, que ignora o interesse público que o envolve, já que o relevante seria os interesses pretendidos pelas partes. O juiz seria relegado à condição de “refém das partes”, cabendo-lhe somente permitir ou proibir a prática de determinados atos por elas requeridos. Estaria, portanto, impedido de realizar o verdadeiro objetivo do processo, consistente na busca da justiça “ou de elementos para aproximar-se à realidade histórica tratada no processo”²¹⁹.

O distanciamento do juiz da seara probatória acabaria por representar o abandono da gradual evolução sofrida pelo sistema acusatório até chegar no modelo público atual, o que culminaria, inevitavelmente, no retrocesso aos primeiros modelos de sistema acusatório individualista romano e anglo-saxônico²²⁰. Conclui então:

Se a missão do juiz atual é a emissão de uma decisão justa – ao invés de conveniente às partes – então, via reflexa, somos levadas a concluir que, entre as prioridades daqueles que propõem um processo penal estruturado a partir do juiz passivo, não está a aplicação da justiça e da efetividade nesse modelo de processo. E isso por óbvio traz consigo a possibilidade ou de um culpado ser absolvido ou um inocente ser condenado por responsabilidade exclusiva das partes²²¹.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*, p.207.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*, p.214.

²²¹ ANDRADE, 2012, p 215.

O tema, contudo, é tratado com uma nítida redução de complexidade, o que pode ser verificado, por exemplo, na colocação do papel do juiz como condicionante único da realização da justiça através do processo penal. Evidentemente, a concretização da justiça passa, também, pela atuação do magistrado, mas a ela não se restringe. Por exemplo, um processo eivado de violação a garantias fundamentais não pode ser considerado justo, seja qual for a atividade nele desempenhada pelo juiz.

Deve-se considerar, ainda, que justiça é um conceito complexo, aberto e polissêmico. A ideia de justiça varia conforme orientações filosóficas, políticas, culturais, etc., sendo impossível determinar uma concepção objetiva de justo que deve ser perseguida pelos juízes. Oportuno, aliás, o alerta de Aroldo Plínio Gonçalves: “(...) se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença”²²².

Chama a atenção também a conexão que é estabelecida entre restrição à atividade instrutória do juiz e justiça, mesmo argumento apresentado por Michelle Taruffo ao discorrer sobre o tema. Segundo Andrade, o magistrado que não busca provas para esclarecer fatos que entende não terem sido devidamente abordados pelas partes, deixa o processo, e, por conseguinte, a justiça, à conveniência destas, retrocedendo aos modelos antigos de sistema acusatório.

Porém, o processo penal é cercado de princípios e garantias que impedem que fique suscetível a interesses individuais. Além disso, ao contrário do sistema acusatório clássico, conta-se atualmente com um órgão público especialmente designado para atuar como titular da ação penal. O Ministério Público, em regra, não possui qualquer interesse particular no resultado da ação, afinal, em processo penal, o Estado não litiga com a parte²²³. A missão constitucional do Ministério Público é zelar pelo cumprimento da lei e pelos interesses da sociedade. O interesse público, por sua vez, é o interesse de cada um, e deve voltar-se não ao desejo de

²²²GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.106.

²²³ALMEIDA, 1973, P. 118.

condenações a qualquer preço, mas sim à efetividade dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Marcos Alexandre Coelho Zilli, destaca que a verdade plena é um mito, que não se sustenta diante dos métodos impostos pelo Estado de Direito. Por isso, o que se pode alcançar no processo é “uma verdade obtida por vias formalizadas”, ou verdade processual, embora se deva buscar, ainda assim, a reconstrução retrospectiva do evento real²²⁴.

A iniciativa instrutória do juiz é tratada, pelo autor, como a busca pelo melhor acerto fático, necessário para viabilizar a correta e eficaz aplicação do direito objetivo. Este poder, contudo, não deve ser exercido de maneira preponderante e supressora da atuação das partes.

Este apuramento fático é, portanto, concretizado por intermédio de iniciativas que, longe de exprimirem comportamentos reiterados, indicam atuação esporádica. De qualquer modo, a iniciativa estará voltada à busca e ao recolhimento de elementos úteis para o melhor acerto fático, tomando por base uma afirmação inicial delineada pela acusação. Não se trata, pois, de tarefa investigativa, mas sim, instrutória, razão pela qual será doravante denominada de iniciativa instrutória²²⁵.

Acerto ou apuramento fático, entretanto, não é diferente de reconstrução dos fatos pretéritos, como afirmado pelo próprio autor, ou busca da verdade material. Dá-se ao juiz o poder de atuar no campo probatório para evitar que as partes conduzam o processo para longe da verdade, do que se conclui que o conhecimento desta é exclusivo do magistrado.

Por outro lado, Eugênio Pacelli sustenta a possibilidade de atuação do juiz para determinar, de ofício, tão somente a realização de provas não

²²⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 114.

²²⁵ *Ibidem*, p.117.

requeridas pela defesa “quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu”²²⁶.

Neste caso, não haveria violação à imparcialidade, uma vez que o magistrado não estaria exercendo atividade acusatória nem, tampouco, desigualando as forças produtoras da prova no processo.

Com efeito, Pacelli estabelece uma diferenciação entre iniciativa probatória e iniciativa acusatória do juiz penal. Esta se configura quando o juiz exerce atividade probatória típica do órgão de acusação, seja ela substitutiva ou supletiva²²⁷. A iniciativa acusatória, por certo, desigualava as forças processuais, violando o contraditório e a ampla defesa.

Contrariamente, quando vislumbra a possibilidade de comprovação da inocência do réu por prova não requerida pela defesa, o juiz pode requerer a prova de ofício, já que assim está tão somente concretizando o princípio da igualdade, no plano material, o que passa pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais²²⁸.

Todavia, a atuação do juiz, seja em prol da defesa ou acusação, apresenta o mesmo fundamento. Se o magistrado supõe a existência de circunstância não provada que pode ser relevante para o julgamento, inevitavelmente ampara-se em elementos externos e alheios ao processo, que considera de antemão verdadeiros. Busca, assim, uma verdade material que corrobore suas suspeitas.

Aliás, a realização de provas a favor da defesa é um argumento que traz consigo um vício interno. Isso porque a prova se define pelo procedimento que a esteia²²⁹ sendo impossível saber, de antemão, o resultado que será alcançado.

Não se pode desconsiderar também que a prova é uma construção argumentativa, que se abre a interpretações múltiplas. Mesmo diante de um

²²⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 326.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ MARTINS, 2010, p. 167.

resultado aparentemente favorável ao réu, este pode ser prejudicado, a depender da construção formulada pelo órgão acusador. Como preciosamente sintetizado por Leonardo Boff, “no dito fica sempre o não-dito. E todo ponto de vista é sempre a vista de um ponto”²³⁰.

Assim, uma vez que não existem parâmetros objetivos para avaliar, *a priori*, se a prova é favorável ou desfavorável ao acusado, resta impossível determinar, na terminologia apresentada por Pacelli, se o juiz estará desenvolvendo atividade probatória ou acusatória.

Importa sempre lembrar que o processo penal democrático é erigido sobre o princípio da presunção de inocência, positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988. É decorrência deste princípio a atribuição do ônus probatório à parte acusadora, a quem caberá comprovar as imputações para que possa superar a presunção, ao convencer o julgador sobre a plausibilidade da hipótese acusatória.

Portanto, não deve ser necessária qualquer providência por parte do acusado para que seja resguardada sua inocência, que restará imaculada se o órgão acusador não lograr êxito na comprovação dos fatos delituosos imputados ao réu. Se não há provas suficientes, o que demandaria uma atuação do juiz na busca de novos elementos, impera a presunção da inocência. Não pode o magistrado assumir o ônus da prova e desincumbir a acusação da tarefa que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Na situação apresentada, em que o juiz vislumbra a possível existência de provas não requeridas hábeis a inocentar o acusado, impõe-se a aplicação do princípio da presunção de inocência, refletido no artigo 386, VII, do código de processo penal²³¹, que prevê a hipótese de absolvição por insuficiência de provas,

²³⁰ BOFF, *op.cit.*

²³¹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
(...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Constata-se, assim, que a despeito dos diversos argumentos apresentados, a busca da verdade real subsiste como fundamento estruturante da atividade instrutória desenvolvida pelo juiz.

Exemplo claro é o posicionamento da Associação dos Juizes Federais do Brasil sobre o anteprojeto de reforma do código de processo penal, já mencionado no segundo capítulo. A AJUFE posicionou-se contrária às duas principais e mais significativas inovações introduzidas no PLS 156/09, quais sejam, a afirmação do princípio acusatório e da consequente vedação da atividade do juiz na fase de investigação e a instituição do juízo das garantias. Sustenta-se que tais supostas limitações à atividade do juiz prejudicam a descoberta da verdade e a aplicação da lei penal²³², em nítido argumento de caráter inquisitivo.

Ao analisar essas manifestações da AJUFE e outras difusas sobre a proposta de reforma do código de processo penal brasileiro, Rui Cunha Martins observa que as divergências apresentadas não coincidem exatamente com as tradicionais divisões de opiniões e posicionamentos travadas “entre um lado de cá e um lado de lá da batalha democrática”²³³. Aponta, então, a perspicácia da reflexão desenvolvida por Salo de Carvalho, ao afirmar que “o pensamento repressivista atua, não esporadicamente, como pólo catalisador de perspectivas políticas opostas”²³⁴.

Como se, mesmo por entre os conjuntamente situados do lado democrático da demarcação, não fosse igualmente óbvio o significado profundo de um entendimento sistemático do modelo acusatório. (...) ou como se o preço a pagar por essa opção aparecesse subitamente excessivo para os interesses corporativos e políticos em presença. Ou, ainda, como se persistisse um temor de que uma vinculação exclusiva da convicção ao contraditório viesse substituir a pressuposta e rotineira vinculação da convicção à busca da verdade.²³⁵

De fato, a inquietação apresentada pelo autor reflete a conjuntura brasileira. Argumentos conservadores e democráticos se misturam,

²³² CARDOSO, 2010.

²³³ MARTINS, 2010, p. 36.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*.

sobressaindo-se, contudo, aqueles. O certo é que, expressa ou veladamente, a inquisitorialidade se mantém no indicativo presente e se reforça cada vez que o público “reclama de novo os rigores do fogo”²³⁶. Ou melhor: das grades.

4.3. Princípio da imparcialidade objetiva

“Julgar é, ao mesmo tempo, vontade e recusa, desejo de um terceiro e desconfiança em si mesmo”²³⁷, é “mostrar-se apto a abstrair-se de si mesmo, do mundo, da impressão da audiência”²³⁸. A definição trazida por Antoine Garapoin sobre o ato de julgar – mais especificamente, de bem julgar – evidencia as dificuldades inerentes à tarefa e o grande desafio que é lançado ao julgador: o de atuar e ao mesmo tempo abster-se, “como se uma espécie de morte interior e no mundo fizesse parte do ato de julgar”²³⁹.

Estas caracterizações, ao trazerem a necessidade de atitudes impraticáveis para a realização de um bom julgamento, demonstram a atuação sobre-humana que se impõe aos juízes. Espera-se que sejam capazes de se envolver no processo e, paralelamente, abster-se de todas as impressões obtidas para proferir suas decisões. Deve-se reconhecer, porém, que o ato de julgar tem uma dimensão inconsciente que se projeta nas decisões. Não se trata, por certo, de má-fé do julgador, que pode estar convicto do acerto de sua atuação e ser traído por seu subconsciente²⁴⁰.

O Direito não é capaz de controlar os pensamentos, sensações e concepções vivenciadas pelo magistrado no curso da instrução processual. Até porque, nem mesmos os juízes, assim como os demais seres humanos, conseguem se afastar completamente das apreciações subjetivas e juízos sociais prévios e blindar suas decisões destas influências. “A vida não é o que

²³⁶ BATISTA, 2002, p. 239.

²³⁷ GARAPOIN, 1997, p. 320.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ CARVALHO, 2012, p. 126.

vemos, senão o que somos”²⁴¹, bem disse Fernando Pessoa, e é impossível simplesmente deixar de si ser ao executar qualquer atividade.

Cabe ao Direito, então, se armar de meios capazes de diminuir os fatores externos que podem comprometer a decisão judicial. Trata-se, portanto, de um controle sobre condições objetivas em tese aptas a influir nas decisões de todos os juízes, e não de um cerceamento das subjetividades de cada magistrado em particular.

Fala-se, então, em imparcialidade objetiva do juiz. Exige-se que o Tribunal ou o juiz ofereça garantias suficientes para eliminar qualquer dúvida acerca de sua isenção para atuar no processo. O que está em jogo, neste caso, não é somente a legitimidade de cada decisão proferida, mas, também, “a confiança que os tribunais devem inspirar ao cidadão em uma sociedade democrática”²⁴². É necessária, assim, uma “aparência geral de imparcialidade”²⁴³, para se evitar qualquer tipo de contestação sobre a pessoa da autoridade judicial.

O princípio da imparcialidade objetiva foi pela primeira vez reconhecido no julgamento do caso *Piersack vs. Bélgica*, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O sr. Piersack recorreu ao Tribunal para contestar condenação pela suposta prática de homicídio, decidia pelo júri por 7 votos a 5 e confirmada pelo juiz que presidiu a audiência, Sr. Van de Walle²⁴⁴.

Ocorre que o sr. Van de Walle havia sido designado para o cargo de juiz pouco tempo antes da realização da audiência. Anteriormente, compunha o Ministério Público, especificamente no departamento encarregado dos crimes contra a pessoa. Exercia este cargo ao tempo em que as investigações em desfavor do sr. Piersack tiveram início e, embora não fosse diretamente responsável pelo caso, tinha faculdade de supervisionar os que o eram.

²⁴¹PESSOA, Fernando. Viajar? Para viajar basta existir! *In Livro do desassossego*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.p.286.

²⁴²SANCINETTI, Marcelo A. *La 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 ao ‘caso Cabezas’*. Buenos Aires: AD-HOC, 2001.p.19. Tradução livre. No original: “Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos em una sociedad democrática”.

²⁴³BADARÓ, 2011. *In* BONATO, 2011, p.347.

²⁴⁴ SANCINETTI, 2001, p. 44.

O Tribunal, então, foi demandado, para avaliar a violação da imparcialidade do juiz no caso em questão. A decisão, proferida por unanimidade, reconheceu a procedência da demanda ajuizada pelo sr. Piersack, assentando que as funções de investigação e persecução devem estar estritamente separadas da de julgar, ou seja, o juiz que instrui não deve julgar²⁴⁵.

O Tribunal, contudo, foi além. Afirmou que “não basta que o juiz atue imparcialmente, é preciso também que não exista aparência de falta de imparcialidade”²⁴⁶. Consagrou, assim, o princípio da imparcialidade objetiva, conforme se aúfere do seguinte trecho da decisão prolatada:

2. Tribunal imparcial

30. Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de prejuízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o artigo 6.1. do Convênio, de diversas maneiras. Se pode distinguir assim entre um aspecto subjetivo, que trata de averiguar a convicção pessoal de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a respeito²⁴⁷.

O modelo inquisitorial desconhece o princípio da imparcialidade, já que o imputado é objeto de pesquisa empreendida pelo próprio juiz, que forma sua convicção ao longo da investigação e apenas a formula na sentença²⁴⁸. Contrariamente, o modelo democrático exige do julgador o distanciamento da atividade persecutória para evitar a formulação de pré-compreensões que

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 27.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁴⁷ SANCINETTI, 2001, p. 45. Tradução livre. No original:

“2. Tribunal imparcial

30. Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado em un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.”.

²⁴⁸ *Ibidem*, p.20. De acordo com o autor, quando a condenação pelo júri ocorre com um resultado “apertado”, a legislação belga prevê que o presidente do tribunal e os juízes que assessoraram a audiência devem pronunciar-se sobre a sentença, para que seja efetiva. No caso analisado, o juiz que presidiu a audiência posicionou-se pela condenação, conforme decidido pela maioria dos jurados.

direcionem o ato decisório para sentido diverso da prova produzida ao longo da instrução processual.

Precisa a formulação de Hanna Arendt, apresentada por Garapoin, ao afirmar que “a vantagem do espectador está no fato de ele perceber as peças no seu conjunto, ao passo que cada um dos atores conhece tão só o seu papel ou então a parte que lhe diz respeito”²⁴⁹. Por certo, somente o juiz espectador está apto a avaliar imparcialmente o conjunto probatório e, então, proferir uma decisão legítima.

Intrigante, por outro lado, o posicionamento sustentado por Taruffo, para quem a imparcialidade refere-se a uma posição ativa do juízo, que deve se orientar rumo a “uma busca objetiva e imparcial da verdade dos fatos”²⁵⁰.

O autor, contudo, não ignora as críticas dirigidas a tal concepção, centradas na incompatibilidade entre “a imparcialidade compreendida como busca objetiva da verdade” e “a imparcialidade compreendida como passividade do juiz frente ao monopólio das partes em relação às iniciativas instrutórias”²⁵¹. Sustenta, porém, que o juiz que exerce poderes instrutórios não perde sua imparcialidade, desde que exerça tais prerrogativas de forma imparcial, “com o escopo objetivo de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da verdade”²⁵², sem intuito de favorecer uma ou outra parte.

Embora Taruffo afirme que o problema da incompatibilidade entre a postura ativa do juiz e o princípio da imparcialidade é mais aparente do que real, entende-se que a questão envolve complexidades ignoradas pelo autor. Em primeiro lugar, como já afirmado, é impossível o alcance de uma verdade objetiva no processo penal, pela própria limitação do conhecimento humano.

Além disso, não se pode desprezar o fator humano do juízo. O juiz não é uma máquina capaz de se desvincular absolutamente de todas suas vivências, compreensões e impressões para avaliar, em nível de absoluta

²⁴⁹ GARAPOIN, 1997, p. 320.

²⁵⁰ TARUFFO, 2012, p. 146.

²⁵¹ *Ibidem.*

²⁵² *Ibidem.*

imparcialidade subjetiva, determinada questão. Como alertado por Garapoin, “é indispensável uma automutilação dos sentidos para aguçá-los para o julgamento”²⁵³. Trata-se, porém, de condição irrealizável. Por isso, mesmo que pretenda ser imparcial, o magistrado acaba por se influenciar por circunstâncias que marcam sua atuação. Como, por exemplo, a busca por provas que possam comprovar uma hipótese acusatória. Ao assim proceder, o juiz, mesmo involuntariamente, veste as roupas do acusador e acaba por pensar, agir e, por certo, também julgar como um. Portanto, o juiz ator e o juiz imparcial são figuras que não coexistem.

Apesar da necessidade de sua afirmação, o princípio da imparcialidade do julgador não foi expressamente consignado no texto constitucional, embora o seja em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e o Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 1969. Afora a discussão sobre o caráter supralegal do Pacto San José da Costa Rica, o certo é que referido princípio é pressuposto para a efetivação de outras garantias e ordem constitucional.

Preocupou-se, aliás, a comissão de reforma do código de processo penal com a efetivação do princípio da imparcialidade, ao fazer dupla referência ao mesmo, ora ao trazer expressa adoção de um sistema acusatório, com a vedação da atividade do juiz na fase de investigação e a substituição do órgão acusado (artigo 4º); ora ao inovar com a figura do juiz de garantias, exclusivamente responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais passíveis de violação durante o inquérito policial (artigo 15). É disposto, na Exposição de motivos, que a decisão judicial, independentemente de seu objeto, “sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir para além das fronteiras dos litigantes”²⁵⁴, o que justifica a importância de preservar o

²⁵³ GARAPOIN, 1997, p. 320

²⁵⁴ Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, p. 16.

máximo distanciamento do julgador dos elementos de formação da *opinio delicti*.

Todavia, consoante já abordado anteriormente, a regulação dada pelo projeto de reforma é insuficiente para preservar a imparcialidade objetiva do julgador, ao passo que se preocupa com o distanciamento do juiz apenas dos elementos de investigação colhidos em fase pré-processual, mantendo, intacta, sua atividade instrutória no curso da ação penal.

4.3.1. Uma demonstração da influência sofrida pelo juiz pela análise dos elementos de investigação preliminar e sua repercussão prática – pesquisa de Bernd Schünemann

Bernd Schünemann²⁵⁵, com base em experimento realizado a partir da simulação de audiências de instrução e julgamento (conforme o processo penal alemão) e análise de documentos, especialmente autos originais de processos de natureza criminal. Os resultados de tal pesquisa de campo, segundo o jurista alemão, “confirmam a vinculação psicológica do juiz ao inquérito e à apreciação fática do conjunto probatório realizada pelo Ministério Público no âmbito do processo penal alemão”²⁵⁶.

Schünemann destaca, inicialmente, que a justiça das modernas sociedades demandam obediência “aos pressupostos indispensáveis de legitimação do papel do julgador”²⁵⁷. Por isso, o direito positivo adota regularmente um sem número de providências para sua salvaguarda jurídica²⁵⁸.

No entanto, não obstante o desenvolvimento do direito processual penal alemão, a estrutura das audiências e instrução e julgamento permanece atrelada ao processo inquisitório. Isso porque, apesar de defesa e Ministério

²⁵⁵SCHÜNEMANN, 2013.

²⁵⁶*Ibidem.* p. 208.

²⁵⁷SCHÜNEMANN, 2013, p. 206.

²⁵⁸*Ibidem.*

Público concorrerem para formar a convicção do magistrado, ambos desenvolvem funções supletivas, que não colocam em xeque o papel inquisitorial de domínio do juiz, que tanto dirige a coleta de provas, quanto decide em caráter final²⁵⁹.

A pesquisa realizada pelo jurista alemão parte da Teoria da Dissonância Cognitiva formulada por Ferstinger²⁶⁰, na versão de Irle²⁶¹, segundo a qual cada pessoa ambiciona o equilíbrio em seu sistema cognitivo, ou seja, busca obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões²⁶².

Para se alcançar tal equilíbrio do sistema cognitivo, impõe-se solucionar a contradição existente entre conhecimento e opinião, do que resultam dois principais efeitos: (i) efeito inércia ou perseverança, diante do qual “as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente desprezadas”²⁶³; (ii) busca seletiva de informações, que resulta na procura, predominantemente, de informações que confirmem a hipótese que em algum momento prévio fora aceita. As informações podem ser consoantes ou mesmo dissonantes, desde que facilmente refutáveis, de modo que acabem tendo um efeito igualmente confirmador²⁶⁴.

Da aplicação dessas ideias às audiências de instrução e julgamento, Schünemann conclui que, uma vez que a leitura dos autos faz surgir, para o juiz, uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz se apegará a esta imagem e tentará confirma-la em audiência, ou seja, tenderá a superestimar as informações consoantes e menosprezar as dissonantes. A partir disso, formula quatro hipóteses, que orientam sua pesquisa:

²⁵⁹ *Ibidem.*

²⁶⁰ *Ibidem.*

²⁶¹ *Ibidem.*

²⁶² *Ibidem.* p. 208.

²⁶³ *Ibidem.*

²⁶⁴ SCHÜNEMANN, 2013, p.208.

H1 – Se os juízes penais, antes da audiência, tiverem conhecimento dos autos, eles condenarão com maior frequência que os juízes sem esse conhecimento. Esse efeito é reforçado pela possibilidade de inquirir os sujeitos da prova.

H2 – Existindo conhecimento dos autos, serão cometidos na audiência mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos do que no caso em que inexistia conhecimento.

H3 – A menor quantidade de erros no caso de inexistência de conhecimento dos autos será ainda menor se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova.

H4 – Existindo conhecimento dos autos serão formuladas na audiência mais perguntas aos sujeitos da prova do que no caso em que inexistia esse conhecimento²⁶⁵.

Em síntese, o desenvolvimento da investigação ocorreu da seguinte forma: foram selecionadas como variáveis independentes o “conhecimento dos autos” e os “direitos de inquirição em audiência” sistematicamente alternadas; foi utilizado para análise um processo real, pelo crime de liberação de preso, absolutamente em aberto, ou seja, com possibilidades tanto de condenação quanto de absolvição, sem erros técnicos; participaram do experimento 58 juízes criminais e promotores, aleatoriamente submetidos a cada hipótese formulada. Obtiveram-se os seguintes resultados:

- 1ª hipótese: avaliação do comportamento do juiz ao sentenciar e da influência do efeito perseverança de um juízo provisório de culpa. Constatou-se que todos os juízes que tiveram conhecimento prévio dos autos proferiram sentenças condenatórias. Entre os que não tiveram acesso, 8 (oito) condenaram e 10 (dez) absolveram. Quando acrescida a possibilidade de inquirição direta de testemunhas pelo magistrado, os juízes que com prévio conhecimento dos autos proferiram 8 (oito) sentenças condenatórias e nenhuma absolutória. Já os que não tiveram conhecimento anterior, prolataram 3 (três) decisões condenatórias e 8 (oito) absolutórias. O pesquisador considerou, então, confirmada a primeira hipótese, segundo a qual o conhecimento dos autos de investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado.²⁶⁶

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 209.

²⁶⁶ SCHÜNEMANN, 2013, p.211.

- 2ª hipótese: avaliação do efeito inércia e perseverança. Questionados sobre perguntas formuladas às testemunhas em audiência, os participantes que possuíam prévio conhecimento dos autos conseguiram responder com acerto cerca de 6,59 (seis e cinquenta e nove) respostas, de 11 (onze) perguntas, enquanto o grupo sem conhecimento anterior obteve média de 7,69 (sete e sessenta e nove) respostas certas. Schünemann concluiu pela presença do efeito inércia, uma vez que os juízes dotados de prévio conhecimento dos autos não apreenderam nem armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque só apreenderam e armazenaram informações que já lhe eram conhecidas em razão da leitura prévia dos autos²⁶⁷.

- 3ª hipótese: investigou-se se a redução do juiz a um papel totalmente passivo melhora ou piora o processamento das informações. A impossibilidade de inquirição de testemunhas reduziu a atenção dos magistrados, de modo que o conteúdo memorizado reduziu-se para uma média de 6,33 (seis e trinta e três) respostas corretas, ao passo que os juízes inquiridores responderam corretamente uma média de 8,65 (oito e sessenta e cinco) perguntas. Por outro lado, observou-se que o grupo que, sem conhecimento prévio dos autos, mas com possibilidade de inquirição de testemunhas, proferiu sentença absolutória, respondeu corretamente 9,25 (nove e vinte e cinco) das 11 (onze) perguntas²⁶⁸.

- 4ª hipótese: avaliação acerca da quantidade de perguntas formuladas e sua correlação com as condições de experiência e das espécies de sentenças proferidas. Verificou-se que a maior parte das perguntas foi formulada por aqueles que condenaram e tinham conhecimento da investigação preliminar, enquanto a menor parte das perguntas foi realizada pelos sujeitos que proferiram sentenças absolutórias e não tiveram prévio acesso aos autos. O subgrupo que formulou menor número de perguntas foi o mesmo que apresentou maior nível de memorização, ao passo que o subgrupo que realizou mais perguntas foi o que teve menor índice de memorização. Concluiu-se que a quantidade de perguntas apresentadas não apresenta relação com a qualidade

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ SCHÜNEMANN, 2013, p.212

do processamento de informações, servindo, ao contrário, para a autoconfirmação da hipótese inicial²⁶⁹.

Os resultados da pesquisa se coadunam com as hipóteses formuladas neste trabalho dissertativo. Pode-se averiguar que o contato do magistrado com o conteúdo da investigação preliminar influencia decisivamente na sua apreciação da prova, com repercussões desfavoráveis ao réu. Outrossim, a participação ativa do juiz na audiência de instrução e julgamento, com possibilidade de inquirição de testemunhas, não aumentou o processamento de informações, servindo para que o juiz construa provas que corroborem sua hipótese pré-concebida, formulada diante da apreciação dos elementos de investigação. Elucidativa a análise dos resultados empreendida por Schünemann:

O juiz tendencialmente apega-se à imagem do fato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes dessa imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas, o que pode ser explicado, segundo a psicologia da informação, pela preferência de apercepção e armazenamento de informações redundantes (já conhecidas)²⁷⁰.

O pesquisador conclui, então, que, na Alemanha, a superação da figura do juiz que concentra as tarefas de investigação e julgamento, típica do modelo inquisitorial, e conseqüente restauração do terceiro desinteressado, através da institucionalização do ministério público “parou às portas da audiência de instrução e julgamento, na qual o juiz, com conhecimento dos autos, continua a operar como a instância que investiga e decide”²⁷¹.

No Brasil a situação não é diferente. As reformas processuais empreendidas em 2008, notadamente através da Lei 11.719/2008, que promoveu alterações nos procedimentos como, por exemplo, a previsão da

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ SCHÜNEMANN, 2013, p. 215.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 221.

audiência uma, com apresentação, ao final, de debates orais sucedidos de sentença, não afastou o forte teor inquisitório das audiências.

O juiz atua ativamente na construção da prova. Inquire testemunhas. Interroga o réu. Tem o poder de indeferir perguntas das partes, requerimento de provas ou diligências finais. A gravação audiovisual das audiências inegavelmente contribui para a limitação do autoritarismo. Todavia, constitui exceção. Ainda é comum deparar-se com termos de declarações com teor absolutamente dissonantes das informações oralmente prestadas.

O juiz inquisidor por certo não é imparcial. Sua atuação, ademais, desequilibra as forças do processo, violando o contraditório. Quando determina a produção de provas, mesmo a pretexto de favorecer o réu, viola o princípio da ampla defesa, já que o resultado da prova é imprevisível e pode prejudicar o acusado, sem que este possa se contrapor. Vê-se, portanto, a desestruturação de todo o sistema de garantias constitucionais.

Isso porque, conforme leciona Alberto Silva Franco, o devido processo legal imprime uma relação de interdependência entre os princípios constitucionais do processo, que pressupõe a realização de todos estes para a conformação daquele. Ilustra que seria mentiroso se afirmar, por exemplo, que existe contraditório efetivo quando o juiz é parcial e já se encontra comprometido com a tese de uma parte. Conclui que a violação de um único princípio constitucional é suficiente para desestruturar todo o sistema de garantias que, no seu conjunto, consagram o devido processo legal²⁷².

Assim, nessa correlação de interdependência entre os princípios, forma-se uma tessitura jurídico-sistêmica a compor um “filtro garantista” em cuja comunhão e efetividade concreta de todos os princípios que o formam repousa a eficácia do sistema garantista, ou seja, a realização de um devido processo legal. A falha, falta ou omissão em se cumprir na inteireza um único dos vários princípios que compõem esse filtro não implica um defeito apenas pontual no sistema, mas tal qual o filtro de impurezas que contém um único furo, essa falha vai implicar na completa ineficácia do sistema de

²⁷²FRANCO, Alberto Silva [et al]. In. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui [org]. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Judicial. Doutrina e Jurisprudência*. Vol. I – Parte Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 251.

garantias, assim como implicaria na ineficiência completa do “filtro de impurezas”²⁷³.

Por isso, a atividade instrutória do juiz, além de evidentemente violar o princípio da imparcialidade objetiva, repercute em todo o sistema processual, minando o princípio democrático em favor da inquisitorialidade.

4.4. A colocação do juiz no âmbito do processo penal democrático

Se no processo democrático não convém um juiz protagonista, tampouco lhe atende um juiz absolutamente inerte, que atue “como verdadeiro árbitro ou mediador, repassando às partes o dever de colocar o processo em movimento”²⁷⁴. Por certo, o direito reserva uma missão maior ao magistrado atuante na justiça criminal.

Aroldo Plínio Gonçalves ilustra bem esse papel. Defende que o juiz é sujeito do processo, não se reduzindo a mero autômato, e sua maior participação é direito que assiste à sociedade²⁷⁵.

Todavia, o magistrado não é um “interessado” ou “contra interessado”. Perante os interesses em jogo, o juiz é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento²⁷⁶.

Por estar investido dos deveres da jurisdição, “o juiz não entra no jogo do dizer-e-contradizer, não se faz contraditor. Seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles”²⁷⁷. Mas, tampouco, fica distante, apenas mediando a atuação das partes ou se

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ ANDRADE, 2012, p.190.

²⁷⁵ GONÇALVES, 2012, p. 103.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 103/104.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 104.

preparando para proferir a sentença. O contraditório, um dos principais pilares do processo democrático, exige determinada postura do juiz, conforme destacado por Aroldo Plínio:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo ele mesmo²⁷⁸.

Conquanto não seja parte, o juiz é sujeito do processo e nele cumpre a nobre tarefa de zelar pela realização dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição²⁷⁹. Daí advém sua atuação: não no sentido de buscar provas, mas sim de garantir que elas possam ser levadas ao processo pelas partes interessadas.

Ao processo penal é lançado o difícil desafio de equilibrar dois rumos: de um lado, o de assegurar ao Estado meios para exercer, com eficácia, o seu poder punitivo; por outro, o de garantir ao todo indivíduo a plenitude de seu direito de defesa²⁸⁰. Sua missão, porém, vai além: “o processo é o espaço público destinado a fazer justiça, a estabelecer a paz social, a igualizar as pessoas, a concretizar as promessas da Constituição, especialmente os direitos fundamentais”²⁸¹.

Neste íterim, ao juiz não é deferido o papel de acusador e, tampouco, o de defensor. Deve, em posição equidistante, criar condições para que, no decorrer do processo, ambas as partes possam se manifestar. Não deve o magistrado, também, se ocupar com o combate à criminalidade ou questões de segurança pública, funções do Poder Executivo, não do Judiciário. Sua função é julgar e garantir a realização de um julgamento legítimo.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 105.

²⁷⁹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 113.

²⁸⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

²⁸¹ CARVALHO, 2012, p. 133.

Por isso afirma-se que o juiz é o garante-mor da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e garantias individuais²⁸². Ao cumprir tal função, sim, deve ser ativo. Que não se limite a “repercutir, acriticamente, como espectador, os mitos e as ideologias dos atores vencedores porque, nele, também ressoam os ideais dos atores vencidos.”²⁸³. Que seja, ao contrário, um agente transformador, ao combater, em sua tarefa cotidiana, o império da inquisitorialidade e lutar pela realização de um projeto democrático ainda inacabado.

²⁸² COUTINHO, 2011, p. 21.

²⁸³ CARVALHO, *op. cit.*, p. 135.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percorrer o caminho dos sistemas processuais penais não é tarefa restrita a um debate teórico e sem consequências práticas. Pelo contrário, a discussão, especialmente por parecer superada diante da pretensa adoção de um modelo acusatório, deve ser avivada, sob o risco de se consolidar práticas inquisitivas que subsistem sob o manto da acusatoriedade ou democraticidade.

Geraldo Prado adverte que “estamos condenados a repetir nossos erros, na crença que inovamos ao voltarmos os métodos que um dia renunciamos”²⁸⁴. Emerge, então, a relevância da História, “disciplina que nos garante, ou tenta garantir o aprendizado de dolorosas lições”²⁸⁵ pra que, sempre alertas, se possa evitar incorrer nos mesmos erros.

Infelizmente, porém, a história é frequentemente negligenciada, abrindo espaço para a permanência de práticas que já deveriam ter sido superadas e repetição de episódios que deveriam habitar somente a remota lembrança dos povos.

A situação é agravada em matéria de direito processual penal, já que este toca em elementos sensíveis na configuração do Estado e das relações sociais. A história do processo penal é uma história das relações de poder, do embate entre autoritarismo e democracia, uma história de ódio e exclusão, de violência extrema, de intolerância, de vidas consumidas pelas chamas das fogueiras, por balas de chumbo ou grades cerradas. Por isso, é tão difícil enfrentar o tema: impõe o reconhecimento das fraquezas humanas, do descontrole de suas paixões e da crueldade em seus atos.

As dificuldades, porém, devem servir de impulso para o desenvolvimento de pesquisas voltadas a estudar – para, então, combater – práticas autoritárias que subsistem no processo penal contemporâneo. Nesta pesquisa, o olhar voltou-se para a atividade instrutória do juiz.

²⁸⁴²⁸⁴ PRADO, 2006, p. 61.

²⁸⁵

Embora pareça a muitos uma previsão inofensiva e seja defendida por tantos outros como medida de efetivação de justiça, o certo que é a atuação do juiz no cenário probatório é característica basilar do processo inquisitório, sempre sob a nobre justificativa de alcançar a verdade. Verdade esta que fundamentou torturas e toda sorte de tratamentos degradantes e atentatórios à dignidade humana. Verdade que não raro constitui, como precisamente apresentado por Caetano Veloso, um “dom de iludir”²⁸⁶.

A análise da legislação processual penal brasileira, desde a fundação da colônia até a atual proposta de reformado código demonstra a constância do papel ativo atribuído ao juiz. A Constituição de 1988 e o advento de um processo penal de inspiração democrática tampouco alterou o cenário. Embora ergam-se vozes em defesa da reforma da legislação para banir a atividade instrutória do juiz, as reformas empreendidas, e mesmo o projeto de um novo código mantêm a estrutura inquisitiva do processo penal, com a concentração dos poderes instrutórios nas mãos do magistrado.

Não há como se sustentar um projeto de democracia enquanto o processo penal, no qual “se revela o verdadeiro caráter de um Estado”²⁸⁷ permanecer atrelado a bases antidemocráticas. O desafio imposto é, então, de grande dificuldade: combater a inquisitorialidade presente nos mais simples atos processuais; remar contra a corrente em uma sociedade que busca o alargamento do poder punitivo e a restrição dos direitos e garantias constitucionais dos indivíduos submetidos a processos ou investigações criminais; defender a desconcentração do poder nas relações processuais penais, contrariando os interesses dos setores dominantes.

Diante deste cenário, é praticamente impossível não padecer da angústia decorrente do reconhecimento das misérias do processo penal, já há tanto tempo denunciadas por Carnelutti. Dedicar-se às ciências penais é uma missão árdua, pelo peso da responsabilidade que se coloca nos ombros: lutar pela liberdade e pelos direitos de indivíduos, na maioria das vezes,

²⁸⁶ VELOSO, Caetano. Dom de Iludir. Na música, o eu-lírico afirma: “Você diz a verdade, a verdade é seu dom de iludir/como pode querer que a mulher vá viver sem mentir.”

²⁸⁷ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.p. 27.

repudiados pela sociedade. A tarefa de humanizar o processo penal talvez seja ainda a mais difícil de todas as demais concebíveis.

Mas é preciso resistir e lutar, mesmo que a luta pareça inglória. Por isso, finaliza-se este trabalho com essas inspiradoras palavras de Carnelutti:

“(...) devo saber que as palavras são como sementes. Apesar deste meu trigo ainda estar misturado a muito joio, é possível que, aqui ou ali, algumas das suas sementes germinem; então, sem pretensão, mas com muita devoção, sigo semeando, não por pretender que a colheita me recompense a cem, sessenta, ou trinta por um, mas por saber que, se porventura uma só delas cair em terra fértil e, germinando, florescer, não terei semeado em vão.”²⁸⁸.

²⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Servanda Editora, 2012. p.18.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philippino, ou, Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomático, 1870 [online]. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p44.htm>>. Acesso em: 1º de setembro de 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à História do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In BONATO, Gilson [org]. *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BEITZ, Rafael. O saber histórico na pesquisa jurídica. In BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (coord.). *História e Método em Pesquisa Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.p. 37-51.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. Prefácio à obra de EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores (Directorium Inquisitorium)* [online]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/hereges.html>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*. São Paulo. v. 14, n. 40, dez. de 2000 [online]. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=5013401420000003000&Ing=enrm=iso>. Acesso em 05 de setembro de 2013.

BRASIL. Decreto de 23 de maio de 1821. Dá providências para garantia da liberdade individual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-23-5-1821.htm>. Acesso em 10 de junho de 2013.

_____. Lei de 12 de novembro de 1821. Extingue as devassas gerais que a lei incumbe a certos julgadores. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-39191-12-novembro-1821-568946-publicacaooriginal-92236-pl.html>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

_____. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 10 de junho de 2013.

_____. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código de Processo Criminal de Primeira Instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em 10 de junho de 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10 de junho de 2013.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2013.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 22 de julho de 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de julho de 2013.

_____. Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm>. Acesso em 22 de julho de 2013.

_____. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em 22 de julho de 2013.

_____. Projeto de Lei 8.045 (origem PLS 156/09), apresentado em 22 de dezembro de 2010. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941 (Código de Processo Penal). Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 20 de novembro de 2013.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. In GOMES, Luiz Flávio [org]. *Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal/Brasil*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARDOSO, Jair. *Comissão da AJUFE encontra falhas no texto do PLS 156/09* [online]. Publicado em 15 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/imprensa/noticias/comissao-da-ajufe-encontra-falhas-no-texto-do-pls-156-2009/>>. Acesso em 05 de agosto de 2013.

CARVALHIDO, Hamilton [coord]. Comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal (2009) [online]. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Campinas: Servanda Editora, 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e Decisão Jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p.88-137.

Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASAGRANDE, Renato [relator]. *Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, sobre o Projeto de Lei nº 156, de 2009, que reforma o Código de Processo Penal, e proposições anexadas* [online]. Apresentado em 30 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407&tp=1>>. Acesso em: 27 de novembro de 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O Juiz de Garantias na Reforma do Código de Processo Penal. In BONATO, Gilson [org]. *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONDE, Francisco Muñoz. *La búsqueda de la verdade en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabo, 2003.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório e Outras Questões sobre a Reforma Global do CPP. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. [org]. *O novo processo penal à luz da Constituição, vol. 2 – análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 17-35.

_____. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. v. 16, p.103-115.jul/set de 2009.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores (Directorium Inquisitorum)*, 1376 [online]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/hereges.html>>. Acesso em 26 de agosto de 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à História do Direito*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2012.

_____. *Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões*. 36º Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

FRANCO, Alberto Silva [et al.]. Devido processo legal. In. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui [org]. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Doutrina e Jurisprudência*. Vol. I – Parte Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GARAPOIN, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Éditions Odile Jacob, 1997.

_____. *O juiz e a democracia – O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Crítica del derecho penal de hoy*. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1951.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Hiper-racionalidade inquisitória. In BONATO, Gilson [org]. *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 475-485.

MARTINS, Lucas Morais. *Uma genealogia das devassas na história do Brasil* [online]. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3245.pdf>>. Acesso em 1º de setembro de 2013.

MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da verdade. In PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.p. 71-82.

_____. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. O processo-feito-sistema, uma batalha da democracia brasileira na galáxia do direito. In BONATO, Gilson [org]. *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.757-764.

MAYA, André Machado. *O Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal* [online]. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Juiz-das-garantias-Andre.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

NAZARIO, Luiz. *Autos-de-fé como espetáculos de massa*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005.

OLIVEIRA, Eduardo Romero de. A ideia de Império e a fundação da Monarquia Constitucional no Brasil. *Tempo* [online]. 2005, vol.9, n.18, pp. 43-63. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tem/v9n18/v9n18a03.pdf>>. Acesso em 12 de setembro de 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, Edilenice J. Lima. *Código de Processo Penal: notícia histórica sobre comissões anteriores*. Estudo elaborado a pedido da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do projeto de reforma do código de processo penal (PLS 156/09) [online]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

PESSOA, Fernando. Viajar? Para viajar basta existir!. *In Livro do desassossego*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal – Evolução histórica e fontes legislativas*. 2ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PRADO, Geraldo. Palestra proferida no Fórum Permanente de Direito e Processo Penal realizado em 10 de abril de 2013 na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, em parceria com a Associação Brasileira de Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=90-Z5tv9z28>>. Acesso em 05 de julho de 2013.

_____. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – A transformação de um conceito. *In* PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial – A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.p.11-69.

_____. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da Justiça

Criminal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. [org]. *O novo processo penal à luz da Constituição*, vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 3-15.

_____. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUINTANA, Mario. *Caderno H*. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SANCINETTI, Marcelo A. *La 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 ao ‘caso Cabezas’*. Buenos Aires: AD-HOC, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

SCHÜNEMANN, Bernd. O Juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Trad. Luís Greco. In GRECO, Luís [coord]. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* (Bernd Schünemann). Trad. Adriano Teixeira, Alair Leite, Ana Cláudia Grossi, Danielle Campo, Heloísa Estellita, Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p.205-239.

SILVEIRA, Fabiano Martins. O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. In BONATO, Gilson [org]. *Processo Penal, Constituição e Crítica – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SIMON, Pedro. *Proposta de Emenda nº 19, ao substitutivo ao PLS nº 156, de 2009*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/73521.pdf>>. Acesso em: 05 de agosto de 2013.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*. Vol. I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

WILDE, Oscar. *A importância de ser prudente e outras peças*. Trad. Sonia Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl [et.al].. *Direito Penal Brasileiro - Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____ [et.al] *Manual de Derecho Penal – Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.