

Luís Gustavo Durigon

GENEALOGIA DO CONTRADITÓRIO PROCESSUAL PENAL

DOS SISTEMAS JURÍDICO, POLÍTICO E PENAL
À CRISE NA CONTEMPORANEIDADE



EDITORA
ILUSTRAÇÃO

Luís Gustavo Durigon

**GENEALOGIA DO CONTRADITÓRIO
PROCESSUAL PENAL**
DOS SISTEMAS JURÍDICO, POLÍTICO E PENAL
À CRISE NA CONTEMPORANEIDADE

Editora Ilustração
Cruz Alta – Brasil
2021

Copyright © Editora Ilustração

Editor-Chefe: Fábio César Junges

Imagens da capa: Freepik

Revisão: O autor

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D962g Durigon, Luís Gustavo

Genealogia do contraditório processual penal : dos sistemas jurídico político e penal à crise na contemporaneidade / Luís Gustavo Durigon. - Cruz Alta: Ilustração, 2021.

132 p. ; 21 cm

ISBN 978-65-990314-3-4

DOI 10.46550/978-65-990314-3-4

1. Direito penal. 2. Processo penal. I. Título

CDU: 343.1

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720

2021

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da
Editora Ilustração

Todos os direitos desta edição reservados pela Editora Ilustração

Tiragem: 100 exemplares

Rua Coronel Martins 194, Bairro São Miguel, Cruz Alta, CEP 98025-
057

E-mail: eilustracao@gmail.com

www.editorailustracao.com.br

Conselho Editorial



Dr ^a . Adriana Maria Andreis	UFFS, Chapecó, SC, Brasil
Dr ^a . Adriana Mattar Maamari	UFSCAR, São Carlos, SP, Brasil
Dr ^a . Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr ^a . Célia Zeri de Oliveira	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Clemente Herrero Fabregat	UAM, Madri, Espanha
Dr. Daniel Vindas Sánchez	UNA, San Jose, Costa Rica
Dr ^a . Denise Tatiane Girardon dos Santos	FEMA, Santa Rosa, RS, Brasil
Dr. Domingos Benedetti Rodrigues	SETREM, Três de Maio, RS, Brasil
Dr. Edegar Rotta	UFFS, Cerro Largo, RS, Brasil
Dr. Edivaldo José Bortoleto	UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil
Dr ^a . Egeslaine de Nez	UFMT, Araguaia, MT, Brasil
Dr ^a . Elizabeth Fontoura Dorneles	UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil
Dr. Evaldo Becker	UFS, São Cristóvão, SE, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dr. Héctor V. Castanheda Midence	USAC, Guatemala
Dr. José Pedro Boufleuer	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr ^a . Maria Cristina Leandro Ferreira	UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr ^a . Odete Maria de Oliveira	UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil
Dr ^a . Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr ^a . Salete Oro Boff	IMED, Passo Fundo, RS, Brasil
Dr. Tiago Anderson Brutti	UNICRUZ, Cruz Alta, RS, Brasil

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

AGRADECIMENTOS

Aos professores do PPGCRIM/PUCRS, cuja multiplicidade de conhecimentos e o rigor científico contribuíram decisivamente para minha formação doutoral.

À Universidade de Cruz Alta/UNICRUZ por permitir – há 15 anos – o exercício da docência.

Ao professor Gilberto Martins dos Santos (in memorian), pela oportunidade de estágio criminal e livre consulta em sua vasta biblioteca (1996), além das inesquecíveis lições humanitárias de direito penal e processo penal.

Ao advogado Pedro Augusto Sant'ana Nunes (in memorian), um amigo que o Direito me outorgou, pela coragem e ousadia de contribuir significativamente com o início da minha trajetória docente no ano de 2005.

A todos aqueles que não ignoram a potência investigativa (inter) e transdisciplinar das ciências criminais.

Aos meus filhos Lucas e Heitor, amores incondicionais.
À Raquel, meu grande amor, que sempre esteve comigo ao
longo da pesquisa.
Aos meus pais, por tudo!

Penso que o ato de julgar atingiu o seu objetivo quando aquele que, como dizemos, ganhou o seu processo se sente ainda capaz de dizer: o meu adversário, aquele que perdeu, mantém-se, como eu, um sujeito de direito: a sua causa merecia ser escutada. Ele tinha argumentos plausíveis e estes foram escutados. Mas o reconhecimento só seria completo se a coisa pudesse ser dita por aquele que perdeu, aquele a quem não demos razão, o condenado; ele devia poder declarar que a sentença que não lhe deu razão não foi um ato de violência mas de reconhecimento.

(Paul Ricoeur)

SUMÁRIO

PREFÁCIO I	17
PREFÁCIO II	23
NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	29
Capítulo 1 - DA <i>ACCUSATIO</i> AOS TRIBUNAIS DA INQUISIÇÃO	35
1.1 Prolegômenos da Inquisição	40
1.2 O inquisitorialismo feminino: a “caça às bruxas”	41
1.3 O sistema inquisitório historicamente concebido: os Tribunais da Inquisição	49
Capítulo 2 - A VERDADEIRA FACETA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ATUAL	67
2.1 Além do neoinquisitorialismo processual: o processo enquanto receptor da cultura punitivista	83
2.2 Os reflexos do neoinquisitorialismo extraprocessual: a ascensão do <i>in dubio pro societa e o declínio do in dubio pro</i> <i>(ou pobre) reo (réu)</i>	90
2.3 O problema dos extremos (pré)-processuais: inquérito policial e a necessidade da primeira incidência dialética	95
Capítulo 3 - A SUBMISSÃO DO CONTRADITÓRIO COMO UMA ESPÉCIE DE AMOR AO PODER DE PENAR E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA INQUISITIVO	113

3.1 Desvelando a máscara do neoinquisidor: basta o respeito ao contraditório?	113
3.2 Novos tempos, velhas práticas: a manutenção das raízes inquisitoriais.....	119
CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
REFERÊNCIAS	127

PREFÁCIO I

AO

“GENEALOGIA DO CONTRADITÓRIO PROCESSUAL PENAL: DOS SISTEMAS JURÍDICO POLÍTICO E PENAL À CRISE NA CONTEMPORANEIDADE”

DE

LUÍS GUSTAVO DURIGON

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹

O presente livro, do caro amigo Prof. Dr. Luís Gustavo Durigon – Genealogia do contraditório processual penal: dos sistemas jurídico político e penal à crise na contemporaneidade – corresponde a um capítulo de sua tese doutoral, defendida com aprovação na PUCRS.

Para um esforço de síntese e no que mais parece importar, o livro pode ser resumido por duas frases do autor, já na conclusão: “Assim, não ficamos circunscritos a uma linearidade temporal e também não tivemos receio – tendo em vista que se tornou inevitável – realizar algumas incursões genealógicas nos sistemas processuais penais em sua concepção histórica, aonde encontramos aportes extremamente úteis para diagnosticar as razões pelas quais o contraditório serviu e continua servindo a um sistema (neo)inquisitivo, em que pese os avanços do sistema acusatório. (...) Não nos conformamos

1 Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (aposentado). Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, Recife. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL, Cascavel. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR); Mestre (UFPR); Doutor (*Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

com a ideia de um sistema ‘misto’ e denunciarmos algumas mazelas dessa aspiração napoleônica onipresente, entendendo pela necessidade da concretização do *sistema acusatório brasileiro* através, sobretudo, do contraditório, além é claro de outras bases principiológicas – presunção de inocência – e fundantes do sistema como a imparcialidade, sendo fundamental o resgate da *dúvida* como meio hermenêutico e resolutivo do processo, ao lado, é claro, do estabelecimento de uma nova cultura jurídica que privilegie a Consituição ao invés do senso comum penal.”

O esforço, então, dirige-se a entender as razões por que o contraditório serviu e serve aos interesses específicos ligados ao sistema inquisitorial, para apontar, depois, para a concretização do sistema acusatório brasileiro, de fato aquele que é compatível com a Constituição de República. O livro, assim, faz uma incursão nos sistemas processuais penais e mostra por que o contraditório, no sistema inquisitório (inclusive aqui o chamado sistema misto), é afrontoso à democracia processual.

Deste modo, *o contraditório*, no processo do sistema inquisitório – e naquele do dito sistema misto, conforme referido a partir do *Code Napoléon*, de 17.11.1808 –, *sempre foi um arremedo de instituto democrático*, seja pela sua “natureza jurídica”, seja pela sua finalidade.

Ora, o instituto (contraditório) está ligado, como se sabe, ao *conhecimento*, aquele que deve vir ao processo para tornar conhecido fato, pessoa ou coisa e, como é intuitivo, exige a intervenção concreta de todos os interessados, ou seja, aqueles que podem sofrer consequências, no processo, decorrentes de tal conhecimento. Portanto, está ele ligado à democracia do ato de introdução do conhecimento no processo e, por isso, tem tanta relevância. Afinal, do ponto de vista teórico, o que não está no processo – como conhecimento – não pode fundar as decisões que nele são tomadas e, principalmente, aquela de mérito.

Trata-se, então, do *controle direto das partes do referido*

conhecimento, que vem ao processo por um meio próprio: a prova. Por isso, nas chamadas *etapas da prova* (*requerimento, admissão, produção e avaliação*), o que se ressalta é – justo – a *introdução no processo* (produção), a qual se dá após a admissão (como ato jurisdicional) e tendo em vista o concreto, efetivo e constitucional contraditório.

Eis, então, porque o conhecimento que se obtém fora dele não é – e não deve ser – tido como prova e, assim, não pode ser avaliado, muito menos servir de arrimo para o *livre convencimento*, logo, não serve para a fundamentação efetiva da decisão. E aqui está uma questão de excepcional importância, isto é, aquela que diz respeito ao conhecimento obtido na *investigação preliminar*, logo, fora do contraditório. Trata-se de conhecimento, sem dúvida, mas prova (no sentido técnico e correto) não é e, portanto, deve ficar fora da *avaliação* que se faz dela – a prova – quando da decisão.

Neste passo – como é intuitivo – está o *busílis* da questão, razão por que merece uma digressão.

No sistema inquisitório (nos moldes que se concebe até hoje), *a acusação desaparece formalmente com a organização do processo inquisitorial* em face da *Bula Excommunicamus* (1231) e da *Bula Licet ad capiendos* (1233), ambas de Gregório IX. Ali estava a matriz formal de que o *inquisidor iria atrás do conhecimento*, mormente em face do inquirido. Ele era – e nos sistemas nos quais isso permanece (mesmo com diferenças) ainda é – o senhor do processo; e o acusado, objeto de investigação. Perceba-se: não havia mais o *actus trium personarum*, como Bulgaro havia disposto sobre a leitura do Digesto. A relação era direta entre inquisidor e inquirido; tendo desaparecido um órgão de acusação, que só volta muito tempo depois e sem que isso tenha influenciado no processo. *Nisso – inquisidor ir em busca da “prova” – estava (e está) a marca registrada da inquisição e seu processo.* O julgamento, depois da *inquisitio* e, portanto, mais tarde e conforme o rito, era, ao fim e ao cabo, para confirmar a decisão anterior do inquisidor.

O que importa, realmente, é o conhecimento obtido na investigação pelo inquisidor, logo, longe do contraditório. A isso, como se pode notar, corresponde o *princípio inquisitivo*, o qual funciona como ontológico ou reitor ou organizador ao sistema inquisitório.

No chamado sistema misto (ou reformado ou napoleônico), que aparece com o *Code Napoleón*, de 17.11.1808, não há um *princípio misto* dado que seria teratológico, não fosse ilógico, em face do próprio *conceito de sistema*, nos moldes kantianos. De qualquer forma, fica muito claro, na tentativa napoleônica de misturar os sistemas (inquisitório e acusatório), a manobra fraudulenta que se fez para manter aquele sistema das *Ordonnance Criminelle* de 1670, de Luiz XIV, isto é, o sistema inquisitorial. Com duas fases, o processo napoleônico manteve na primeira (*Instruction*) o modelo ordenatório e, assim, era regido pelo *princípio inquisitivo*. Na segunda fase, tida como processual (*Jugement*), apareceriam as partes e se teria um aparente “contraditório”, não fosse possível, nela, usar toda a prova obtida na primeira fase, a qual era – e sempre foi, até os dias atuais – prioritária na composição dos elementos das decisões, por inúmeros motivos. A vigência, por evidente, seguia sendo do *princípio inquisitivo*. Tem-se, não obstante, na fase de *jugement*, um *arremedo de contraditório*, embora ele possa não dizer nada de significativo se se usa – e prevalece – aquilo que foi obtido na fase de *instruction*.

Eis, então, o lugar fosco e tosco que o contraditório ocupa no sistema inquisitorial – assim como no chamado sistema misto, para quem o aceita – de modo a que se pode dizer que é, sem dúvida, incompatível com os preceitos da CRFB88.

Aqui está, também, uma das principais razões pela qual se diz que *a CR só é compatível com o sistema acusatório*, ou seja, aquele que é regido pelo *princípio dispositivo* (ou *acusatório*, como querem alguns), de modo que, nele, *a prova seja sempre obtida no crivo do contraditório*.

Em suma, o *contraditório* (e a *ampla defesa*, conforme a CR, em seu art. 5º, LV) é tão importante que chega a ser possível entender que não há processo – ou algum ato processual – sem ele.

Neste passo pode-se ver que o esforço do Prof. Dr. Luís Gustavo Durigon não foi em vão. Adepto irrestrito da democracia processual penal, logo entendeu que a única saída para ela, no Brasil, seria com um processo metido em um sistema acusatório.

Ele, com isso, honra a sua gente, Cruz Alta e o Rio Grande do Sul. Ademais, é a prova de que, hoje, pode-se fazer os mais profundos estudos jurídicos sem estar, necessariamente, nos grandes centros. Antes, sempre foi difícil fazer isso – em todos os campos –, por conta das dificuldades causadas à difusão das ideias. Érico Veríssimo, ao seu tempo, seria o gênio da literatura que foi se tivesse ficado em Cruz Alta? Mário Quintana seria o gênio que foi se tivesse ficado no Alegrete? Não são simples as respostas, embora a admiração e o carinho de todos por tais autores tendesse a extrair deles uma manifestação positiva. A realidade do século passado, porém, pode não permitir uma conclusão assim. O certo, sem dúvida, é que hoje é – sim – possível estar em qualquer lugar e ser excepcionalmente bom e engajado nas lutas nacionais e internacionais mais sensíveis.

O querido amigo e Prof. Dr. Luís Gustavo Durigon está nesse lugar privilegiado de, desde Cruz Alta, dialogar com o Brasil e o mundo; e tem muito para fazer formando gente como ele e pesquisando e estudando temas tão interessantes como este que apresenta no presente livro.

Pois, que tenha sucesso e o prestígio devido.

E para pensar um pouco mais:

Todos temos a mesma chance? Mas ainda me lembro que, pela década de 20, eu sonhava viver em Paris... e havia gente que já tinha nascido lá mesmo.

(QUINTANA, Mario. Ainda a igualdade).

PREFÁCIO II

O PROCESSO PENAL ENTRE VIDA (DEMOCRACIA) E MORTE (AUTORITARISMO)

Uma das grandes bandeiras temáticas levantadas por um dos candidatos na última eleição presidencial brasileira foi, pontualmente, o combate à criminalidade no Brasil. Passada a eleição e eleito o candidato que levantou fortemente este tema, uma das medidas políticas imediatamente elaboradas a partir do Ministério da Justiça foi o oferecimento de um pacote normativo anticrime para ser apreciado pelo Poder Legislativo, o qual foi chamado de pacote anticrime. Essa proposta legislativa foi aprovada pelo Congresso Nacional com algumas modificações, tendo resultado na lei 13.964, de 2019, a qual estabeleceu uma série de modificações no Código Penal, no Código de Processo Penal e em outras legislações esparsas que tratam de matéria penal e processual penal.

No código penal, as modificações introduzidas por esta lei foram fundamentalmente alterações cujo significado é o endurecimento de condições de cumprimento da pena, especialmente no tocante aos requisitos de progressão do regime das penas privativas de liberdade, além de outras medidas que se referem à perda de bens adquiridos em razão do delito ou então que compõem um patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos do condenado.

Já no plano do processo penal as medidas introduzidas por essa lei foram um tanto quanto mais significativas, seguindo o mesmo propósito político criminal de criar condições jurídicas que dificultem a situação processual e prisional dos que estão submetidos a Justiça Criminal. Surpreendentemente, no meio de tantas medidas endurecedoras, foi positivado uma instituição processual penal que significa uma considerável ruptura no modelo em vigência de investigação criminal e,

portanto, da fase inicial de todo o sistema de persecução penal do nosso Código de Processo Penal. Refiro-me especificamente à instituição do chamado juízo de garantias, de acordo com os termos do artigo 3º-B da Lei 13.964/19, o qual dispõe que “o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada a autorização prévia do Poder Judiciário”. Ainda que parte das agências que compõem o sistema de Justiça Criminal tenham se mostrado contrariados com relação à criação do juízo de garantias, especialmente a polícia judiciária, a esmagadora maioria dos operadores jurídicos que atuam na esfera criminal não puderam deixar de saudar esse novo instituto, especialmente pelo caráter democrático e garantista do qual é revestido. Entretanto, em que pese a importância de tal instituição na redemocratização e na constitucionalização do nosso sistema de persecução criminal, a sua implementação foi retardada em 180 dias após a entrada em vigência da Lei 13.964/19, uma vez que toda a estrutura do sistema de Justiça criminal, argumento que fundamentou tal adiamento, não estava preparada para a materialização, em termos especialmente de recursos, desta nova instituição processual penal.

As razões da dificuldade de implementação do juiz de garantias são muito mais profundas do que simplesmente carências estruturais. Radicam-se no plano imaginário, no plano simbólico, no modo de ser autoritário que constitui a tradição de nossas instituições componentes do sistema de Justiça Criminal brasileiro. Num país com 520 anos de história, dos quais 322 foram como Colônia, 69 como o Império monárquico e 129 como República, mas que efetivamente não podemos computar, como experiência de democracia real, mais do que 50 anos, e ainda, dentro destes 50 anos de democracia, com uma série de problemas oriundos das desigualdades sociais que afetam profundamente a justiça dos processos representativos, não é de se estranhar que os modelos de apuração de verdades criminais fossem também

autoritários. Vários períodos ditatoriais explícitos, juntamente com vários períodos disfarçados de democracia, mas que, em verdade, eram a máxima expressão de do exercício arbitrário e seletivo de oligarquias rurais, deixaram suas marcas no nosso marco jurídico processual penal, especialmente quando falamos do seu caráter autoritário/inquisitorial.

Nossa tarefa como juristas comprometidos com a democracia e com a Constituição é pensar e repensar nossos institutos de modo a humaniza-los cada vez mais. E para isto, devemos repensá-los criticamente. Pensar de forma crítica o nosso processo penal não é uma tarefa simples, pois nas faculdades de direito seguimos adotando uma vertente epistemológica dogmática tradicional, que impõe um modo de ser e de pensar aos nossos alunos, os quais, quando passam a aplicar os conhecimentos que constituem o instrumental jurídico que lhe foi fornecido na universidade, o reproduzem em práticas não questionadoras do sistema jurídico e, o que é mais grave, perpetuadoras desse modo de proceder autoritário

Refletir acerca do sistema processual penal adotando uma perspectiva crítica é fazer o que propõe o precursor da teoria crítica moderna, Karl Marx, ou seja: trazer a consciência aquilo que inconscientemente está subjacente aos fenômenos dos quais não compreendemos perfeitamente as causalidades, e trazer a consciência, utilizando Freud, Heidegger e Lacan, é conseguir dizer, nomear aquilo que constitui o Ser de um ente. E executar esta tarefa dentro das ciências sociais só é possível fazê-la desde uma perspectiva histórico-genealógica.

A postura crítica acerca de fenômenos e instituições sociais, políticas, jurídicas ou culturais de uma forma mais ampla encerra um procedimento muito próximo da psicanálise, pois nos insta a falar muitas vezes de coisas ou situações das quais não queremos falar. A isto se propôs o professor Durigon ao abordar os ranços e a perenidade do inquisitorialismo presentes no nosso processo penal; a isto se dedicou o autor ao denunciar um processo penal que se

autodenomina de contraditório, mas que jamais deixou de estar submisso ao poder de penalizar, de estar a serviço unicamente da condenação e do encerramento do condenado.

O mérito do presente trabalho, cuja honra do prefácio me foi distinguida, reside em denunciar historicamente as condições de possibilidade da constituição desse inquisitorialismo; radica-se no esclarecimento, pouco percebido, da íntima vinculação entre o processo penal e uma visão autoritária e positivista do direito penal, e tal situação se torna ainda mais preocupante, ainda que estejamos no século 21 e que o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal tenha se dado no sentido da humanização, em razão de que os movimentos governamentais de boa parte dos países do mundo no campo da *realpolitik* criminal seja exatamente na direção contrária, a da instituição de mecanismos cada vez mais rígidos de perseguição e de punição, cuja consequência tem sido um aumento vertiginoso das populações carcerárias, universo do qual o Brasil tem sido um dos principais protagonistas, com uma população carcerária que hoje chega a cifra próxima de 800 mil detentos.

O trabalho do doutor Durigon traz à luz alguns elementos reflexivos que expõem as vísceras autoritárias do sistema processual penal brasileiro, deixando clara a necessidade de repensarmos as suas bases, para que de fato venha a ser humanista, democrático, constitucional e garantista; para que efetivamente seja contraditório, dando real materialidade ao artigo 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela lei 13.964/19, que diz que o processo penal terá estrutura acusatória. A proposta genealógica trazida pelo autor nos provoca a pensar o processo penal desde uma perspectiva histórico-genealógica que nos põe a questão de quais valores estão subjacentes a uma cultura processual mais ou menos autoritária, mais ou menos democrática.

Esses valores supõem avaliações, que eles dão origem e conferem valor; as avaliações, por sua vez, ao criá-los, supõe

valores a partir dos quais avaliam. Por isso, uma reflexão crítica sobre o sistema processual penal reclama relacionar nossas avaliações com valores, e quando se trata de ponderar acerca de um sistema normativo cujas implicações máximas significam restrição de liberdade e a morte da alma, e, no caso brasileiro, até mesmo a morte física, o único critério avaliativo que se impõe por si mesmo é a vida. Um sistema processual penal não pode estar de mãos dadas com a morte, com a supressão da liberdade, mas somente com a garantia da vida, e fazer qualquer apreciação passar pelo crivo da vida equivale a perguntar se ela contribui para o seu favorecimento ou sua obstrução; submeter ideias ou atitudes ao exame genealógico é o mesmo que inquirir (peço perdão pelo uso da palavra) se são signos de plenitude de vida ou da sua degeneração; enfim, significa questionar se é sintoma de vida ascendente ou declinante.

Um processo penal pela vida, é isto que queremos.

Da cidade do Rio das Águas Claras (Ijuhy),
27 de abril de 2020.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A presente obra é fruto de *parte* do resultado do doutoramento realizado perante o Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PPGCRIM), estando inserida na linha de pesquisa dos Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos que integra a área de concentração de Sistema Penal e Violência.

Parte-se da ideia de que a sociedade contemporânea e o direito como um todo constantemente são objeto de grandes transformações sociais¹ e jurídicas que, atualmente, só se justificam se realizadas com sistematicidade e coerência às premissas da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que seu projeto democrático e humanista ainda é tarefa inacabada.

O processo penal e o contraditório que sobretudo nos interessa, não fogem a esse contexto. Seu horizonte de atuação deve ser rigorosamente constitucional e convencional, situação está observada com carência no plano ordinário, aonde o *déficit de constitucionalidade* é gritante.

Alia-se a isso, o fato do processo penal estar mergulhado em uma crise secular verificável em várias esferas, seja na produção legislativa², seja na atuação do Poder Judiciário³, seja na estrutura burocrática que o sufoca e privilegia a eficiência em detrimento dos direitos humanos e das garantias de liberdade individuais e fundamentais.

1 O fechamento dessa obra é realizada em meio a pandemia provocada pelo “Covid 19”, que em alguma medida paralisou o “projeto globalizador”, tendo potencialidade para gerar novas transformações sociais inclusive em matéria criminal.

2 Criação de tipos penais e normas processuais sem núcleo constitucional.

3 Em especial decorrente do ativismo e eficientismo judicial, além do baixo número de julgadores e elevada quantidade de feitos criminais.

Mas a crise pode significar um estímulo para a constituição de novas perspectivas, novos horizontes, olhares e observações para o que *está aí*. É com esse intuito que encontramos lugar para investir nossas inquietudes, tendo como elemento central o *contraditório no processo penal contemporâneo*⁴.

O contraditório surge nessa pesquisa como elemento central, como o verdadeiro *coração do processo*, sem que com isso estejamos a menosprezar princípios fundamentais outros, tais como, dentre eles, a imparcialidade⁵ do julgador, o princípio acusatório⁶ e a presunção de inocência.

De forma sucinta, nosso problema é calcado no fato do contraditório estar ou não exercendo na amplitude máxima o seu papel constitucional no processo penal, tendo como hipótese o fato do princípio reitor, *paradoxalmente*, representar

4 Conforme refere Saldanha, “a época que se denomina *contemporânea* não se demarca por pontos muito claros. Durante certo tempo, a metodologia da história falava em um período antigo, outro *médio* e outro moderno. Posteriormente agregou-se o rótulo *contemporâneo*, complementar ao moderno (este indo até a Revolução Francesa, ou a Napoleão) e concernente à história dos dois últimos séculos, *circa*: ou seja, à história do XIX e do XX. Mais recentemente, sobretudo a partir dos anos 1970 (do século XX), veiculou-se e consolidou-se o questionável termo *pós-moderno*, para designar o trecho final do século transcrito, assinalando desse modo a crise, ou mesmo a negação, dos caracteres que haviam sido próprios do moderno (a racionalidade, a fé na ciência, o secularismo, a democracia)”. Ver nesse sentido, SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito da Contemporaneidade. Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Unisinos, Renovar, 2006, p. 343-344.

5 Sobre a recomendação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e a imparcialidade enquanto “estética”, verificar artigo de nossa autoria. DURIGON, Luís Gustavo. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a estética da imparcialidade como horizonte para o processo penal brasileiro. In: GOMES, Aline Antunes, BRUTTI, Tiago Anderson. *Reflexões sobre o Direito Internacional e a singularidade dos sistemas jurídicos*. Cruz Alta: Ilustração, 2019, p.191.

6 Outro tema importantíssimo para o processo penal, mas que apresentam uma diferença fundamental. Isso porque se faz um “processo” com um juiz parcial (o sistema permite isso veladamente), assim como também se faz um processo com um sistema que se alimente mais da fonte inquisitória. Por sua vez, não se faz um processo sem contraditório, *ainda que formalmente*, daí porque o entendemos, também, sob essa perspectiva, como o verdadeiro coração do processo penal brasileiro.

mais *um ponto cego*⁷ do processo à que um instrumento de contenção do poder de penar e de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Em realidade, o processo penal recepciona uma gama de influxos (neo)inquisitoriais que acabam por alimentá-lo muito mais que a própria Constituição, criando uma *disfunção* que se irradia para todo o restante do sistema processual caracterizadamente impuro.

Tendo tais horizontes como verdadeiros *outdoors* que nos acompanharam ao longo de nossa investigação, estruturamos este livro em 3 capítulos, a saber: (I) Da *accusatio* aos Tribunais da Inquisição (II) a verdadeira faceta do sistema processual penal atual; (III) a submissão do contraditório como uma espécie de amor ao poder de penar e a necessidade de superação do paradigma inquisitivo.

Consoante se percebe pelo panorama dos capítulos, o estudo centra-se na *genealogia do contraditório* não somente na perspectiva jurídica, mas levando em consideração os aportes da política criminal desde suas matrizes mais remotas até os influxos contemporâneos. Optou-se por trilhar um caminho teórico investigativo talvez conhecido, mas ineditamente articulado sob a ótica exclusiva do *contraditório*.

O livro não se descuida do processo, tampouco das luzes e sombras *kafkanianas*. Naturalmente não o processo enquanto um organismo estanque e estéril juridicamente, refém do tecnicismo e de suas teorias puristas indutoras do

7 Nesse sentido, vale sublinhar o que diz Canotilho, no prefácio da obra de Cunha Martins – O ponto cego do Direito, ao intrigar-se com a escolha terminológica do professor português. Para Canotilho “[...] por que *ponto cego*? Porque lá onde o nervo óptico do nosso olhar trava a estimulação da retina, há ‘galáxias de percepção e de luz’ que reclamam a nossa vista. Precisamente, porque ‘o ponto cego é privilégio de quem vê’. Diríamos que quem tem cegueira não tem também ponto cego. Passamos à interrogação seguinte: por que *ponto cego do Direito*? Significará isso que também o direito tem retina (ou várias retinas) percorrida por nervo óptico impossibilitador da percepção e da luz em muitos dos seus olhares?”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Prefácio. In: CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

“sono dogmático” denunciado por Warat, mas como receptor e prospector de influxos paradoxalmente inquisitivos e constitucionais.

Ainda que tenha sido inevitável o caminho de análise dos sistemas processuais penais historicamente concebidos, não realizamos um estudo enquanto “história de museu” e tivemos o cuidado para não cairmos na aspiração da linearidade temporal, sempre totalitária.

Ao longo da obra, demonstramos os ranços do inquisitorialismo para muito além do processo, sendo que nesse ponto a *criminologia* nos forneceu elementos de análise fantásticos para o ganho teórico pretendido, tendo em vista que há muito tempo deixou de ser uma disciplina “auxiliar” das ciências criminais, sendo possível - a partir dela - diagnosticar o declínio do *in dubio pro reo* e a ascensão do *in dubio pro societa*, ainda que não se encontre o seu lugar constitucional - invertendo uma das maiores chaves de resolução hermenêutica dos processos criminais.

Algumas reflexões não exaustivas tecemos em relação aos extremos processuais - *investigação preliminar não contraditória e execução penal* -, por entender que estabelecem diversas conexões primordiais com o contraditório, notáveis e decisivas para o processo.

É justamente no primeiro extremo que sentimos a necessidade daquilo que denominamos a *primeira incidência dialética*, como forma de denunciar os ocultos poderes que transbordam a investigação preliminar não contraditória e invadem o terreno processual sem qualquer espécie de controle.

A ideia é que o contraditório do processo penal contemporâneo deixe de ser submisso ao poder de penar, devendo estar potencializado para diagnosticar a perenidade do inquisitorialismo, não se satisfazendo com a mera observância ao seu respeito, notadamente pelo ilusionismo de sua incidência.

Para que essas articulações teóricas fossem possíveis,

utilizamos o método indutivo, pois partimos de premissas específicas para chegarmos a outras formas de observação, tendo sido usado também aportes metodológicos dialéticos, históricos e comparativos. A principal técnica foi a pesquisa bibliográfica e documental.

Entendemos por adequado a trajetória interdisciplinar - *quiza “trans”* - , em especial devido ao fato de ser uma marca das ciências criminais e uma postura científica adequada para tratar da complexidade dos fenômenos jurídicos contemporâneos.

Ficaremos satisfeitos se os lampejos teóricos aqui articulados possam vir a servir para o debate e o aprimoramento constitucional das dimensões epistemológicas de um novo contraditório para o processo penal brasileiro.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Capítulo 1

DA *ACCUSATIO* AOS TRIBUNAIS DA INQUISIÇÃO

O sistema acusatório enquanto modelo histórico que perdurou até o século XII, remonta ao Direito grego, tendo como característica uma participação direta do povo nas funções de acusar e julgar, condizente com um modelo de democracia em sua concepção originária¹.

Por sua vez o Direito romano², que perdurou de 754 a.C

-
- 1 Conforme AIETA, “para os antigos, o vocábulo *democracia* significa o *poder do demos* não como se observa atualmente o *poder dos representantes do demos*. Assim, perfazia-se como o poder de decidir por eles mesmo e não o poder de eleger quem iria representá-los na decisão, sendo indiferente o fato do *poder do povo* ser contextualizado, historicamente, como poder de muitos, da massa ou dos pobres. A pioneira modalidade de forma de governo foi narrada por Heródoto ao tratar do *sorteio dos magistrados* como um instituto proposto para suas nomeações, ao contrário da modalidade eletiva”. Ver, nesse sentido, AIETA, Vania Siciliano. Democracia. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) São Leopoldo, Rio de Janeiro: Unisinos, Renovar, 2006. p. 191.
 - 2 Conforme Legendre, “O Direito Romano se apresenta sob a etiquetagem de um *Corpus juris civilis* (do qual existe uma edição crítica, por Krueger e Mommsen, reproduzida por Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, Berlim, 1954). Foi na Idade Média que se designou por esse título o conjunto ao qual Justiniano, jurista e teólogo, imperador do Oriente no século VI, devia associar seu nome. Essa compilação compreende sobretudo: O *Digesto* (ou Pandectas), que reúne em vários milhares de fragmentos os textos dos jurisconsultos clássicos, enunciando regras ainda aplicáveis em 533, data de composição; quando esses textos prestigiosos, onde são evocadas opiniões que datam da República romana, estavam em contradição com o Direito do século VI, Justiniano mandou modificá-los: tais manipulações sapientes, incontáveis, alteraram muitas vezes de forma radical o pensamento dos juristas clássicos. – O *Código* (duas edições, 529 e 534), que reúne exclusivamente decisões (chamadas constituições) imperiais: exatamente como o *Digesto*, essa coleção trata das matérias mais variadas, mas o primeiro título se abre sobre a religião nesta rubrica: “*Da Trindade suprema, e de Fé católica, e que ninguém tenha a audácia de discuti-las publicamente*. – Os *Institutos* (em latim, *Instituta* ou *Institutiones*) que formam um manual composto para uso dos estudantes (em

até o fim da monarquia absoluta com a morte de Justiniano (565 d.C), responsável pela Compilação do *Corpus Iuris Civilis*, também, foi palco para o sistema acusatório. Para uma melhor compreensão desse período histórico é importante salientar as quatro grandes fases do Direito romano, a saber: período Régio (de 754 a.C até 510 a.C); período da República (de 510 a.C até 27 a.C); período do Principado ou do Alto Império (de 27 a.C até 284 d.C) e o período da Monarquia Absoluta ou do Baixo Império, ou, ainda, Dominato (de 284 d.C até 565 d.C)³.

Entre as fases anteriormente referidas, é na *República* que o Direito romano encontra seus contornos mais claros e precisos. Os plebeus, que até então desfrutavam de uma posição social bastante desvantajosa em Roma, conseguiram ampliar seu espaço político, provocando um significativo acréscimo às fontes do Direito e sua forma de aplicação, uma vez que não estavam contentes com a exclusividade dos costumes para direcionar o rumo dos julgamentos.

Algumas das suas reivindicações ganharam força e resultado, a ponto de – em negociação com os patrícios – alcançarem a criação do *tribuno da plebe*, verdadeira representação do povo no Senado Romano, cujos representantes não podiam ser acusados. Também na República e em decorrência da luta dos plebeus, que buscavam uma lei aplicável para todos e que pudesse reduzir o grau de incerteza advinda da aplicação dos costumes, foi redigida a famosa *lei das XII Tábuas*, que passou

533). Sobre esse monumento das Leis, duas observações essenciais para nós: - O *Corpus* está bem designado, pois constitui um conjunto ao qual a promulgação feita em nome de deus e do imperador confere sua homogeneidade. Trata-se, autenticamente, de um livro que contém uma palavra sagrada”. (Grifo nosso). Ver mais neste sentido, LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor. Ensaio sobre a ordem dogmática*. Trad: Colégio Freudiano do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983. p. 234.

3 Conforme refere Zanoide de Moraes, valendo-se dos ensinamentos de Lauria Tucci. Ver, nesse sentido, MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

a reger as relações jurídicas do povo romano.

Nessa linha de ideias, convém destacar a presença do sistema acusatório – em seu sentido *histórico-originário* – na síntese realizada por Salo de Carvalho⁴ ao referir que:

Na Grécia e na Roma republicana, porém, o processo era fundamentalmente **acusatório**, dado o caráter privado da acusação nos delitos nos quais o Estado não era ofendido/interessado e na natureza arbitral do juízo. Esclarece Tornagui que na Antiguidade a forma de processo conhecida foi a acusatória, cujo princípio orientador pode ser observado no fato de que ninguém poderia ser levado a juízo sem acusação. No sistema da **República romana, o processo iniciava com a *accusatio* do ofendido ou do seu representante**. Após a *accusatio* havia o procedimento de pesquisa da materialidade e autoria pelo acusador na presença do acusado. A legitimidade da investigação era fornecida pelo magistrado através de uma *lex* que delegava poderes para proceder à busca de provas (inquirição de testemunhas, exame de documentos et coetera). O acusado, ou seu *comesmis*, podia fiscalizar os atos do acusador de modo que este não podia sequer pensar coisa alguma que ao outro não fosse conhecida. Logo, o processo acusatório caracterizou-se, desde o princípio, como *actus trium personarum*, público, oral e **contraditório, no qual o juiz não tomava a iniciativa de apurar coisa alguma, e onde o réu aguardava, em regra, a sentença em liberdade**. Importante lembrar que a ação popular (pública) nasceu posteriormente, com a introdução dos delitos contra a coletividade. (Grifo nosso).

Assim, quanto ao “procedimento”⁵ penal existente naquela época, vale destacar que é no *accusatio* que os cidadãos romanos iniciaram uma participação direta nos julgamentos, estruturando, a partir de então, algumas garantias do imputado.

4 CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 7.

5 Naturalmente que o termo não pode ser empregado com a mesma conotação que recebe os procedimentos no processo penal contemporâneo, pois, em muitos casos, como na *cognitio*, que será destacada no corpo do texto, sequer havia caminhos a serem percorridos pelo magistrado, ou seja, o processo não era um meio necessário para se chegar a uma pena, tampouco concebido como um procedimento em contraditório.

Nesse sentido, Lopes Júnior⁶ traça algumas características do procedimento da *accusatio*, a saber:

a) a atividade das provas estava a cargo das partes, mantendo-se o juiz inerte frente à gestão da prova; b) acusar e julgar são atribuições outorgadas a pessoas distintas; c) não se admite denúncia anônima, nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) não se podia proceder contra réu ausente; e) apenamento do delito de denúncia caluniosa; f) acusação por escrito e com indicação das provas; g) presença do **contraditório** e do direito de defesa; h) procedimento oral; i) julgamentos públicos, com votação dos magistrados ao final. (Grifo nosso)..

Não se encontra, no estudo da *accusatio* - o que não surpreende - a constatação do *grau de incidência do contraditório* e seus mecanismos de atuação, o que nos permite afirmar que o mesmo era *limitado*, não necessitava alcançar a sua *efetividade*, não era fiscalizado, sua ausência não causava nulidade alguma e poderia não ultrapassar a simples *informação*, sequer chegando a qualquer possibilidade *reação*.

Ademais, o contraditório não incidia em grau recursal e longe estava de ser um instrumento de *controle* da atividade estatal. Mas o início de sua moldura dogmática conceitual estava delineado; delineamento esse que lhe fez mal, tendo em vista que trouxe consigo, desde sua origem, uma mácula limitante que ainda hoje impede o exercício de sua plenitude, visto que *nasceu sob o império da submissão, do amor ao poder e ao dogmatismo*, conforme será abordado ao longo desta obra.

O sistema acusatório, entretanto, com a chegada do Império e uma natural recentralização do poder, passou a não mais agradar os cultores do mesmo na medida em que, entre outras questões, deixou a iniciativa probatória nas mãos das partes, o que acabou por dificultar o exercício do poder de punir do Imperador.

Estava o sistema acusatório fadado ao declínio, cuja

6 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 108.

reascensão só vai ocorrer após a *Reforma e a Revolução Francesa*, cujo modelo ideal - naturalmente que aperfeiçoado - do processo penal busca-se até os dias atuais⁷. Há um ranço *perene de inquisitorialidade* que insiste em atuar como verdadeiro fantasma das instituições democráticas e que tem a potencialidade de se alojar – também – naqueles institutos aos quais deveriam repeli-lo.

Quanto à questão do sistema acusatório romano, com o seu declínio, os juízes começaram a agir *ex officio*⁸, sem qualquer acusação formal, substituindo-se a *publicidade* dos julgamentos pelas *salas secretas*, minimizando ainda mais a possibilidade de êxito do contraditório, para não dizer, eliminando-a do sistema.

Lançadas estavam às bases de um *sistema inquisitório cujas raízes ainda perduram até hoje*⁹. Abertas estavam as portas dos Tribunais da Inquisição, conforme será analisado no tópico seguinte.

7 A vigília neautoritária está sempre presente em matéria processual penal. É possível dizer, para não se cair na armadilha de achar que ela foi extirpada do sistema, que é um componente do mesmo. Diz-se isso porque, quando achávamos finalmente que o processo penal brasileiro passaria a adotar o sistema acusatório, tal como constante na nova redação do artigo 3-A do CPP (Lei n.º 13.964/19), ressurgiram os diques inquisitivos. Refiro-me a suspensão da vigência do referido artigo por força da decisão liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux - atual Presidente do Supremo Tribunal Federal - nos autos das ADI's n.º 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. De qualquer forma, é inegável que o sistema acusatório avançou, sendo que sua concretude passa, também, por uma melhor estruturação epistemológica do contraditório.

8 Possibilidade esta que existe até hoje no sistema processual penal brasileiro, tal como autoriza o artigo 156 do CPP.

9 Como bem refere Salah, “Nesse sentido, consideramos que o **relevo da discussão em torno dos sistemas é enorme em função de o sistema inquisitório não estar sepultado pela história: pelo contrário, a vertente inquisitória ainda se sustenta**, baseada em larga margem no artifício discursivo da verdade correspondente e na aptidão do juiz para buscá-la, cuja desconstrução é objeto do presente trabalho”. (Grifo nosso). Ver, nesse sentido, KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: ATLAS, 2013. p. 11.

1.1 Prolegômenos da Inquisição

Conforme analisado anteriormente, o sistema acusatório historicamente concebido perdurou até o século XII, tempo remoto em que começou a ocorrer uma série de mudanças na estrutura do “processo” acusatório. Isso porque se chegou à conclusão – para um melhor “resultado” do processo (*ou para uma melhor condenação*) – que a atividade probatória, sobretudo, não poderia ficar somente à disposição da (in) atividade das partes, fazendo-se necessária a *ampliação dos poderes do Estado na persecução criminal*, como forma de trazer mais “eficácia” no combate à delinquência¹⁰.

Eram os primórdios do *eficientismo* do processo penal, que se faz presente até hoje e que constitui, pragmaticamente, sua matriz mais propulsora e constitutiva. Tal ocorrência abriu um enorme espaço político-jurídico para a instalação da inquisição¹¹, primeiramente, direcionada para os delitos praticados em flagrante, com notória ambição político-religiosa da Igreja católica em punir toda forma de questionamento¹² sobre os dogmas católicos/heresia.

Em consonância ao tema, é importante pontuar a origem e definição das *primeiras técnicas de controle*¹³ inquisitorial, que também recaíram sobre o *feminino*, ocasionando uma espécie de *inquisição de gênero*.

10 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 111.

11 Os primeiros vestígios da Inquisição apareceram no Império romano. Coube ao Direito canônico desenvolver tais ideias, o que acabou sendo recepcionado pela legislação da Europa Ocidental. A isto se denominou o fenômeno da “recepção do Direito romano-canônico”. Ver, nesse sentido, CARVALHO, *Pena...* p. 7.

12 Hoje, devido à perda de espaço e de fiéis por todo o mundo, a Igreja tenta abrir-se para o diálogo com questões que sempre lhe foram caras (pílula anticoncepcional, preservativo, homossexuais, aborto, casamento, corrupção e pedofilia no Vaticano).

13 Também, na atualidade, vivemos imersos ao fenômeno da *controlologia*.

1.2 O inquisitorialismo feminino: a “caça às bruxas”

É interessante diagnosticar os primeiros sinais e mecanismos de *vigilância*, *punição* e *controle* existentes na história, uma vez que isso vai desaguar, naturalmente, no sentido social, político e jurídico do processo, principalmente, o *processo penal*.

Nesta perspectiva, a Igreja católica, mediante os Tribunais da Inquisição, teve um papel preponderante, tendo sido as mulheres as primeiras a serem perseguidas, como retrata a análise da obra denominada *O Martelo das Feiticeiras* – *Malleus*¹⁴ *Maleficarum*¹⁵. Na introdução da referida obra,

14 Conforme refere Salo de Carvalho: “Na versão espanhola, destina-se aos procedimentos de limpeza, nome que utilizaram para justificar as perseguições contra mouros e judeus. O Tribunal Inquisitorial de Castela e Aragão, representado pelas figuras clássicas de Antônio de Torquemada e Bernardo Guido, foi instrumentalizado pelo Directorium Inquisitorium (1376), redigido pelo inquisidor-geral, o dominicano Nicolau Eymerich – sua edição foi revisitada e ampliada, em 1578, por Francisco de La Peña – o qual, agregado ao *Malleus Maleficarum* (1489), representou uma verdadeira diretriz doutrinária de aplicação do *Corpus Iuris Canonici* [...] O *Malleus Maleficarum*, aprovado por Bula de Inocência VIII, é direcionado às regiões da Alemanha do Norte e aos territórios que margeavam o Reno, vistos serem os locais de atuação da inquisição romana. Ver, nesse sentido, CARVALHO, Pena... pgs. 11-12.

15 Esta obra contou com o certificado de aprovação da Faculdade de Teologia da Universidade de Colônia na Alemanha, uma das universidades mais antigas da Europa, sendo que as ideias constantes no *Malleus Maleficarum* foram registradas e lavradas como documento público. Tal ato ocorreu no ano de 1487 e contou com a presença dos Professores de Teologia, Padre Henry Kramer e Padre James Sprenger, inquisidores da heresia. Nesta linha de ideias, vale sublinhar breves trechos do referido documento: “[...] declarou-nos que o Sumo Pontífice outorgou, através de uma bula devidamente assinada e selada, destinada aos supracitados Inquisidores Henry e James, membros da ordem dos pregadores e Professores de Teologia Sagrada, mediante a Sua Suprema Autoridade Apostólica, o poder de investigar e inquirir todas as heresias, **particularmente a heresia das feiticeiras, uma abominação que cresce e se fortalece nestes dias infelizes**, e solicitou-lhes que executassem essa tarefa diligentemente, em todas as cinco Arquidioceses das cinco Igrejas Metropolitanas, ou seja, de Mainiz, de Colônia, de Trêves, de Salzbürg e de Bremen, outorgando-lhes todos os poderes para julgar e processar tais pessoas, inclusive o poder de levar tais malfetores à morte, segundo o teor da bula Apostólica, que está em suas mãos e que agora exibem para nós, um documento que se acha íntegro e inviolado, que de forma alguma foi alterado ou rasurado, em suma, cuja integridade se encontra **acima de qualquer suspeita**. [...]” (grifo nosso). Ver, nesse sentido, KRAMER,

Marie Murado aponta que, a partir do segundo milênio a.C., a *coerção* e a *violência* têm como estratégia e objeto o *corpo*, incidindo-se, primeiramente, na repressão da *sexualidade* e do *prazer*.

Em outras palavras, como refere Legendre, “a instituição regula e mede o medo”, sendo que o Direito canônico soube muito bem fazer isso ao impor suas regras de controle do desejo e onipotência das leis canônicas. Nas palavras do autor¹⁶:

A sexologia canônica, preciosa em todas as sociedades nacionais do Ocidente dito cristão, particularmente na francesa que nunca abdicou de uma das versões mais persecutórias, tomou a forma de uma regra das regras, e se propõe como vigia do vasto dispositivo institucional. Uma das observações mais importantes que se pode fazer é a de revelar a constância do tema sexual para acentuar como ostentação, no seio do sistema canônico, o irrecusável da Lei, seu fundamento de Escritura, e a excelência de seus princípios no governo dos humanos. Tão visivelmente colocada na dianteira do jogo estratégico cujas regras práticas estou pesquisando neste nível do estudo, a **teorização sexual do Direito canônico** obedece rigorosamente à função da qual ela é o argumento. (Grifo nosso).

Não por acaso, a Bíblia coloca a *culpa máxima* no ato *sexual*, que, ao longo dos tempos, carregou o estigma de *mal* e, naturalmente, tornou-se objeto de *proibição*¹⁷ – o fruto “proibido”. Justamente neste ponto, de caráter cartesiano, qual seja, o dualismo entre o *bem* e o *mal*, entre o *corpo* e a *alma*, entre a *razão* e a *emoção*, ou entre *Deus* e o *Diabo*, que influenciou o modo de produção do conhecimento, contribuiu para o aparecimento das primeiras *técnicas de controle*.

Isso ocorreu porque, nas sociedades primitivas, o homem era visto pelo *trabalho*; e a mulher pela sua *sexualidade*,

Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras. Malleus Maleficarum*. Trad: Paulo Froes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991. p. 518-519.

16 LEGENDRE, op. cit., p. 113-114.

17 KRAMER; SPRENGER, op. cit., p. 9.

justamente aquilo que passa a ser o centro da *punição*, especialmente com a sedimentação do cristianismo (século III a X), no período da Alta Idade Média, quando tivemos uma verdadeira *caça às mulheres*, ou, segundo o que se denominou naquele período, uma verdadeira *caça às bruxas*.

Segundo Muraro¹⁸, por quatro séculos, a Europa foi aterrorizada por essa política de *punição do feminino*. Nas palavras da autora:

E é logo depois dessa época, no período que vai do fim do século XIV até meados do século XVIII, que aconteceu o fenômeno generalizado em toda a Europa: a repressão **sistemática do feminino**. Estamos nos referindo aos quatro séculos de “caças às bruxas”. Deirdre English e Barbara Ehrenreich, em seu livro *Witches, Nurses and Midwives* (The Feminist Press, 1973), nos dão estatísticas aterradoras do que foi a queima de mulheres feiticeiras em fogueiras durante esses quatro séculos. A extensão da caça às bruxas é espantosa. No fim do século XV e no começo do século XVI, houve **milhares e milhares de execuções – usualmente eram queimadas vivas na fogueira** – na Alemanha, na Itália e em outros países. A partir de meados do século XVI, o terror se espalhou por toda a Europa, começando pela França e Inglaterra. Um escritor estimou o número de execuções em seiscentas por ano para certas cidades, uma média de duas por dia, exceto aos domingos. Novecentas bruxas foram executadas num único ano na área de Wertzberg, e cerca de mil na diocese de Como. Em Toulouse, quatrocentas foram assassinadas num único dia; no arcebispado de Trier, em 1585, duas aldeias foram deixadas apenas com duas mulheres moradoras cada uma. **Muitos escritores estimaram que o número total de mulheres subia à casa dos milhões, e as mulheres constituíram 85% de todos os bruxos e bruxas que foram executados.** (Grifo nosso).

Essa *repressão sistemática do feminino*¹⁹ ocorria em todos

18 Ibidem, p. 13.

19 Conforme refere os autores do *Martelo das Feiticeiras*, as bruxas dos tempos modernos praticam atos carnavais íncubos (demônios na forma masculina) e se multiplicam através deles. Nas palavras dos autores, “Um Súcubo recolhe o

os campos em que havia relações de poder. Por tais razões, mesmo as mulheres que desenvolviam a função de *curandeiras populares* – cuidando de outras mulheres doentes por meio de métodos e ervas naturais – não escaparam do objeto da punição, tendo em vista que elas representavam uma ameaça ao *poder médico* que, pouco a pouco, vinha se estruturando perante algumas universidades existentes no sistema feudal. Como poderia a cura advir de métodos naturais se o conhecimento da medicina estruturava-se noutro sentido?

Essa controvérsia também foi suficiente para as curandeiras serem perseguidas pela inquisição, levando-as a organizarem-se e participarem de algumas revoltas camponesas, ainda que em um espaço político muito tímido, longe do centro das tomadas de decisões/poder²⁰.

Com a necessidade do sistema feudal se remodelar, sobretudo a partir do século XIII, centralizando, por consequência, toda a estrutura política, houve uma natural concentração de poder, que contou com a participação decisiva dos Tribunais da Inquisição, que massificou a punição em relação aos hereges e bruxos(as).

Nessa linha de ideias, novamente vale registrar as palavras de Muraro²¹ no que tange à *punição do feminino*²²:

sêmen de um homem perverso e, se for ele o demônio próprio daquele homem e não desejar transformar-se em íncubo para uma bruxa, passa o sêmen para outro demônio delegado a uma mulher ou bruxa; este então, sob os auspícios de uma constelação que favoreça os seus propósitos – de gerar um homem ou uma mulher vigorosos na prática da bruxaria –, transforma-se no íncubo para uma outra bruxa”. Ver, nesse sentido, KRAMER; SPRENGER, op. cit., p. 237.

20 Ibidem, p. 14.

21 Ibidem, p. 14-15.

22 Segundo a autora, “sete grandes teses proporcionaram esta punição do feminismo, a saber: “1º) o demônio, com a permissão de Deus, procura fazer o máximo de mal aos homens a fim de apropriar-se do maior número possível de almas; 2º) E este mal é feito prioritariamente do *corpo*, único lugar aonde o demônio pode entrar [...] 3º) E este domínio lhe vem através do *controle* e da *manipulação* dos *atos sexuais*. Pela sexualidade o demônio pode apropriar-se do corpo e da alma dos homens. Foi pela sexualidade que o primeiro homem pecou e, portanto, a *sexualidade* é o ponto mais vulnerável de todos os homens; 4º) E como as *mulheres* estão essencialmente ligadas à *sexualidade*, elas se tornam

Assim, os quatro séculos de perseguição às bruxas e aos heréticos nada tinham de histeria coletiva, mas, ao contrário, **foram uma perseguição muito bem calculada e planejada pelas classes dominantes, para chegar a maior centralização e poder.** Num mundo teocrático, a transgressão da fé era também transgressão política. Mais ainda, a transgressão sexual que grassava solta entre as massas populares. **Assim, os inquisidores tiveram a sabedoria de ligar a transgressão sexual à transgressão da fé. E punir as mulheres por tudo isso.** (Grifo nosso).

As ideias históricas *punitivistas inquisitoriais* até aqui enunciadas serviram de apoio político para a estruturação do *patriarcado* e da *repressão da mulher e do prazer*, tendo servido como uma verdadeira cartilha, ou Código Inquisitorial, que era rigorosamente observada nas acusações e nos julgamentos. Como refere Muraro, *in verbis*, “durante três séculos o *Malleus* foi a bíblia dos inquisidores e esteve na banca de todos os julgamentos”²³.

Esse período de “caça às bruxas” perdurou até o século XVIII, tendo contribuído decisivamente para a sua derrocada o *Iluminismo Penal*, a *Reforma* e a *Revolução Francesa*, movimentos sociais que estruturaram suas ideias em torno da *liberdade individual*, propulsando uma verdadeira *reforma no sistema punitivo* à luz da razão e da humanidade.

as agentes por excelência do *demônio* (*as feiticeiras*). E as mulheres têm mais convivência com o demônio porque “Eva nasceu de uma costela torta de Adão, portanto, nenhuma mulher pode ser reta”; 5º) A primeira e maior característica, aquela que dá todo o poder as feiticeiras, é copular com o demônio. Satã é, portanto, o senhor do prazer. 6º) Uma vez obtida a intimidade com o demônio, as feiticeiras são capazes de desencadear todos os males, especialmente a impotência masculina, a impossibilidade de livrar-se das paixões desordenadas, abortos, oferendas de crianças a Satanás, estrago das colheitas, doenças nos animais; 7º) E esses pecados eram mais hediondos do que os próprios pecados de Lúcifer quando da rebelião dos anjos e dos primeiros pais por ocasião da queda, porque agora as bruxas pecam contra Deus e o Redentor (Cristo), e, portanto este crime é imperdoável e por isso só pode ser resgatado com a tortura e a morte” (idem, *ibidem*, p. 16).

23 *Ibidem*, p. 16.

No campo do direito penal²⁴, vários autores²⁵ contribuíram para o surgimento de ideias humanitárias, também contribuindo com a transformação inacabada da *condição feminina*, eis que por quatro séculos as mulheres foram alvo de *perseguição* e *punição*, conforme já destacado, sendo que ainda hoje convivem com adversidades recheadas de (pré) conceitos.

Essa transformação na condição do feminino²⁶, por sua vez, em um regime patriarcal, deixou a mulher circunscrita ao âmbito doméstico, no qual ela mesma se encarregava de transmitir a seus filhos o *autoritarismo patriarcal* por valores que naturalmente foram introjetados no meio social até os dias atuais. Conforme arremata Muraro²⁷:

É com a caça às bruxas que se normatiza o comportamento de homens e mulheres europeus, tanto na área pública

24 Já o processo penal vai ganhar sua autonomia somente no século seguinte (XIX), por meio de Oskar Von Bülow.

25 Daremos destaque a três expoentes desse período, a saber: Césare de Beccaria (1738-1794), Jonh Howard (1725-1790) e Jeremias Bentham (1748-1832). O primeiro, com seu grande pequeno livro (Dos Delitos e das Penas), publicado em 1764, com inspiração nas ideias de *Montesquieu*, *Rousseau*, *Voltaire* e *Locke*, representa o marco definitivo do direito penal moderno, da Escola Clássica de Criminologia e da Escola Clássica de Direito Penal. Beccaria pretendeu uma verdadeira substituição do sistema penal anterior, abolindo o sistema de vingança privada e apresentando uma primeira modelagem teórica das ideias humanitárias do direito penal, podendo ser considerado uma das primeiras obras integradas de direito penal, processo penal e criminologia. Já o segundo (Howard) teve sua preocupação mais voltada ao *sistema penitenciário*, visando estabelecimentos penais adequados e condições mínimas ao cumprimento das penas. Há quem sustente que o *penitenciário* surgiu com Jonh Howard. Já Bentham teve como marco a ideia do controle punitivo advinda da *arquitetura penitenciária*, surgindo daí o *panoptico* que não chegou a se difundir para as prisões, mas foi considerada uma ideia inovadora. Jeremias Bentham parece ter antevisto a problemática atual das *subculturas criminais*, pois, para ele, a segregação dos homens gerava linguagem e costumes, bem como a elaboração de leis próprias que revogavam as sentenças judiciais. Ver, nesse sentido, BITTENCOURT, op. cit., p. 37-42.

26 A submissão feminina advém da própria história de Adão e Eva. Eva é gerada a partir da costela de Adão e não do ventre feminino. Adão “perverteu-se”, deixando a maçã para a sobremesa. A paixão e o amor pelo pecado devido à mordida da “saborosa maçã”. *Et caprula et embriagate*.

27 KRAMER; SPRENGER, op. cit., p. 17.

como no domínio do privado. E assim se passam séculos. A sociedade de classes que já está construída nos fins do século XVIII é composta de **trabalhadores dóceis que não questionam o sistema.** (Grifo nosso).

A *docilidade*²⁸ sobre o *corpo* se fez muito presente no século XVIII, não só em relação às mulheres, conforme mencionado, mas como técnica de *controle*, de submissão ao poder que se ramificou para todos os setores sociais. Em outras palavras, o *corpo como objeto político* a ser dominado. Nessa linha de ideias, sublinhe-se o pensamento de Foucault²⁹ ao referir que:

Técnicas sempre minuciosas, muitas vezes íntimas, mas que tem sua importância: porque definem um certo modo de investimento político e detalhado sobre o corpo, uma nova “microfísica do poder”, e porque não cessaram, desde o século XVII, de ganhar campos cada vez mais vastos, como se tendessem a cobrir o corpo social inteiro. **Pequenas astúcias dotadas de um grande poder de difusão, arranjos sutis, de aparência inocente, mas profundamente suspeitos, dispositivos que obedecem a economias inconfessáveis, ou que procuram coerções sem grandeza, são eles entretanto que levaram a mutação do regime punitivo, no limiar da época contemporânea.** (Grifo nosso).

Essa política sobre o corpo, na *contemporaneidade*, é tarefa desempenhada pelo *processo penal seletivo*, primordialmente, quando em contato com o sistema carcerário. Ainda que esse universo insalubre e com marcas do medievo possa servir de

28 Hoje, também, presente na juventude, que recebeu a sociedade “pronta” em relação às conquistas do homem. Ela – e nós – vemo-nos embevecidos pela docilidade, em que pese alguns pontuais movimentos sociais originários das jornadas de junho de 2013. Mais parecem ser movimentos do *click do Faceboock*, a qualquer organização estruturada, que tanto pode considerar uma nova forma de movimento social ou até mesmo sua descaracterização, por uma inexistência de liderança ou com uma liderança difusa. Quando a questão envolve a matéria repressiva (aumento de penas, diminuição da menoridade penal, etc.), difundem-se ideias repressoras, sustentáculo fácil e dócil da política criminal inimiga e globalizante.

29 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 120.

fonte e recepção das *subculturas criminais*³⁰, naquela parcela em que o Estado penal consegue docilizar os corpos pela disciplina, há uma verdadeira *submissão*, uma dominação a partir da qual o sujeito não consegue forças para libertar-se, levando-o, também, a outro fenômeno observado pela *criminologia* a partir da teoria do *etiquetamento*³¹.

Essa maquinaria do corpo – *historicamente presente* – é bem relatada por Foucault³² ao referir:

O corpo humano entra em uma maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política” que é também igualmente uma “mecânica de poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma “aptidão”, uma “capacidade” que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita.

30 Teoria consagrada por Albet Cohen, na obra denominada *Delinquent boys*. Ver, nesse sentido, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*.pgs. 215-240.

31 Como refere Shecaira: “A repressão punitiva – e em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido mediante a divulgação sensacionalista da mídia) produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados. No âmbito das prisões as contribuições de Goffman foram decisivas. Trouxe ele o conceito de *instituição total*, “simbolizado pela barreira à relação com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos”. Ver nesse sentido, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. p. 263-264.

32 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. p. 119.

Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada.

Uma vez diagnosticada a punição do feminino, como uma das primeiras técnicas de *controle*, passamos à análise da Inquisição em si, esse nefasto fenômeno de parte da história do Direito e do processo penal, ou melhor, dos *sistemas punitivos historicamente compreendidos*. Essa gênese nos interessa, particularmente, para *verificar o grau de permanência do inquisitorialismo na contemporaneidade*, notadamente nas questões relacionadas àquilo que o *contraditório não invade*. Em outras palavras, sua impotência frente ao “tsunâmi” punitivista de influxos multifacetários que ainda hoje assola o processo penal brasileiro.

1.3 O sistema inquisitório historicamente concebido: os Tribunais da Inquisição

A ânsia da Igreja em bem manejar esses mecanismos de controle, sobretudo, pela sua doutrina dogmática e catolicista, culminou com a instituição da inquisição³³ com o intuito de obter concentração e expansão do poder, como refere, em outras palavras, Humberto Eco ao apontar que *outrora de*

33 A inquisição deu-se no apogeu do eurocentrismo. Isto não significa que ela não tenha se espalhado pelo mundo, trazendo consequências nefastas até mesmo para o Brasil, onde a Inquisição permaneceu em plena atividade desde 1572 até a sua independência, tendo perseguido, sobretudo, *negros e índios*. Cabe referir ainda, que as legislações Filipinas, notadamente no Livro V, representa bem a legislação inquisitorial, ao confundir direito, moral e religião, que além das penas corporais, ainda confiscavam os bens. Não por acaso, o Código Filipino trata, no Título I “Dos hereges e dos apostatas” e no título III dos “Feiticeiros”. Destacamos aqui, pequeno trecho das Ordenações Filipinas no que tange aos feiticeiros, preservando o texto na sua originalidade, a saber: “Stabelecemos que toda pessoa, de qualquer qualidade ou condição que seja, que de Lugar Sagrado, ou não Sagrado tomar pedra de Ara, ou Corporaes, ou parte de cada huma destas cousas, ou qualquer outra atividade sagrada, para fazer com ella alguma feitiçaria, *morra morte natural*. Ver, nesse sentido, CARVALHO, *Pena...* p. 12-13. Ver, também, PIERANGELI, *Códigos...* p.98.

*nossas abadias, governara-se o mundo*³⁴

Não poderia existir uma verdade diferente da enunciada e pré-fabricada pela Igreja. Isso constitui uma questão central que pode ser compartilhada desde logo, pois serviu de sustentáculo ao movimento inquisitorial, como bem nos ensina Coutinho³⁵, ao colocar com perspicácia a verdadeira substituição do referencial teórico utilizado pelos católicos, principalmente em relação à concepção e leitura a respeito da *verdade*, afastando Platão (428/427-348/347 a.C) e lançado Aristóteles (384-322 d.C) como o grande arsenal teórico a ser seguido.

A obra de Platão é muito vasta – assim como a de Aristóteles – sendo que não temos a ambição de abordá-la de uma forma eminentemente exaustiva, visto que transita entre coragem, piedade, virtude, conhecimento, linguagem, imortalidade, alma, amor e justiça. Pretende-se uma análise relacionada aos sistemas processuais penais, sendo que, naturalmente, a concepção da *justiça* estava relacionada diretamente com a questão da *verdade*, tema esse que ainda é muito caro ao processo penal, que, na contemporaneidade, está para muito além da sua ambição inquisitorial, como bem nos ensina Salah.

Segundo Platão, a verdade é adquirida por métodos dialéticos de conversação entre os interlocutores, refutando e reformulando opiniões, para se chegar à *verdade sobre algo*³⁶, o que não consistia, logicamente, em um conceito adequado para a inquisição.

34 ECO, Humberto. *O nome da Rosa*. Rio de Janeiro: Globo, 2003. p. 123-124.

35 Palestra do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho no Simpósio de Ciências Criminais promovido pelo IBRASP (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), em “homenagem” aos 800 anos do Concílio de Latrão ocorrido nos dias 8,9 e 10 de outubro de 2015, na cidade de Canela, no auditório da Universidade de Caxias do Sul – UCS.

36 RODRIGUES, Fernando. “Platão”. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). São Leopoldo, Rio de Janeiro: Unisinos, Renovar, 2006. p. 634.

A verdade de Platão, todavia, não servia aos ideais da Igreja, por isso era preciso buscar outra fundamentação teórica, o que foi alcançado em Aristóteles, para o qual, a justiça universal coincide com a totalidade das virtudes morais, sendo *o juiz a figura da justiça personificada*³⁷. A guinada teórica ou o afastamento de Platão coloca Aristóteles³⁸ como uma figura central, como um modelo de ciência a partir de uma lógica deformada – que primeiro conclui e, depois, decide – colocando “sabidamente” a verdade no *ser* e criando operações inquisitórias fantásticas para arrancá-la de lá, por meio de práticas ainda hoje conhecidas, tais como a *tortura* e a *confissão*.

Claro que a leitura de Aristóteles realizada pelos inquisidores era uma leitura distorcida³⁹, de interpretação única, pois procuravam impor um pensamento inabalável e incontestável. Afinal, para Aristóteles, a personificação da justiça estava no juiz e não no inquisidor. Em outras palavras:

37 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Aristóteles (384-322 d.C)”. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord). São Leopoldo, Rio de Janeiro, 2006. p. 71.

38 É Thomaz de Aquino que traz Aristóteles para a Igreja Católica.

39 Em *O nome da Rosa* (op. cit.), Humberto Eco retrata os manuscritos de Adso, aprendiz do franciscano e ex-inquisidor Guilherme, referentes a estranhas mortes ocorridas em um monastério na Itália (Melk) no ano de 1327 e o intrigante segredo de uma biblioteca. A presença de Adso e Guilherme no Monastério deu-se para investigar tais assassinatos. Desde sua chegada se aumentaram as suspeitas e indícios de que os referidos assassinatos haviam sido realizados pelos próprios católicos, que de uma maneira ou outra se aproximavam das escrituras originais dos gregos, notadamente de Aristóteles. Fica evidenciado a impossibilidade de se pensar diferente a interpretação – errônea – outorgada pela Igreja e da distorção das traduções em relação aos livros originais. Isso se evidencia pela interpretação que os católicos fizeram, por exemplo, do riso. Pregavam que o riso não poderia ocorrer nos monastérios, porque o riso poderia colocar em dúvida a fé em Deus. Como refere ECO, ao retratar um diálogo entre Jorge e Guilherme: “O riso e sinal de estultice. Quem ri não acredita naquilo que está rindo, mas tampouco o odeia. E portanto rir do mal significa não estar disposto a combatê-lo e rir do bem significa desconhecer a força com a qual o bem se difunde a si próprio. Por isso a Regra diz: *decimus humilitatis gradus est si non sit facilis ac promptus in risu, quia scriptum est: stultus in risu exaltat vocem suam*. [...] O ânimo é sereno somente quando contempla a verdade e se deleita com o bem realizado, e da verdade e do bem não se ri. Eis por que Cristo não ria. O riso é incentivo à dúvida”.

a *Inquisição* está diretamente ligada à questão da *verdade* absoluta, ou melhor, a *verdade da Igreja*, aquela sobre a qual não cabem questionamentos, terreno fértil para o desenvolvimento da *submissão* dos comportamentos aos preceitos do direito canônico. Eis a verdade correspondente, como refere Salah⁴⁰ em sua tese doutoral:

[...] a verdade correspondente é mais que um conceito; é uma espécie de critério argumentativo que oferece suporte à arquitetura inquisitória processual, que persiste em manter-se vigente, mesmo dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, o qual por excelência não deveria comportar espaço para o florescimento de sensibilidades inquisidoras. O conceito de verdade correspondente é suficientemente maleável para encontrar resguardo sob as mais diversas nomenclaturas, como real, substancial e material, sendo que sua roupagem não é fundamentalmente alterada em concepções que resguardam a noção correspondente de forma relativa ou aproximativa e que permanecem justificando a busca pela verdade como elemento central do processo.

Nas palavras de Legendre, para compreender a instituição total é preciso “penetrar a camuflagem dogmática para observar o fenômeno institucional”⁴¹. Não por acaso a instituição foi inventada pelo Direito romano. Sua órbita de estruturação funda-se justamente na *submissão*, na crença do *amor*⁴² – do sensor –, na sua onipotência e onipresença.

Os hereges, paradoxalmente, eram necessários para a própria estruturação da instituição que soube muito bem criar um novo panorama das técnicas de *economia do poder*. Como

40 KHALED JR., op. cit., p.11-12.

41 LEGENDRE, op. cit., p. 8.

42 Segundo o LEGENDRE (op. cit., p. 7), “o amor do censor dá título a este curto trabalho, esta referência está aí para lembrar, segundo o estilo ingênuo dos teóricos medievais da Lei, fundadores do Ocidente de uma medicina da alma, que o Poder toca no nó do desejo; por esse prodígio, o oponente pode ser definido como um culpado, e o erro, como uma falta”.

bem refere Salo de Carvalho⁴³, “juridicamente, o modelo inquisitorial estrutura uma nova economia de poder cujas manifestações são presentes até os dias atuais, sobretudo por ser um sistema fundado pela busca de uma verdade real”.

Não havia espaço⁴⁴ para a aceitação dos hereges⁴⁵, aqueles que não estavam dispostos a reproduzir um discurso único, manipulador e massificado. O cristianismo era considerado um fator de unidade política, não havendo espaço para qualquer divergência.

Esse tipo de *controle e repressão* às doutrinas consideradas heréticas toma uma nova dimensão no final do século XII e início do século XIII, com o movimento popular dos cátaros e valdenses no sul da França⁴⁶, que procuravam pregar o evangelho com uma linguagem popular, coisa que Lutero, mais tarde, conseguiu fazer, ao traduzir as escrituras para a língua alemã e comprovar que a palavra de Cristo não pregava exatamente aquilo que a Igreja promulgava pela Europa.

No que tange ao surgimento da inquisição⁴⁷, ressaltamos

43 CARVALHO, *Pena...* p.12.

44 Tanto é verdade que as universidades do século XVII centravam suas discussões, notadamente na teologia, sendo que o pensamento crítico não encontrava espaço para diálogo. Não por acaso Martin Lutero viu-se obrigado a abandonar seus estudos doutorais, justamente porque não lhe era dado a oportunidade de insurgir-se contra a venda de indulgências da Igreja, dentre outras questões.

45 Segundo refere os autores do Martelo das Feiticeiras, cinco são as condições para um correto julgamento dos hereges, a saber: “Primeiro, há de estar em erro de julgamento ou de raciocínio. Segundo, o erro há de tratar de assuntos pertinentes a fé, seja contrário ao ensinamento da Igreja como a fé verdadeira, ou contrário à sã moralidade e, portanto, não conduzindo a alma do indivíduo à vida eterna. Terceiro, o erro há de encontrar-se naquele que professou a fé católica, caso contrário seria um judeu ou pagão, e não um herege. Quarto, o erro há de ser de tal natureza que aquele que o defenda ainda preserve alguma verdade no Cristo, no que tange à sua majestade ou à sua humanidade; porque se um homem nega inteiramente a fé, é na verdade um apóstata. Quinto, há de ser pertinaz e obstinado na defesa de seu erro. Ver, nesse sentido, SPRENGER; KRAMER, op. cit., p. 384.

46 Em realidade, os Cátaros faziam um cristianismo diferente. Ainda assim, contra eles perdurou uma guerra por 21 anos.

47 Em que pese ser apontada a Bula de Inocêncio IV (1252) como o marco do nascimento do sistema inquisitorial, em especial em decorrência da Lei 25 que

as palavras de Eymerich⁴⁸:

A inquisição propriamente surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O Papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais. Estes foram recrutados entre os membros da ordem dos dominicanos (a partir de 1233), seja por sua rigorosa formação teológica (era tomistas), seja também pelo fato de serem mendicantes e por isso presumivelmente desapegados de interesses mundanos. A partir de então se foi criando uma prática de controle severo das doutrinas, legitimadas com sucessivos documentos pontifícios como a **bula de Inocêncio IV (Ad extirpanda) de 1252, que permitia a tortura nos acusados para quebrar-lhes a resistência. Até que em 1542 o Papa Paulo III estatuiu a Sagrada Congregação da Inquisição Romana e Universal ou Santo Ofício como corte suprema de resolução de todas as questões ligadas à fé e à moral.** (Grifo nosso).

Conforme se percebe, é direta a participação da Igreja no sistema inquisitorial, para punir e julgar todos aqueles que não comungavam dos anseios da fé e da moral pregados pelo catolicismo. Em matéria penal, isso passou a ser regrado pelo Santo Ofício, mediante um “código” próprio, que não permitia qualquer espécie de reflexão diversa daquela proferida pela Igreja. Nessa teia de argumentos, Miranda de Coutinho

admitia a tortura, o início dessa gestação deu-se em 1213 com o Concílio de Latrão, que se reuniu por praticamente 2 anos, pregando para aproximadamente 2.000 pessoas para fazer valer o elemento novo, de descoberta da verdade, enaltecendo a confissão. Não por acaso uma vez por ano os católicos precisam confessar, não para saber o que eles fizeram de bom, mas para a igreja saber e controlar justamente aquilo que eles fizeram de ruim. Já no Concílio de Trento, a confissão vira sacramento, um pilar genial do sistema inquisitorial. Dados coletados no evento comemorativo aos 800 anos do Concílio de Latrão, promovido pelo IBRASP (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) entre os dias 8, 9 e 10 de outubro de 2015, na Universidade de Caxias do Sul – UCS – Campus Canela.

48 EYMERICH, Frei Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Trad: Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p.13.

destaca⁴⁹:

O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas”.

De acordo com Salo de Carvalho⁵⁰, a *instrumentalização da inquisição* dividiu-se em duas fases, ou seja, a *inquisitio generalis* e a *inquisitio specialis*, sendo que a primeira buscava tão somente a materialidade do fato, enquanto que a segunda buscava a identificação da culpa, surgindo, assim, a *cognitio extra ordinem*, ou seja, o *processo inquisitório* realizado e decidido *ex officio*, cuja *tortura* era a principal fonte de *prova*.

Nessa mesma esteira, Ferrajoli⁵¹ salienta que é na Roma Imperial que surge a Inquisição, transformando-se a acusação pública – do sistema acusatório – em *denúncia fatal* ou *calúnia oculta*, *in verbis*:

Não ao acaso as primeiras formas de processo inquisitório se desenvolveram na Roma Imperial com os procedimentos de ofício para os *delicta publica*, a começar pelos *crimina laesae majestatis* de subversão e conspiração, em que se presume ofendido um direto interesse do príncipe e a parte ofendida se identifica com o Estado. Faltando o sentimento cívico e o costume de liberdade que na República havia permitido o funcionamento da iniciativa acusatória por parte de qualquer cidadão, a “*acusação pública se transformou na denúncia fatal*” e na “*calúnia oculta*”, que “*se tornaram instrumento de tirania*”. Nasceu assim, com a *cognitio extra ordinem*, o procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido *ex officio*, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe (os *irenarchi*, os *curiosi*, os *nunciatores* e os *stationarii*),

49 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: *Crítica a teoria geral do direito processual penal*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. (Coord.): Renovar, 2001. p.18.

50 CARVALHO, *Pena...* p. 8.

51 FERRAJOLI, Op. cit., p. 451.

baseado na detenção do acusado e na sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura.

Pela lógica inquisitorial historicamente concebida, acaso o processo penal chegasse ao seu fim sem que efetivamente tivesse conseguido uma *condenação*, tal desfecho representava um processo “falho”, “ineficaz” e “inoperante” perante os anseios do Estado/religião.

Habilmente, a inexistência da coisa julgada coexistia com o cuidado do inquisidor para não declarar na sentença que o acusado era inocente, mas apenas que nenhuma prova fora encontrada para condená-lo, possibilitando-se, assim, que o mesmo continuasse ao alcance da inquisição⁵².

Conforme já pontuado, essa matriz inquisitória instituiu-se de forma perene, permanecendo pulsante até os dias atuais, em cada processo penal, notadamente nos seus extremos, naturalmente que através de outras roupagens. Em outras palavras: não podemos ignorar a existência do *paradigma inquisitorial*, como observa Salo de Carvalho⁵³:

Este saber não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(ram) inspiração. **Mas em matéria penal e processual penal, a elaboração desta matriz foi tão genial que permanece vigente nos tempos atuais. Assim, caracterizar o paradigma inquisitorial não representa mero exercício lúdico da academia, mas sim identificar possibilidades concretas de sistemas jurídicos desvirtuados (autoritários) – mudam os sinais, mas não a lógica de um sistema totalitário e por isso repressivo de toda e qualquer diferença.** (Grifo nosso).

A ideia inquisitorial pode transferir-se com naturalidade para regimes autoritários (como o fundante do Código de Processo Penal Brasileiro), ocasionando toda e qualquer espécie

52 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 116.

53 CARVALHO, *Pena...* p. 6.

de *exclusão*⁵⁴, fazendo do processo penal um instrumento a seu serviço. Mergulhado neste sistema de *submissão* e nascendo timidamente em meio a essa matriz, naturalmente que o *contraditório corre o risco de atuar nesta mesma lógica inquisitiva*, tanto na teoria e, sobretudo, na prática, como de fato vem ocorrendo.

Na lógica inquisitorial, o processo penal – se é que assim poderia ser chamado – *estava a serviço da condenação*, não havendo lugar para um processo de partes na medida em que o juiz conduzia os atos de investigação, direção, acusação e julgamento, colocando o réu em uma verdadeira condição de inferioridade, sendo que a fiscalização de eventual excesso ficava a critério do próprio acusador, constituindo a origem remota daquilo que posteriormente foi denunciado por Goldschmidt - e tal como refere Lopes Júnior⁵⁵ - como sendo um “erro psicológico”, ou seja, “crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

Nesse contexto, a absolvição⁵⁶ era – e continua sendo

54 Negros, índios, imigrantes, etc.

55 LOPES JÚNIOR, Direito... p. 117.

56 No Tribunal da Inquisição, havia 13 tipos de veredictos. Encontramos a absolvição na primeira possibilidade de conclusão do processo, oportunidade em que o réu poderia ficar livre de qualquer crime de heresia. Apesar da absolvição, o réu poderia ser colocado novamente em julgamento, caso ficasse, posteriormente, provada sua heresia, uma espécie de *revisão criminal pro societate*. Nesse sentido, sublinhem-se as diretrizes consagradas no Manual dos Inquisidores, *in verbis*: “[...] Tomando assento no nosso Tribunal, em conformidade com a nossa função de juiz, com o olhar fixo apenas em Deus e **interessado apenas na verdade**, com os sagrados evangelhos diante de nós, a fim de que nosso julgamento emane da face de Deus e para que **nossos olhos sejam a verdade**, Pronunciamos nossa sentença definitiva da seguinte maneira: Invocando o nome de Cristo, não encontrando – em tudo o que vimos e ouvimos, no que foi proposto nesta causa – nada que tenha legitimamente provado por que foste “denunciado”, dizemos, declaramos e sentenciamos que não há e não houve nada contra ti que possa considerar-te herege ou suspeito de heresia. Eis a razão por que te liberamos, através desta sentença do julgamento inquisitorial. Dado em tal lugar etc.” (Grifo nosso). DOMINICANO, Frei Nicolau Eymerich. *Manual dos Inquisidores*. Trad: Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993. p. 150.

– a derrocada do processo. Como refere Cernelutti⁵⁷, muito embora em outro contexto, “um processo penal que se resolve com uma sentença como esta é um processo que não deveria ter sido feito, e o processo penal é como um fuzil que, muitas vezes, emperra quando não solta o tiro pela culatra”.

A ampliação dos poderes do Estado/juiz (ou do príncipe) foi de tamanha magnitude a ponto de se unificar, no mesmo órgão, as funções de *acusar* e *julgar*, conforme já destacado. Não havia salvação fora da Igreja, e os hereges⁵⁸ que ousavam realizar interpretação diversa daquela realizada pelo Papa em relação às *escrituras* eram perseguidos e não raras vezes condenados à morte⁵⁹, de modo especial, aqueles que se

57 CARNELUTTI, op. cit., p. 27.

58 Eram considerados hereges aqueles que “elegiam” uma doutrina falsa (será aí o surgimento do termo “doutrina majoritária”), em detrimento a da Igreja Católica. O herege transmitia a ideia de quem elegia outra doutrina, aderiria a outras fontes e buscava a separação da Igreja. Como refere DOMINICANO (op. cit. p. 33-36.), “existem heresia e seita, quando a compreensão ou interpretação do Evangelho está em desacordo com a compreensão e a interpretação tradicionalmente defendidas pela Igreja Católica”. Ainda, segundo o autor, existem, basicamente, 3 (três) causas que determinam o caráter herético de um artigo ou de uma proposição, a saber: “a) se é contrária a qualquer artigo de fé, como por exemplo, o dogma da Santíssima Trindade ou da Encarnação do Filho, ou a outros artigos parecidos que constituam a base da nossa fé católica e o essencial da nossa crença; b) se é contrária a qualquer verdade que a Igreja tenha declarado de fé: por exemplo, que o Espírito Santo não procede do Pai e do Filho como de dois princípios, ou que a usura não é um pecado; c) se é contrária ao conteúdo dos livros canônicos: por exemplo, que Deus não criou o céu e a terra, ou Cristo não mandou seus discípulos pregarem, ao contrário do que dizem o Gênesis e o Evangelho segundo São Marcos, livros que a Igreja considera canônicos. É necessário crer, efetivamente, em tudo o que está escrito nos livros canônicos”. Os hereges recebiam, ainda, acepções jurídicas tais como: “a) os excomungados; b) os simoníacos (quem comercializava os sacramentos); c) quem se opuser a Igreja Romana e contestar a autoridade que ela recebeu de Deus; d) quem cometer erros na interpretação das sagradas escrituras; e) quem criar uma nova seita ou aderir a uma seita existente; f) quem não aceitar a doutrina romana no que se refere aos sacramentos; g) quem tiver opinião diferente a Igreja de Roma sobre um ou vários artigos de fé, h) quem duvidar da fé cristã”.

59 Conforme refere Boff: “Assim, no século XIV, a Inquisição condenou o médico e filósofo Pietro d’Abano e seu conterrâneo Cecco d’Ascoli porque afirmavam a existência dos antípodas. Partiam da acepção de que a Terra era uma esfera redonda; portanto, os que viviam do outro lado dela eram antípodas. Os

insurgiam contra a venda das indulgências, como foi o caso de *Martinho Lutero*.

Os hereges eram considerados *inimigos* mortais⁶⁰ e, como tal, eram perseguidos. Como refere Boff⁶¹, “o herege é o arqui-inimigo da fé. O ser perigosíssimo. Se o perigo é máximo, máximas devem ser a vigilância e a repressão [...]”.

Talvez, pudéssemos apontar aí a origem remota, devido à diferença da estrutura teórica, *do inimigo*, de Günther Jakobs⁶², bem como da política criminal terrorista⁶³, pois,

inquisidores argumentavam: segundo a Bíblia, a terra não é uma bola redonda, mas uma chapa redonda e chata. E a Bíblia, porque é a palavra de Deus, não pode ensinar erros. Aceitar a terra como uma esfera seria assumir a visão pagã e admitir que a Bíblia está errada e a Igreja não é infalível. Ambos foram condenados à fogueira, não por terem proferido uma heresia ou negado alguma verdade de fé, mas porque afirmavam uma verdade física do mundo que, indiretamente, entrava em conflito com a visão cosmológica da Bíblia. Como se depreende, praticamente tudo cai sob a suspeita de heresia. **Portanto, todos são condenados à repetição do discurso oficial.** E o império da monotonia do status quo. O congelamento da história. Todos se tornam suspeitos”. (grifo nosso). Ver, nesse sentido, BOFF, Leonardo. *Manual dos Inquisidores*. Trad: Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 16.

60 Como exemplo, pode-se referir que, os hereges relapsos(suspeito de heresia, reincidente ou protetor de outros hereges), de acordo com a lei, tinham o seguinte tratamento, conforme refere Dominicano: “que os patarinos e todos os hereges, quaisquer que sejam os seus nomes, sejam condenados à morte. Serão queimados vivos em praça pública, entregues em praça pública ao julgamento das chamas. É de fundamental importância prender a língua deles ou amordaçá-las antes de acender o fogo, porque, se têm possibilidade de falar, podem ferir, com suas blasfêmias, a devoção de quem assiste à execução”. Ver, nesse sentido, DOMINICANO, op. cit., p. 48.

61 BOFF, op. cit., p. 11.

62 Claro que, em Jakobs, a noção do inimigo adquire uma faceta diversa, sobretudo relacionada ao combate ao terrorismo, o que acabou contribuindo para aquilo que criticamente se chama o “direito penal do terror”, cada vez mais realimentado por novos episódios mundiais, como, recentemente, o ataque ao jornal francês e a casa de espetáculo Bataclan, levando o governo francês a lançar um forte pacote repressiva contra os imigrantes.

63 Como relata Pastana: “Os atentados terroristas de 11 de setembro no World Trade Center, em Nova York, e na sede do Pentágono, em Washington, **representam um novo paradigma político não apenas para os Estados Unidos, mas para todo o Ocidente. A consequência imediata é a restrição das liberdades civis em nome da segurança coletiva.** Ainda sob o impacto dos ataques, o Congresso norte-americano aprovou, por uma esmagadora maioria (98 votos a um no Senado, e 357 a 66 na Câmara dos Deputados), em

em tempos de *riscos* de toda ordem, aumentam-se o poder de vigilância dos mecanismos e agências de controle.

Tamanho era o rigor do Tribunal da Inquisição que também punia os mortos⁶⁴ denunciados de heresia, sem qualquer *pessoalidade* na aplicação da sanção, uma vez que – não podendo punir o “processado morto” – a punição direcionava-se para seus filhos, que, por conseguinte, carregavam o rótulo de *filho de herege*, declarados infames e inaptos para qualquer cargo público ou privilégios. Daí porque a importância de ter se estruturado, após o *iluminismo penal*, o princípio da *pessoalidade da pena*⁶⁵.

outubro de 2001, o U. S. Patriot Act (Lei Patriótica Americana) que ampliou os poderes da polícia federal norte-americana (o FBI) e de outras agências de manutenção da ordem. Tal lei, renovada pelo Congresso em março de 2006, deu ao governo norte-americano poder para conduzir operações em sigilo, reprimir manifestações, colocar pessoas sob vigilância (mesmo sem nenhuma prova que justifique a suspeita) ou recolher, com o objetivo de levar adiante uma investigação, informações confidenciais sobre a vida privada de cidadãos norte-americanos, bem como de estrangeiros residentes nos Estados Unidos. A partir de então, passamos a assistir a uma série de políticas norte-americanas que, a pretexto de combates ao terrorismo, incide em arbitrariedades”. Ver, nesse sentido, a tese doutoral de PASTANA, Débora Regina. *Justiça Penal no Brasil Contemporâneo. Discurso democrático, práticas autoritárias*. São Paulo: UNESP, 2009, p. 36.

64 Conforme refere BOFF (ibidem, p. 18), “Outras vezes, como os próprios autores do Manual contam, exumavam-se os cadáveres e abriam-se os processos contra eles. Sob o Papa Clemente VI (1342-1352), por exemplo, em Béziers, foi exumado, por ordem deste papa beneditino, o cadáver de frei Pedro João, dos franciscanos menores. Acusado publicamente de herege, o frade já morto foi condenado, quebraram-lhe os ossos e os queimaram (parte, I, 12). Os autores justificam: “trata-se de uma sentença perfeitamente de acordo com o Direito, se bem que acabe, lamentavelmente, punindo quem não cometeu crime nenhum” (os filhos dos hereges). Mas continuam com escrúpulos e perguntam-se a si mesmos:” Como proceder contra um morto? Uma questão difícil, porque será que se pode abrir um processo contra quem, por definição, não pode comparecer? Não seria melhor falar claramente de “condenação da memória de Fulano do que processo? Sim, em direito civil. Mas evidente que não, em se tratando de um delito de lesa-majestade divina (parte, III, 22)”.

65 Como bem refere LUISI: “É princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Praticamente em todas as nossas Constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A vigente Carta Magna contém essa norma no inciso XLV, do artigo 5º: Nenhuma pena passará da pessoa do condenado...Ao contrário do ocorrido no direito pré-beccariano a pena não pode se estender

Além da inobservância da pessoalidade, no que tange à questão probatória, o meio utilizado, com frequência, pelos inquisidores, para se alcançar a condenação era *confissão*⁶⁶ obtida por meio da *tortura*⁶⁷, que ocorria com a permissão dos bispos. Quanto ao tema, Boff⁶⁸ sublinha:

A regra básica é esta: É bom lembrar, antes de proceder à tortura, de que sua finalidade é menos provar um fato do que obrigar o suspeito a confessar a culpa que cala [...]; a tortura serve apenas como paliativo na falta de provas (parte III, F, 28,7). Por isso, para a Inquisição não há pessoas não-torturáveis. Este é um direito que não conta nas questões de heresia: nenhuma das pessoas isentas de tortura a propósito de qualquer delito não o será, tratando-se de heresia, embora, de fato, se prevejam exceções a membros da alta hierarquia e da nobreza superior. Não escapavam os velhos e as crianças: “pode-se considerá-los, mas com uma certa moderação; devem apanhar com pauladas ou, então, com chicotadas” (parte II, H) [...] **A confissão é tudo na Inquisição, não as provas [...]** **Diante do tribunal da inquisição basta a**

a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco”. Ver nesse sentido, LUISI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p.51.

66 Conforme refere LOPES JÚNIOR: “tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas”. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, p.116.

67 Conforme referido no Manual dos Inquisidores, haviam 7 (sete) regras básicas que determinavam a tortura, a saber: 1) Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra [...]; 2) O suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado [...]; 3) O suspeito contra quem se conseguiu reunir um ou vários indícios graves deve ser torturado [...]; 4) Vai para a tortura quem tiver um único depoimento contra si em matéria de heresia [...]; 5) Será torturado aquele contra quem pesarem vários indícios veementes ou violentos [...]; 6) com muito mais razão, será torturado, à semelhança do caso anterior, quem tiver, além de tudo, contra si, o depoimento de uma testemunha; 7) Quem tiver apenas uma difamação, ou uma única testemunha, ou ainda, um único indício, não será torturado [...]” (ibidem, p. 208).

68 Ibidem, p. 19.

confissão do réu para condená-lo. (Grifo nosso).

A tortura era utilizada para várias finalidades instrutórias do “processo”, como aponta Beccaria⁶⁹:

Uma crueldade que o uso consagrou na maioria das nações é a tortura do réu durante a instrução do processo, quer para convencê-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices, ou por quem sabe qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente, por outros delitos que poderia ser autor, mas dos quais não é acusado.

A busca da confissão durante a fase instrutória era considerado um método de resolução do “processo”. A terceira parte do *Malleus Maleficarum*⁷⁰ trata das medidas judiciais propriamente ditas e das normas para a instauração dos processos, bem como os métodos para a aplicação da sentença, que assim refere:

Portanto, conclui-se que o mais justo é quando o juiz procede da maneira indicada, através dos interrogatórios e dos depoimentos das testemunhas, já que, conforme dissemos, lhe é permitido nessa espécie de causa conduzir o processo de forma abreviada e sumária. E convém confinar a acusada na prisão por algum tempo, ou por alguns anos, caso em que, talvez, depois de padecer por um ano das misérias do cárcere, venha a **confessar** os crimes cometidos. (Grifo nosso)..

Diante desse quadro, conseqüentemente, a defesa era praticamente inexistente⁷¹, bastando a confissão para a

69 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999, p. 69.

70 Ver, nesse sentido, SPRENGER; KRAMER, op. cit., p. 413.

71 Ainda que não concordemos com as ideias expostas por Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa, fizemos referência a elas tão somente para rechaçar-las. Isto porque, o autor critica a concepção dos processualistas em relação aos sistemas processuais penais. Segundo ele, a análise dos processualistas brasileiros implica em uma “segunda realidade”, aduzindo que o processo acusatório era uma verdadeira barbárie, cujas práticas não autorizam dizer que estavam presentes as garantias do acusado, aduzindo, por outro lado, que o processo penal inquisitório havia uma rigorosa análise desde o recebimento da denúncia até a condenação, que os advogados eram pagos pela Igreja e que a Inquisição foi a responsável

condenação. Nas palavras de Carvalho⁷², “o sistema inquisitivo, portanto, exclui o contraditório, limita a ampla defesa e obstaculiza, quando não inviabiliza, a presunção de inocência [...]”. Nesse sentido, laborando com os aportes de Rui Cunha Martins, Lopes Júnior⁷³ refere que “é da essência do sistema inquisitório um ‘desamor’ total pelo contraditório”.

*Se o crime da heresia⁷⁴ é cometido no cérebro e fica na alma nada mais é suficiente, além da confissão do réu, para que a sentença condenatória fosse decretada, sendo totalmente inútil, para este fim, a participação da defesa, que tem uma função meramente nominal, diria até perversa, pois não se trata de defender o réu, mas de agilizar a sua condenação.*⁷⁵ Eis aqui o engenho da Igreja em afastar Platão e referendar Aristóteles, conforme abordado no início deste subitem.

Completamente *ausente* era a existência de um *contraditório*⁷⁶ eficaz, que efetivamente pudesse atacar os

pela criação de alguns institutos processuais penais, tais como a liberdade como fiança e o regime aberto de cumprimento das penas, dentre outros. Ver, nesse sentido, BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. Deslocamentos Semânticos: Acusação e Inquisição. *Revista Duc In Altum Caderno de Direito*, v. 6, n. 10, p.159-189, jul./dez. 2014. Conforme já referimos, não estamos de acordo com o autor, tendo em vista as fontes até aqui consultadas que nos permitem apontar que o processo inquisitório efetivamente não constitui uma “segunda realidade”, senão a realidade primeira, que manchou a história da humanidade, assim como os regimes nazistas e fascistas.

72 CARVALHO, *Pena...* p. 18.

73 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 112.

74 A suspeita de heresia era escalonada (fraca, forte, grave ou violenta, sendo que essa última era suficiente para a condenação, **não se admitindo nenhum tipo de contraditório** e, conseqüentemente, de defesa do “herege”. Nesta linha de ideias, ver DOMINICANO, op. cit., pgs. 77-78.

75 DOMINICANO, op. cit., p. 19.

76 Observando a história das ideias de forma não linear, GLOECKNER e AMARAL, apontam: “Esse bloqueio comunicacional aponta para a mesma estratégia empregada pelo segredo no sistema inquisitorial. Minar ou reduzir as chances de o acusado tornar-se protagonista, sujeito de produção da verdade. A não ser enquanto sujeito que confessa. Ao se recorrer à estética da confissão anteriormente delineada, percebe-se que sua função é transformar o discurso do fato no discurso sobre a pessoa. **E, assim, impossibilitar o contraditório**”. (Grifo nosso). Cf.: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: EdUPUCRS, 2013. p. 341.

termos da acusação, até porque o réu e seu defensor – nesta participação meramente formal – eram considerados um empecilho à agilidade processual, sendo que, não raras vezes, o defensor deveria atuar de forma a fazer o réu confessar o mais rápido possível. Conforme Sprenger e Kramer⁷⁷, “são causas a serem conduzidas da maneira mais simples e mais sumária, sem os argumentos e as contenções dos advogados de defesa”.

Desse modo, já é possível traçar as características fundamentais do sistema inquisitório, como aponta Coutinho⁷⁸, com especial destaque para a questão da *gestão da prova*⁷⁹:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na **gestão da prova**, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a vantagem (aparentemente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases [...] O trabalho do juiz, de fato, é delicado. **Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.** (Grifo nosso).

O inquisidor era uma pessoa dotada de autoridade, pois era nomeado pelo Papa, sendo que o processo poderia ser aberto pela acusação mediante registro, por denúncia e por investigação. O desenvolvimento do processo era sumário, não se podendo mostrar os autos da acusação ao acusado, tampouco

77 SPRENGER; KRAMER, op. cit., p. 406.

78 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crítica à teoria geral do direito processual penal. São Paulo: Renovar, 2001. p. 24.

79 O autor adverte que este sistema de gestão da prova - nas mãos do juiz ou do inquisidor - permite que se labore com aquilo que Franco Cordero denomina *primato dell'ipotesi sui fatti*, que constitui o ponto central da discussão relacionada a gestão da prova, e sem o qual não se pode compreendê-lo na sua essência. Ao fim e ao cabo, o *primato dell'ipotesi sui fatti* leva a produção de *quadros mentais paranoicos*.

discuti-los. Os inquisidores eram capazes de reconhecer os hereges tão somente por indícios. O modelo inquisitório historicamente concebido perdurou até a Revolução Francesa, tendo contribuído decisivamente para sua queda o iluminismo penal e a adoção dos júris populares, iniciando-se a transição para o famigerado “sistema misto”⁸⁰.

Não se pode finalizar este tópico sem antes registrar que esses apontamentos sobre a inquisição têm como horizonte individuar as premissas históricas e conceituais sem qualquer pretensão de linearidade e reducionismo de uma política inquisitorial, que não ocorreu de forma homogênea ao longo de seus quatro séculos, sendo difícil ou não cientificamente recomendável enclausurar tais ideias em um modelo acadêmico fechado⁸¹, até porque ainda se encontram alguns *quadros de inquisitorialidade na contemporaneidade* – e isso, sobretudo, interessa-nos para o desenvolvimento da *epistemologia do contraditório*.

Tampouco tal análise constitui mero exercício acadêmico, na medida em que nos interessam esses mecanismos de controle dos aparelhos estatais (que reflete no processo), fundados e aperfeiçoados ao longo dos séculos, tendo adquirido uma dimensão estratosférica, cujas ramificações encontram-se dissipadas até hoje no seio do processo penal contemporâneo, minimizando a sua função instrumental enquanto limitador do poder de penar, o que se torna decisivo na atuação do contraditório, que acaba por ser refém, submisso e sem força reativa, ao poder (neo)inquisitorial, desafiando novas posturas constitucionais e convencionais, o que não significa que não estejamos a comemorar alguns avanços tais como os advindos da nova redação do artigo 3-A do CPP - que privilegia o contraditório - ainda que sua vigência esteja suspensa por decisão liminar proferida no âmbito da Suprema Corte brasileira, conforme destacado no início desta obra.

80 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 117.

81 CARVALHO, *Pena...* p. 14.

Capítulo 2

A VERDADEIRA FACETA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ATUAL

A derrocada da inquisição, enquanto modelo puro decorrente do advento da Revolução Francesa e do iluminismo penal, abriu espaço político-jurídico para a retomada gradual, ainda não alcançada na sua plenitude, do sistema acusatório¹. Naquele contexto, não era mais possível e interessante politicamente a concentração de poderes e atividades exclusivamente nas mãos do inquisidor, uma vez que o espetáculo² da punição deixou de ser aceito com naturalidade, razão pela qual o processo foi cindido, atribuindo funções distintas e independentes para as tarefas de acusar e julgar³, abrindo-se os primeiros espaços para a defesa de uma forma mais delineada.

1 Durante o desenvolvimento desta obra entrou em vigor o denominado pacote anticrime (Lei n.º 13.964/19) que trouxe alterações e inovações significativas em matéria de direito penal, processo penal e execução penal, sob os “olhares da criminologia”. No que tange ao processo penal, merece destaque o acréscimo do artigo 3-A do CPP, conforme já apontado, que ao introduzir o juiz de garantias fortalece a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, por mais que as vozes inquisitoriais de plantão tenham rapidamente tratado de recorrer a Suprema Corte para suspender, provisoriamente pois em decisão liminar, a vigência do referido dispositivo processual. Naturalmente que não se pode iludir que isso seja suficiente para estruturar o processo penal como eminentemente acusatório, não só porque essa concretização depende muito da cultura jurídica como também pelo fato do legislador manter vigente, ainda que se possa advogar pela revogação tácita, o artigo 156 do CPP, dentre tantos outros dispositivos processuais que necessitam de uma verdadeira “filtragem acusatória”. Em outras palavras: ainda tenhamos muito a avançar no ponto, não se pode negar que o artigo 3-A representa um avanço democrático/acusatório no sentido de fortalecer a máxima constitucionalidade e convencionalidade do processo penal brasileiro, lugar de excelência para que se estabeleça uma nova atuação do contraditório.

2 FOUCAULT, *Vigiar...* p. 30-57.

3 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 117.

Apesar de ter ocorrido essa separação na função dos sujeitos processuais, o Estado manteve o monopólio da função de julgar, outorgando ao Ministério Fiscal a função de *promover* a justiça (e não a exercer), como bem salienta Goldschmidt⁴:

Los funcionarios del Ministerio fiscal como querelantes no tienen una posición distinta de la de los demás querelantes, si se prescinde de que el Ministerio fiscal es el “promotor iustitiae”, es decir, el órgano oficial que tiene, como dice el art. 1º del Estatuto del Ministerio fiscal del 21 de junho de 1926, la misión de “promover la acción de la justicia, en cuanto concierne al interés público”; “promover” la justicia, dice el artículo, no dice “ejercerla”.

É justamente essa unificação inicial das funções de julgar e acusar e a confusão conceitual entre *promover* a justiça e *exercer* a justiça que acabam vinculando⁵, historicamente, o Ministério Público ao sistema inquisitório, justificando-se, até hoje, muitas posições e medidas adotadas no processo penal pelo Ministério Fiscal. Nas palavras de Lopes Júnior⁶:

Aqui nasce o Ministério Público. Por isso, existe um **nexo entre sistema inquisitivo e Ministério Público, como aponta Carnelutti**, pois essa necessidade de dividir a atividade estatal exige, naturalmente, duas partes. Quando não existem, devem ser fabricadas, e o Ministério Público é uma parte fabricada. Surge da necessidade do

4 GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 51.

5 Basta analisar o pacote repressivo que foi proposto pelo Ministério Público Federal como medidas de “combate a corrupção” para comprovar tal assertiva. Naturalmente que o enfrentamento a corrupção deve existir e essa é uma aspiração de todos os atores processuais. Entretanto, isso não deve ser confundido com o “combate ao devido processo legal/penal”, verdadeiro termômetro dos Estados Democráticos, pois mesmo a punição da corrupção - ou de qualquer outro delito - deve ocorrer em observância as regras do processo penal. Ver nesse sentido artigo de nossa autoria apresentado no 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS, denominado *Da violência da corrupção a corrupção da violência: perspectivas processuais e criminológicas de enfrentamento da política criminal de combate a diferença*. Tirant lo blanch, 2018. v. 8. p. 292-302.

6 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 118.

sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz. Eis aqui outro erro histórico: a pretendida imparcialidade do MP. (Grifo nosso).

Antes de avançar para a concepção histórica daquilo que se compreende por sistema *misto*, é preciso abrir uma pequena janela neste ponto, pois entende-se que justamente aqui – na alegada *imparcialidade do Ministério Público* – existe um ponto a ser desvelado do processo penal brasileiro, qual seja, crer – e isso efetivamente é uma crença⁷ – que no processo penal, o Ministério Público consegue exercer, paralelamente à acusação⁸, uma função “imparcial”, com a finalidade de manter a “ordem jurídica”, satisfazendo, assim, o “interesse social”. Como podem a dogmática jurídica e seus mitos

7 Rui Cunha Martins (op. cit., p. 43) destaca a crença como instituidora do real, como antecipação e dispensabilidade de qualquer verificação epistêmica. Para o autor, “a crença institui o real no qual ela crê. Dá por adquirido o seu objecto, a verdade do objecto de crença, assumindo sem mais a respectiva realidade. Digamos que ela joga por antecipação, dispensando-se de tarefas de determinação e despistagem do que ela conhece como existente e, donde, por actuante. Ela “salta directamente para o acto”, prescindindo da construção cognitiva do objecto, motivo pelo qual, “a crença no real não é uma ilusão, mas é alucinatória: nós cremos no mundo e no eu sem esperar justificação nem confirmação, a aparente autossuficiência da sua realidade dispensa verificação”. A crença, portanto, pode definir-se como um “saber tácito”.

8 Comparativamente, vale referir que o sistema processual penal brasileiro até pouco tempo mantinha a possibilidade do juiz exercer a acusação *ex officio*, na lei das contravenções penais. Acusar e julgar, historicamente, conviviam, como se compatíveis fossem, com a possibilidade de ser exercido um “juízo imparcial”. Como refere Coutinho, ao tempo da referida legislação, “exige-se do magistrado exatamente a operação mental que se quer evitar: um juízo de acusação para, no curso do processo, ser destruído ou confirmado. É exigir demais para alguém do qual, diz-se, a imparcialidade é imanente”. Ver, nesse sentido, MIRANDA DE COUTINHO, op. cit., p. 147.

9 Mas a serviço de quem está a ordem jurídica? Para que serve? Essas são algumas poucas indagações que nos permitem refletir sobre a impossibilidade de se pensar a imparcialidade do Ministério Público, na medida em que, em matéria criminal, não há dúvida de que a maquinaria do poder esta a serviço da acusação. Não há interesse das Instituições em romper com a estrutura autoritária, tendo em vista que é interessante a manutenção do *status quo*. Essa ordem jurídica está sendo responsável pelo fato do Brasil ter aumentado significativamente sua população carcerária, punindo, preferencialmente, pobres e negros. Aliás, como na maioria dos países da América Latina, cujo Judiciário se torna refém de uma globalização excludente.

pretender outorgar *imparcialidade* a quem acusa, visto que a acusação é uma atividade exercida preponderantemente por quem é parte?

Eis aqui outra separação que precisa ser feita em relação à teoria geral do processo, porque os pressupostos do processo civil no tocante à atividade fiscalizadora não servem ao processo penal, justamente porque, aqui, a relação é permeada por poderes – muitos deles difusos – que naturalmente conduzem à mitigação dessa função¹⁰.

A parcialidade do Ministério Público, também, leva-nos a sustentar por que deveria ser vedada a acusação requerer absolvição ao final do processo, na medida em que isso cria, no imaginário do julgador¹¹, principalmente daqueles adeptos aos ranços autoritários, um velado argumento de autoridade (e não autoridade do argumento), sobretudo nos julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri.

Houvesse a vedação ao pedido de absolvição pela acusação, certamente as denúncias seriam formuladas com mais elementos e seria removida da práxis forense a ideia de que “tudo se denuncia e processa, pois, caso não exista culpa, basta requerer a absolvição ao final da instrução”, esquecendo-se que, em casos dessa espécie, o *processo penal já funcionou como a própria pena*, ou, no mínimo, com uma carga significativa de dor.

Mesmo a absolvição deixa suas marcas. A vedação do pedido absolutório pelo Ministério Público, além de

10 É natural que a pretensão “punitiva” (preferimos acusatória) prepondere sobre o poder fiscalizador. E isto infelizmente retira a vigilância do juiz, ao crer - e isso é uma crença – em uma função fiscalizadora que não exercida tal como teoricamente é preconizado, gerando vácuos fiscalizadores que são tomados pelo poder de acusar e penar, mantendo a ordem da estrutura e da maquinaria punitiva.

11 O imaginário do julgador fica sujeito a seguinte crença (pré-constituída ao projeto epistêmico), a saber: se o Estado confiou a função de acusar ao Ministério Público outorgando-lhe poderes inclusive para requerer a absolvição do réu e se o agente do *parquet* assim não procede, “quem sou eu (juiz)” para absolver?

contribuir para a imparcialidade do juízo e com o afastamento de argumentos de autoridade do processo penal, contribuiria, de igual sorte, com o afastamento do automatismo das denúncias – tema tão caro ao processo penal – em respeito aos direitos e garantias individuais e à máxima instrumentalidade¹² do processo penal, potencializando, também por esse viés, o *contraditório*.

Ainda que trabalhado no prisma da inquisição, vale referir, mais uma vez, as ideias de Gloeckner e Jobim¹³, segundo os quais, “o que se verifica é uma espécie de blindagem do discurso, que impede o princípio do contraditório, pois não se pode mais contraditar o ser de alguém”.

Essas ramificações obscuras¹⁴ do poder precisam ser desveladas no processo penal contemporâneo. Essa é uma das pretensões desta obra, porque entendemos que o melhor meio de enfrentar essa grave e histórica problemática inquisitorial, que mantém uma matriz perene e apresenta-se das mais diversas facetas, é *reescrevendo, aparelhando e potencializando* a atuação em *contraditório*, como uma espécie de mecanismo de “*controle do controle*”, como um critério epistêmico, sobretudo, na formação da prova e na tomada da decisão.

Pois bem! Ultrapassada a problemática da crença na

12 Ao nos referirmos à instrumentalidade, naturalmente, não estamos nos referindo à instrumentalidade advinda do processo civil. Até porque, há quem diga que a tese sobre a mesma escrita por Cândido José Dinamarco, da Universidade de São Paulo, foi escrita tendo como pano de fundo táticas decorrentes da Escola de Guerra, conforme referido por Fauzi Hassan Choukr no Simpósio de Ciências Criminais promovido pelo IBRASP (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), em “homenagem” aos 800 anos do Concílio de Latrão ocorrido nos dias 8,9 e 10 de outubro de 2015, na cidade de Canela, no auditório da Universidade de Caxias do Sul – UCS.

13 GLOECKNER; JOBIM, op. cit., p. 339.

14 Interessante é a construção feita por Gloeckner e Amaral (op. cit., p. 344), ao analisar a obra de Foucault, para o fim de demonstrar as estruturas de poder existentes no imaginário jurídico, notadamente, sob a lupa do *exame*, de caráter permanente, através do qual é possível identificar que o *poder é exercido invisivelmente*, tornando-se, paradoxalmente, um instrumento de sua maximização.

(im)parcialidade da acusação,¹⁵ retomemos a questão do surgimento do famigerado sistema “misto”, originado da *derrocada do sistema inquisitório* em seu estado puro¹⁶ que, conseqüentemente, gerou a separação das funções de *acusar* e *julgar*, possibilitando a retomada gradual do sistema acusatório, conforme já destacado.

O surgimento histórico do sistema misto aponta para o Código de Napoleão (1808), que manteve uma fase *investigatória inquisitória*, retardando a *fase acusatória* para o momento processual. Como destaca Lopes Júnior¹⁷:

Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, no Code d’instruction Criminale de 1808, pois foi o pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado.

A criação do *Code d’instruction criminelle* foi uma grande ação política de Napoleão Bonaparte, que não podia ignorar as aspirações da Revolução Francesa, ao mesmo tempo que não poderia abrir mão de uma estrutura totalitária de poder que pudesse continuar a perpetuar a luta contra o *inimigo*. Como refere Moraes¹⁸, “criou-se, assim, o procedimento penal misto como forma de compatibilizar o incompatível”.

15 Se a imparcialidade do julgador já é questionável, com muito mais razão se questiona a imparcialidade da acusação. Em um processo penal de partes, é o mesmo que dizer que a defesa é imparcial.

16 Nessa linha de ideias, vale referir a advertência de Gloeckner e Amaral (op. cit., p.340), ao aduzir que “[...]os sistemas processuais – acusatório e inquisitorial – não são sistemas puros, nos moldes weberianos. Neles se encontram princípios pertencentes a um e outro sistema. Se não é possível afirmar a existência de um modelo puro (CORDERO), há que se conviver com sistemas híbridos. Entretanto, nem por isso todos semelhantes. O que definiria um sistema do outro seria o seu núcleo fundante. O sistema inquisitorial estaria embasado no princípio inquisitivo, que permitiria ao juiz produzir provas. Por seu turno, o sistema acusatório lançaria suas raízes no princípio dispositivo, vedando, portanto, o juiz, de produzir provas, devendo atuar como mero expectador.[...] Gerir a prova significa gerir o discurso”.

17 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 118.

18 ZANOIDE DE MORAES, op. cit., p. 102.

Na denominada fase inquisitorial, presente até hoje no ordenamento jurídico-penal brasileiro - ainda que o investigado possa requerer diligências (art. 14 do CPP), oferecer quesitos e apresentar razões antes do relatório final da autoridade policial (art. 7, inc. XXI, “a” do Estatuto da Advocacia) - os interesses do Estado¹⁹ acabam se sobrepondo aos direitos individuais, o que ser minimizado, muitas vezes de forma tardia, na fase processual acusatória (não raras vezes sem sucesso, pois predomina na práxis o discurso que o processo deve “servir para confirmar ou não aquilo produzido no inquérito”), de sorte que o processo penal continuou sendo utilizado como técnica de *controle político*, como bem aponta Moraes²⁰:

Na codificação criminal francesa de 1808 (código de instrução criminal) e 1810 (código penal), com vigência a partir de 1811, a criminalização de determinados comportamentos e de pessoas voltou a ser utilizada como instrumento de controle político, tal qual ocorrente no *Ancien Régime* [...]. Constata-se, portanto, que o espírito liberal revolucionário não conseguiu produzir mudanças perenes no sistema processual penal uma vez que as necessidades criadas pela violência interna e externa, aliadas à falta de experiência histórico-jurídica com qualquer outro sistema processual penal que não fosse o inquisitivo, fez com que o temor orientasse à legitimação de um “novo” autoritarismo estatal. Esse, por sua vez, para responder aos anseios da segurança (interna e externa) que o legitimaram, lança mão do processo penal como instrumento de exercício político da força estatal contra os “novos” inimigos do Estado.

A roupagem mista do sistema processual penal, referente a algum avanço político-jurídico-humanista quanto ao sistema inquisitivo, não trouxe tanta diferença em relação

19 Interessante é pensar a questão não sobre o prisma do conflito de princípios, na medida em que princípios não podem colidir, senão conviver harmonicamente, sobretudo nos Estados Democráticos de Direito. Não há, portanto, falar em detrimento dos direitos e garantias fundamentais em razão da prevalência do direito a segurança pública, na medida em que não se pode fazer segurança pública sem direitos fundamentais.

20 ZANOIDE DE MORAES, op. cit., p. 104.

ao sistema anterior, notadamente no que tange à concepção de *presunção da culpa* e da demasia de poderes instrutórios conferidos ao juiz, *não privilegiando um espaço político-jurídico para a plenitude do contraditório*.

Isso justifica o porquê de o contraditório, mediante a estrutura do sistema misto, servir de trampolim para o aumento das demandas punitivas, tendo em vista que o princípio reitor do processo penal – juntamente com a imparcialidade – encontra uma complexa rede de poderes que cria várias camadas de resistência autoritária que não se rompem sem uma participação diferenciada dos atores processuais e sem uma nova cultura jurídica.

No que tange ao sistema processual penal brasileiro, cuja “doutrina majoritária” ainda utiliza essa matriz conceitual napoleônica, pode-se dizer que, assim como a *presunção de inocência*, afora o texto constitucional, o contraditório não mereceu lugar de destaque nos procedimentos penais e, conseqüentemente, no *processo*.

Tanto é verdade que somente no ano de 2008 (Lei 11.690/08), através do artigo 155 do CPP²¹, a legislação infraconstitucional fez menção ao *contraditório*, dando a impressão de que teríamos um avanço de constitucionalidade e instrumentalidade do processo. Mero engano.

A forma como o contraditório foi inserido pela legislação infraconstitucional manteve o mesmo *status quo* de possibilitar o “cotejo” dos elementos indiciários com os elementos produzidos na fase processual, ou seja, a concepção do contraditório introduzido pela legislação já mencionada continua a possibilitar a *contaminação do processo pelo inquérito*,

21 Art. 155 – “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em **contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Vale referir que, no terceiro capítulo, essa questão será retomada, na medida em que entendemos que um novo contraditório deve refletir, sobretudo, na questão probatória e na decisão judicial.

ratificando o entendimento do *senso comum teórico penal*²² de que o processo serve para confirmar ou não os elementos produzidos na fase investigatória.

Mantém a submissão do contraditório.

Afora a questão da impossibilidade de existir uma condenação com fundamento exclusivo nos elementos produzidos no inquérito, não tivemos nenhum avanço significativo que efetivamente tenha *instrumentalizado o contraditório epistemologicamente*.

É evidente que a *presunção de inocência*, também, restou abalada por esse sistema, assim como o contraditório, pois, como bem salienta Moraes²³, nesta “nova” forma de sistema, “permaneceu apenas a força lógica e filosófica do racionalismo humanitário do iluminismo”.

Naturalmente, o sistema *dito* “misto”²⁴ diminui as chances

22 Conforme aponta SILVEIRA, “A sociedade convive com diversas matérias pertinentes à política criminal no seu dia a dia: índices de criminalidade, situação prisional, atuação das forças policiais. E essa convivência diária com essas questões faz com que os indivíduos leigos formem sua convicção a respeito do funcionamento do sistema penal. Contudo, esse “conhecimento” não tem compromisso com a formalidade da ciência do Direito Penal, parte simplesmente da impressão das pessoas e de suas experiências pessoais diárias. Em oposição à noção de política criminal, forma-se um “senso comum criminal. [...] O discurso midiático leigo é superficial e não encontram respaldo na realidade social. Ele parte de pressupostos equivocados e propõe a adoção de medidas inadequadas. De tão repetitivo ele vai se tornando regra, influenciando a opinião pública e se tornando o discurso oficial. Com efeito, esse discurso não pode prosperar e deve ter suas inconsistências reveladas” Ver nesse sentido, SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes. “Senso comum criminal” e o discurso da impunidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.264, p.9, 2014.

23 ZANOIDE DE MORAES, op. cit., p.106.

24 Ainda não criamos um “sistema-fômetro” para saber em que porcentagem o inquisitorialismo ocupa do “misto” do sistema. Não é possível auferir se a “parte inquisitorial do misto” gira em torno de 10%, 20% ou 30%, por exemplo, como se as coisas cartesianas fossem. Um sistema dito “misto” pode ser composto de duas metades idênticas (50% inquisitório e 50% acusatório), ou por diversas partes decompostas, em proporções *democráticas e autoritárias* assimétricas. Com a constituição dos Estados Democráticos – *ao menos formalmente* – o que se era de esperar era o reflexo desse avanço nos *sistemas penais contemporâneos* e que isto viesse a se constituir um *terreno processual fértil para o contraditório*.

de sucesso do contraditório, reduzindo significativamente os seus níveis, pois a parte inquisitiva, ao transbordar os limites pré-processuais, invade “terrenos do processo”, contaminando o sistema acusatório, produzindo *pontos-cegos²⁵ no processo penal e minimizando a atuação em contraditório*, em uma verdadeira ocultação de poderes difusos que se tornam imunes a quaisquer ações da matriz constitucional e democrática na medida em que o juiz fica à procura da confirmação dos elementos indiciários colhidos na fase do inquérito policial, seu primeiro contato com aquela realidade fenomenológica²⁶.

Além disso, o sistema misto é carecedor de um princípio unificador em torno do qual deveriam gravitar todas as variações do processo penal, o que também vem a justificar a tímida atuação do contraditório ou sua incapacidade reativa. Não há, portanto, qualquer função imunizadora, como salienta Coutinho²⁷:

O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a

25 A expressão é do professor Rui Cunha Martins, título da obra denominada “O ponto cego do direito”.

26 Nesse sentido, vale sublinhar o pensamento de GUERRA. Para o autor: “A fenomenologia jurídica refere-se à aplicação do método fenomenológico, desenvolvido por Edmund Husserl, ao estudo filosófico do Direito. O termo *fenomenologia*, etimologicamente, significa discurso, ciência ou estudo (*logos*) do fenômeno[...] A subjetividade enquanto consciência intencional, dirigida aos objetos, para Husserl, seria a primeira verdade indubitável para se começar a pensar corretamente. Daí ter ele defendido que, no processo de consideração da subjetividade humana, é necessário assumir uma atitude fenomenológica: já que o homem é um ser no mundo e, portanto, participante dele, deve assumir essa postura e se contrapor a uma atitude natural que é aquela de ser possuído pelo mundo, *desconfiado de toda e qualquer evidência ou obviedade, sejam aquelas do senso comum, sejam as das ciências, sendo essa tarefa própria da filosofia [...]* Não existe, portanto, para a fenomenologia, uma relação pura do sujeito com o objeto, visto que a relação entre o sujeito e o objeto é sempre intencional: o objeto se torna tal a partir do olhar do sujeito, um olhar que, para além da existência contingente de objetos em particular, capta a sua essência, o que necessariamente lhe constitui, donde se falar em *Wesenschau* – literalmente, *visão da essência* ou, no sentido fenomenológico, *intuição*. Daí que, para a fenomenologia, o ser é um ser de relação”. Ver, nesse sentido, GUERRA, Willis Santiago. Fenomenologia Jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.316.

27 COUTINHO, *O papel...* p. 18.

conjugação dos outros dois, **mas não tem um princípio unificador próprio**, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), como algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, **só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema**, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, **o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito**, mormente o processual, descompromissado diante de um atuar que o sistema esta a exigir ou, pior, **não o imunizando contra os vícios gerados por ele**. (Grifo nosso).

Por todas essas razões e por entender que – do misto do sistema – *privilegia-se a sua parte inquisitiva e que esta invade o processo, como esta invade a sociedade a partir da cultura punitivista* é que Lopes Júnior²⁸ considerava, com propriedade, o sistema processual penal brasileiro um sistema *neoinquisitorial*, ou, para nós, de baixa incidência contraditória.

Diz-se “considerava” porque, com o advento da Lei 13.964/2019, o autor passou a sustentar que o processo penal é “legal (art. 3-A do CPP) e constitucionalmente acusatório”. É claro que isso não basta e por isso concordamos com o maestro processualista gaúcho ao afirmar que “para efetivação dessa mudança é imprescindível afastar a vigência de vários artigos do CPP e mudar radicalmente as práticas judiciais. É preciso, acima de tudo, que os juízes e tribunais brasileiros interiorizem e efetivem tamanha mudança”²⁹.

Como refere o autor, não basta realizar a separação das funções de acusar e julgar. É necessário manter o juiz longe da gestão da prova, para que esta estrutura não seja quebrada. Para que isso ocorra, a iniciativa probatória deve – *sempre* – estar nas mãos das partes³⁰. E mais. O contraditório só vai

28 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p.118.

29 LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*, p.56/57.

30 Ibidem, p. 119.

adquirir condições de “funcionar” com prevalência da matriz constitucional se a estrutura acusatória for mantida nesses moldes, caso contrário, “a parte inquisitória do misto” do sistema o imuniza.³¹ Como bem refere, mais uma vez, Lopes Júnior³²:

E, por fim, **ninguém nega a imprescindibilidade do contraditório**, ainda mais em democracia, e ele somente é possível numa estrutura acusatória na qual o juiz mantenha-se em alheamento e, como decorrência, possa assegurar a igualdade de tratamento e oportunidades às partes: Retomamos a lição de Cunha Martins: **no processo inquisitório há um “desamor” pelo contraditório; já o modelo acusatório constitui uma declaração de amor pelo contraditório.** (Grifo nosso).

O sistema misto não só declara um desamor ao contraditório, mas constitui um prova de sua infidelidade, de traição, na medida em que o considera tão somente uma *pedra no caminho*, sem qualquer função que o vincule à *produção probatória* e à *decisão penal*, eixos fundamentais do processo penal.

A estrutura do sistema misto permite a incidência daquilo que denominamos *jurisdicionalização do inquérito* na medida em que, mantendo-se a prevalência inquisitiva na “sua parte do misto”, o inquérito – *ao invés do contraditório* – passa a constituir, em tempos de *presunção de culpa on-line*³³,

31 Vale referir, a advertência de COUTINHO, em correspondência eletrônica enviada a LOPES JÚNIOR: “É isso que Jean-Jacques-Régis de Cambecères faz passar no Código napoleônico, de 17/11/1808. Segundo HÉLIE (Traité, I, 178, par. 539), *é la loi procédure criminelle la moins imparfaité du mond.* Enfim, monstro de duas cabeças; **acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório**, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar da segurança é o livre convencimento, ou seja, retórica e contra-ataques; basta imunizar a decisão com um belo discurso. Em suma: serviu a Napoleão um tirano; serve a qualquer senhor; não serve à democracia”. (Grifo nosso). Ver nesse sentido, LOPES JÚNIOR, *Direito...*, p. 120.

32 Ibidem, p. 119.

33 A velocidade da informação e do jornalismo policial tem verdadeira adoração pelo acesso a inquéritos, depoimentos, documentos da investigação, gravações e outros materiais indiciários. Em que pese o sigilo ser uma das características do inquérito policial - a doutrina “majoritária” trata o assunto dessa forma

o elemento central do senso comum penal que não raras vezes invade o terreno processual por ações dos próprios sujeitos processuais, (in) conscientes do seu papel constitucional.

É isso que – definitivamente – precisa ser rompido, seja no plano *prático*, seja no plano *teórico*. Neste sentido, por conseguinte, ressurge a importância da academia³⁴ para formar atores constitucionais³⁵. As realidades prática e teórica demonstram que, na “contramão” de um processo penal constitucional, o inquérito tem muito mais função do que se imagina, está muito além da mera investigação em torno de indícios de autoria e da materialidade. Ele extrapola esses limites na medida em que é usado largamente para a tomada de diversas decisões penais. Em consonância ao exposto, Lopes Júnior³⁶ esclarece:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente

- na prática, isto resta sumariamente não observado, notadamente em casos de grande repercussão. Nesses, a mídia cria uma verdadeira telenovela, com noticiários e mais noticiários, que revelam “todos os passos de um julgamento”, tendo em vista que a opinião do repórter passa a ser, sumariamente, em alguns minutos, o *veredicto final*. Esse processo de expansão e a criação de uma *cultura midiática* afeta diretamente a *presunção da inocência e prejudica a atuação do contraditório*. A liberdade de imprensa precisa aprender a conviver com a carta constitucional, no que tange aos direitos e garantias individuais. Reiteramos: não há colisões de princípios, senão que os mesmos devem conviver sistematicamente e harmonicamente.

34 Pertinente é a preocupação de SILVEIRA: “Em razão do exposto, faz-se um convite à comunidade acadêmica, para que fomente uma cultura de valorização dos direitos, acima de tudo. Às duras penas, nosso país conseguiu se livrar de um regime totalitário, marcado pela supressão das garantias fundamentais. Um discurso que pregue a violação de direitos é um retrocesso inadmissível [...] Que o discurso da efetivação dos direitos seja amplamente divulgado, e se torne o discurso oficial da opinião pública. Que sejam eleitos representantes “influenciados” por essas ideias progressistas, e que assim o Estado passe a implementar reformas penais efetivas. Pela universalização do pensamento criminológico, para que o direito penal se torne um instrumento para superar as barreiras sociais”. SILVEIRA, op. cit., p. 10.

35 Melhor seria se, no Brasil, os juízes fossem especializados e tivéssemos o *juiz penal*. Não temos dúvida que o universo prático reflete a ideologia teórica e vice-versa. O juiz que migra do processo civil para o processo penal traz consigo toda a sua estrutura teórica, a começar pela teoria geral do processo.

36 Idem, *Direito...*, p. 120.

para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma **fraude de etiquetas**) para justificar uma **condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição**. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. Ademais, **mesmo que não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele?** (Grifo nosso).

Esse é um ponto fundamental que precisa ser objeto de verificação. Afinal, existe esse vazio? Se existe, ele precisa ser controlado ou o sistema do livre convencimento motivado abarca essa atuação? Tarefa da mais alta complexidade, porém com poucos estudos. Longe estamos da pretensão de pretender esgotá-la, mas estamos convencidos que um desses caminhos de verificação é a partir de um *contraditório instrumentalizado constitucionalmente*.

É por essas e outras razões que entendemos, como Fazzalari, que o modelo ideal para o sistema processual penal brasileiro é a moldura de um *processo penal como procedimento em contraditório*, ainda que o referido autor sirva como um suporte inicial da ambição consticucional/processual acusatória.

Em razão da *baixa incidência do contraditório estar muito além da estrutura processual*, consistindo uma verdadeira mentalidade inquisitorial, conforme observaremos no tópico seguinte com alguns aportes da *criminologia*, vale diagnosticar algumas facetas da mentalidade inquisitória³⁷ como refere

37 Como refere LOPES JÚNIOR (*Direito...* p. 122): “possibilidade do juiz converter a prisão em flagrante em preventiva (*ex officio*), nos termos do artigo 310 do CPP, ou determinar a prisão *ex officio* em qualquer fase do processo, busca e apreensão e sequestro (*ex officio*, nos termos dos artigos 242 e 127 do CPP), oitiva das testemunhas além das indicadas (artigo 209 do CPP), reinterventório do réu a qualquer tempo (art. 196 do CPP), determinação

Coutinho ao analisar a reforma do processo penal italiano de 1988³⁸.

As diversas possibilidades desse atuar *ex officio* do magistrado (desde a fase da investigação até a fase decisória), *macula o contraditório*. Isso porque, *cabe ao réu contraditar a acusação e não aos atos do magistrado*. O *tensionamento inicial do contraditório é com a acusação* e não com o juiz. Daí porque, ao tensionar através do contraditório os diversos atos *ex officio* produzidos pelo juiz, acaba criando-se uma atitude desfavorável justamente para com o julgador, reduzindo as *chances* (situação jurídica - Goldschmidt) de se ter um contraditório eficaz, efetivo e sem quebra de imparcialidade.

Nessa linha de ideias, mais uma vez sublinhe-se o pensamento de Lopes Júnior³⁹, para quem “a concepção de sistema acusatório está íntima e indissolivelmente relacionada, na atualidade, à eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade (princípio supremo do processo penal,

de diligências de ofício durante a fase processual ou no curso da investigação preliminar (art. 156, I e II do CPP), reconhecimento de agravantes ainda que não tenham sido alegadas (art.385 do CPP), condenação ainda que o Ministério Público tenha postulado absolvição (art. 385 do CPP), alteração da classificação jurídica do delito”. Acrescente-se, ainda, a *impossibilidade de tréplica a defesa* depois de realizada a réplica do Ministério Público, na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri. Tal questão foi por nós provocada – a partir da obra de Jader Marques (Tribunal do Júri) - no Tribunal de Justiça Gaúcho através do Recurso em Sentido Estrito n.º 70058779331, limitando-se o Tribunal a referir, em outras palavras, “que não há qualquer invalidade, pois o cumprimento do artigo 409 do CPP é mera observância da lei”.

38 Conforme refere o autor, ao destacar o pensamento do professor Franco Coppi da Universidade de Roma: “Coppi sabia o que dizia: o grande desafio para um novo código como aquele – *onde se mudou o sistema processual penal, de inquisitório para acusatório* – era fazer com que as pessoas, principalmente os aplicadores da lei, conseguissem entender a mudança e, com ela, mudassem também seu modo de dar sentido às regras ali dispostas em sistema. Isso parecia óbvio, *ma non troppo*. Afinal, desde 1215 – pelo menos – pensavam-se as regras processuais penais a partir de alguns postulados e, sendo assim, havia uma verdadeira “cultura” a impregnar as mentalidades. Daí o pertinente alerta, como serventia universal. MIRANDA DE COUTINHO, Jacinto. Novo Código de Processo Penal, nova mentalidade. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. p. 257.

39 Ibidem, p. 122.

recordemos)”.

Para nós, *tão importante quanto a imparcialidade do juiz é a presença gritante do contraditório*, pois é justamente o seu exercício máximo que vai garantir a imparcialidade do julgador. *Não há imparcialidade efetiva em um sistema de baixa intensidade do contraditório*. É exatamente a sua atuação na potência máxima que vai permitir ao julgador um agir imparcial.

Para tanto, é melhor que não realize nenhum ato *ex officio*, ou melhor, que seja vedada ordinariamente essa atuação. Como arremata o autor, “pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo [...] a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório [...]”.

Conquanto pareça o contrário, não estamos em desacordo com a *descontinuidade* que envolve a análise dos sistemas processuais⁴⁰, por entender que existem estruturas perenes do sistema inquisitório que permanecem atuantes em plena sociedade contemporânea.

Para o objeto da nossa pesquisa e por entender que estamos diante das “sociedades do contraditório”, como aduz Cunha Martins, ousamos referir que necessitamos de um processo penal que comporte um *grau máximo de exigência e eficácia do contraditório para muito além de sua mera formalidade*, como forma de criar as condições mínimas e necessárias para um sistema processual acusatório e imparcial.

Entretanto, para que caminhemos nesta direção, não podemos ignorar as “mentalidades inquisitórias” de plantão, sempre atuantes e presentes, observadas no tópico seguinte a partir de alguns aportes advindos da *criminologia*.

40 Ver, nesse sentido, GLOECKER; AMARAL, op. cit., p. 318.

2.1 Além do neoinquisitorialismo processual: o processo enquanto receptor da cultura punitivista

Os fenômenos jurídico-sociais estudados pelas ciências criminais instigam e possibilitam uma análise interdisciplinar - quando não transdisciplinar - como forma de compreender a complexidade das questões que os permeiam. Nesse sentido, alguns diálogos entre o *processo penal*, o *direito penal* e a *criminologia*, que há muito tempo deixou de ser vista como uma disciplina acessória, podem contribuir significativamente para desvelar os fenômenos sociopolíticos e criminais que nos interessam, de particular modo, no que diz respeito à *coisificação do contraditório*⁴¹.

Nesse sentido, salientamos que os dois grandes monumentos teóricos inquisitórios⁴² perpetuados nas obras *Martelo das Feiticeiras* e *Manual dos Inquisidores*, proporcionaram, em tempos remotos, influxos no Brasil⁴³.

Para Zaffaroni⁴⁴, o *Martelo das Feiticeiras* pode ser

41 Na medida em que o réu é coisificado no processo penal, mesmo tratamento é dado para os institutos ou princípios que deveriam protegê-los, ou funcionar como barreiras ao poder punitivo exacerbado, tais como o contraditório. Nas palavras de Carvalho e Jorio: Sobram razões para que vejamos o processo penal como um procedimento identificadamente coisificador. Com atenção, veremos que o indivíduo não é coisificado ao entrar no sistema prisional. Ele já entra como coisa. [...] Coisa não compreende a garantia da ampla defesa e do contraditório, de modo que não percebe o quanto é esdrúxula a presença de uma fase investigatória preliminar em que o único direito que possui é o de ficar em silêncio. Ver, nesse sentido CARVALHO, Thiago Fabres de; JORIO, Israel Domingos. O princípio da insignificância do Réu. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 26, p. 2007.

42 Não conseguimos acesso à obra *Cautio Criminalis*, de Friedrich Von Spee, um dos primeiros grandes críticos do processo inquisitório, publicado em 1631. Entretanto, temos conhecimento de que a mesma é um marco contra o movimento inquisitorial, uma verdadeira acusação feita em relação aos julgamentos realizados por bruxaria.

43 Pode-se dizer que a inquisição germano-italiana atingiu o Brasil através do Código Rocco, ao passo que a inquisição espanhola-portuguesa também marcou aqui suas raízes através da própria coroa portuguesa. Em outras palavras. Não é pouca a marca inquisitorial na história do processo penal brasileiro.

44 ZAFARONI, Eugênio Raul. Discurso realizado na Universidade de Rosário,

considerado a primeira grande obra fundadora de um modelo integrado entre o direito penal, o processo penal e a criminologia, marcado pela perenidade da *punição*, mas voltado à *inquisição germânico-italiana*⁴⁵.

Ainda é possível encontrar, na contemporaneidade, essa marca do modelo inquisitório do sistema de justiça, pois se verificam rastros de um *direito penal do autor*, de um *processo penal que cultiva a prova nas mãos do juiz* e de uma *criminologia voltada a alimentar esse sistema de punição*, cultivando uma cultura inquisitorial veiculada por um movimento midiático *fast-food*, que reproduz e consome *violência*.

Essa manutenção da raiz inquisitorial ou de uma cultura⁴⁶ inquisitorial pode ser observada, também, pelas reformas⁴⁷

ao lhe conferir o título de doutor honoris causa. Fonte: Blog Criminologia de garagem n.º 4, Acessado em 02/02/15, às 0:45min.

45 Já o Manual dos Inquisidores vigorou mais perante a inquisição espanhola portuguesa.

46 Definitivamente branca e consumista e com pretensão hegemônica. Nesse sentido, Terry Eagleton sustenta que: “[...] O que é questionável é que ela tem sido usada como emblema espiritual de um grupo privilegiado, e não o fato de que Alexandre Pope foi um tóri ou Balzac, um monarquista. Muito da cultura popular é igualmente conservador. Seria difícil demonstrar que os valores da literatura canônica como um todo dão sustentação ao *establishment* político [...] Tomadas em conjunto, elas são apresentadas como evidência da unidade atemporal do espírito humano, da superioridade do imaginativo sobre o real, da inferioridade das idéias com relação aos sentimentos, da verdade de que o indivíduo está no centro do universo, da relativa desimportância do público com relação à vida interpessoal, ou do prático com relação ao contemplativo e outros preconceitos modernos desse tipo. [...] Nesse sentido, também, não é o conteúdo dessa cultura que importa, mas o que ela significa. E o que ela significa hoje, dentre outras coisas mais positivas, é a defesa de uma certa “civilidade” contra formas novas de um assim chamado barbarismo. Contudo, uma vez que *essas novas formas de barbarismo, paradoxalmente, também podem ser vistas como culturas particulares*, a polaridade *cultura versus cultura* toma forma. [...] Como todas as formas mais efetivas de poder, a alta cultura apresenta-se simplesmente como uma forma de persuasão moral. Ela é, entre outras coisas, uma maneira pela qual uma ordem governante molda para si mesma uma identidade em pedra, escrita e som, e o seu efeito é o de intimidar assim como inspirar”. Ver, nesse sentido, EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. Trad: Sandra Castello Branco. São Paulo: UNESP, 2005. p. 81-83.

47 Tais reformas mais parecem uma “colcha de retalhos”. As minirreformas, não raras vezes são contraditórias, não são realizadas tendo por base um eixo central

processuais penais ocorridas no ano de 2008 e da própria lei denominada “pacote anticrime” 13.964/19⁴⁸.

Entretanto, em que pese escrevermos a partir da perspectiva processual, não podemos reduzir a inquisitorialidade ao quadro do processo porque vivemos sob o tempo de um *populismo punitivista*, que afeta por completo todo o sistema de justiça, ainda que tal designação sofra de uma anemia semântica, como bem observa Gloeckner⁴⁹:

O termo populismo punitivo sofre de uma anemia semântica, isto é, designa um multifacetado complexo de fatores e fenômenos que necessariamente não remetem estas diversas acepções umas às outras. Em outras palavras, populismo punitivo não remete a nenhum significado que compartilhe núcleos de sentido passíveis de manter alguma identidade semântica. Essa é a razão elementar pela qual, para se poder utilizá-lo com alguma propriedade, se faz preciso reconhecer a insuficiência dos fundamentos de base que apontam para o surgimento do referido fenômeno. Partindo da exposição de Laclau, não se procura aqui redefinir o conceito de populismo, senão o oposto: demonstrar que o populismo não possuiu nenhuma unidade referencial por que inexistente um fenômeno delimitável, mas apenas uma lógica social, cujos efeitos se alastram por uma multiplicidade de

(no nosso sentir deveria ser o contraditório ao lado das possibilidades processuais de uma atuação imparcial) e acabam contribuindo para a perpetuação da matriz roconiana. Existem exemplos pontuais disso: i) a começar pelo artigo 155 do Código de Processo Penal (introduzido pela lei 11.690/08), cujo contraditório foi introduzido pela primeira vez, aduzindo, em outras palavras, que o juiz formará a sua convicção com a prova produzida em *contraditório judicial*. Logo na disposição seguinte, ou seja, no artigo 156, I, o alerta. Contudo, existe a possibilidade inquisitória do juiz fazer às vezes da acusação, ordenando, antes mesmo da ação penal, a produção *ex officio* antecipada de provas e determinar diligência para sanar dúvida antes da sentença.

48 Tal como a criação do juiz de garantias, momentaneamente suspenso por decisão provisória proferida pelo Supremo Tribunal Federal conforme já referido ao longo da obra, e a ampliação do tempo mínimo de cumprimento das penas privativas de liberdade, aumentada em 10 anos (totalizando 40), nos termos do artigo 75 do diploma repressivo, dentre outras questões que merecem ser objeto de observações próprias.

49 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Razões (?) do Populismo Punitivo. *Revista SÍNTESE*, Ano XI, n.71, p. 103.

fenômenos. Desta arte, o populismo seria uma forma de se construir o político.

O processo está muito além da forma na medida em que se traduz nas práticas socioprocessuais executadas por agentes historicamente construídos por meio de um modelo de saber jurídico ainda fortemente agarrado a orientações canônicas. Em outras palavras, temos um discurso democrático, mas ainda mantemos velhas práticas autoritárias, como destaca Pastana⁵⁰:

Enfim, mesmo os avanços no campo formal da política brasileira não têm sido suficientes para sustentar uma cultura política democrática e participativa (Baquero, 2001). Ao contrário, o que se verifica é a consolidação de uma sociedade de exclusão, de uma democracia sem cidadania, de um cidadão sem direitos. [...] No entanto, quando a pauta é **Justiça Penal**, os ideias democráticos saem de cena e dão lugar a mecanismos **violentos, desumanos e autoritários**. (Grifo nosso).

É através da criminologia que podemos realizar observações mais densas e capazes de diagnosticar os inquisidores de plantão sempre presentes na contemporaneidade, como, por exemplo, as novas técnicas de controle advindas da *controlologia*. Assim, embora nossa pesquisa esteja centrada no processo penal e na *docilidade do contraditório*, bem como sua incapacidade de dissolver o poder que o torna sonolento, é importante realizar alguns aportes criminológicos para diagnosticar a existência de uma *cultura punitivista*⁵¹, como forma de desvelar uma das raízes do fenômeno que – vindo de fora – *alimenta o contraditório às avessas e o torna obsoleto*

50 PASTANA, op. cit., p. 47.

51 Nesse sentido, “o populismo penal torna-se claramente uma componente forte da vida democrática. Um “direito de punir” puramente repressivo, conjugado a uma *democracia de opinião* (efervescente), é meramente uma pequena amostra das promessas atrativas (aos eleitores) deste discurso político de emoção midiática. Sua irrupção passa a ter três elementos fundamentais: punições radicais; com a total indiferença quanto a qualquer eficácia destas políticas (pois vale o impacto que produz sobre a opinião pública-da) e a legislação rigorosa que promete reduzir a criminalidade. MORAES DA ROSA, Alexandre; AMARAL Augusto Jobim. *Cultura da Punição a ostentação do horror*, p. 55.

no desempenho de suas funções processuais constitucionais e convencionais.

Alia-se a isso, como forma de maximização dessa problemática, o fato das concepções instrumentais e constitucionais do devido processo penal⁵² andarem na contramão do senso comum punitivista. Como bem referem Gloeckner e Amaral⁵³:

A sociedade punitiva que se mostra no horizonte descortina o sistema penal como a faceta mais crua do poder. No entanto, deve-se destacar que se trata de apenas um ponto de enfoque, aquele mais óbvio e mais visível no largo campo das práticas punitivas, na sociedade da vigilância. Traduzir a prisão e os modelos de práticas punitivas, suas conexões e adjacências é centrar o universo da institucionalização do penar como elemento essencial da constituição de interdiscursividade, por onde o poder desliza. No entanto, de outro lado, é diagnosticar que a prisão e o penar legitimam-se também como poder, justificado como poder moral.

Assim, o inquisitorialismo contemporâneo aspira a um autoritarismo que vai muito além do processo penal, permeando as relações das mais diversas ordens, desde o imperialismo econômico de mercado até as práticas afetivas. Essas concepções querem “cobrir o mundo” e a partir disso gerenciar todos os mecanismos de controle e vigilância, sendo o processo penal o espaço perfeito para a sua maximização, o seu apogeu, na medida em que encontra uma estrutura que o recepciona muito mais do que a própria Constituição.

Em outras palavras: *o processo penal recepciona aquilo que deveria expulsar e expulsa aquilo que deveria recepcionar.* Por conseguinte, daí o esforço hermenêutico para a constitucionalização de todos os institutos do processo penal brasileiro. Em suma: o projeto inquisitorial sobreviveu, não bastando contrapor o modelo acusatório ao modelo

52 GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.*

53 GLOECKNER; AMARAL, op. cit., p.330-331.

inquisitório, porque ele aí está. Aliás, diante dessas observações, talvez, fosse impossível acreditar na existência de um processo penal que não recepcionasse esse modelo inquisitorial historicamente concebido e que se faz presente até os dias atuais. O esforço de pensarmos um processo penal fora das garras do inquisitorialismo contemporâneo pode gerar uma ingênua ilusão que colocaria em risco a própria observação crítica constitucional.

Apesar da busca incessante de um processo penal constitucionalizado, não somos ingênuos de achar que o desvelamento dos pontos-cegos⁵⁴ do processo, a partir da perspectiva de um *contraditório, melhor instrumentalizado*, será o suficiente para alcançar o modelo que consideramos ideal, justamente para não continuarmos cometendo o mesmo erro de ocultar práticas inquisitoriais no seio do constitucionalismo.

Em uma só palavra: o processo não se resume às normas jurídicas, pois também comporta as práticas do cotidiano que, na atualidade, está impulsionado pelas mídias⁵⁵ sensacionalistas de plantão, que vendem a violência durante o dia e a salvação à noite, chegando ao extremo de, em alguns casos pontuais, retroceder ao instituto da vingança privada⁵⁶.

Não bastasse sua própria estrutura *endôgena*, o processo

54 Como referem Gloeckner e Amaral (Ibidem, p. 320), ao analisar as formas jurídicas da verdade no processo penal e o legado de Foucault para os sistemas processuais penais: “O enunciado é, ao mesmo tempo, não visível e não oculto. Não há uma preocupação com a polissemia, com ambiguidades, **com o não dito**. (Grifo nosso).

55 No ponto, vale sublinhar a advertência: “A pornografia penal, sob a qual somos sensacionalmente submetidos com operações espetaculares (sempre batizadas com denominações *cool*, afinal um produto de marketing deve ser atrativo), prisões temporárias e preventivas forçadas, não raro ao arripio das próprias leis, conduzidas por varas especializadas em crimes de natureza financeira (como lavagem de dinheiro e outros, em combate ao crime organizado), não devem deixar passar a imagem de que o sistema é legítimo e menos celetista”. MORAES DA ROSA, Alexandre, AMARAL, Augusto Jobim. *Cultura da Punição A ostentação do horror*, p. 47.

56 Ver, nesse sentido, VARGAS, Robson de. Direito Penal “amarrado no poste”. *IBCCRIM*, n. 258, p.16, 2014.

penal não pode se descuidar das questões *exógenas*, que tão bem são aplaudidas pela acusação-imputação. E o que é pior: alguns juízes - não se está generalizando - que se sentem como verdadeiros representantes da sociedade ou com paritário e alinhado desejo de acusar, esquecem que estão no cargo por concurso público e não por eleição, como nos países da *comow law*. Não precisam agradar a opinião pública – pois superada a vingança privada - e sim a Constituição⁵⁷, julgando com imparcialidade dentro das regras do Estado Democrático de Direito e não dos Estados Totalitários. Nesse sentido, sublinhe-se as palavras de Germano⁵⁸ ao não ignorar a possibilidade de um prejulgamento subsersivo advindo da opinião pública:

Não é aceitável que o princípio da presunção de inocência esteja, de modo geral, tão desprestigiado perante a sociedade. Para provas, ele é substituído pela absurda “presunção de culpabilidade”, disseminada pelos órgãos de imprensa, contaminando a opinião pública constituída com base em informações tendenciosas, desequilibradas e opressivas. Esse sentimento de impunidade que a sociedade constata não pode ser compensado por um desejo de punibilidade a “qualquer custo”, desconsiderando-se os preceitos constitucionais, bem como os direitos fundamentais”.

Todas essas questões contribuem para a *objetificação do contraditório*, sua instrumentalização ao inverso (petrificação), a serviço do inquisitorialismo contemporâneo, razão pela qual não podemos refutar as *observações criminológicas*, sob pena de continuarmos perpetuando justamente aquilo que

57 Mesmo o julgamento de acordo com a Constituição deve ser feito com as advertências de Coutinho ao “modelo democrático” proposto por Rui Cunha Martins (como superação ao acusatório), a saber: “O perigo, porém, é misturar as coisas: o fundamento e o fundamento do fundamento, para ancorar tudo no “desejável caminho da Constituição”. A base, então, passa a ser a lei...E a lei é a lei, pelo que responde, hoje, como nenhum outro campo, a Hermenêutica; mas não é menos importante o que diz a psicanálise. [...] Ancorar tudo na lei (mesmo que seja a Constituição) é ou pode ser se render ao poder. MIRANDA DE COUTINHO, Jacinto. Os sistemas processuais agonizam? Observações sobre os sistemas processuais penais. p. 75.

58 GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a mídia*. p. 33

pretendemos rechaçar: o aniquilamento das ramificações obscuras de poder no processo penal contemporâneo.

2.2 Os reflexos do neoinquisitorialismo extraprocessual: a ascensão do *in dubio pro societa* e o declínio do *in dubio pró (ou pobre) reo (réu)*

Mácula ao *contraditório* identificamos com as dimensões (atuantes e omissivas) dos consagrados princípios que envolvem a *dúvida*, notadamente a que se resolve em favor do réu ou, na atualidade, em seu *prejuízo*, rompendo com a lógica estrutural e principiológica de todo o sistema processual penal brasileiro.

Isso porque um processo penal democrático em contraditório pleno vai sempre saudar a dúvida como uma verdadeira chave de leitura do sistema processual, e não como instrumento potencializador do poder de punir, impulsionado pelas agências midiáticas e de controle que têm por premissa formas contemporâneas de inquisição.

Acreditamos que essa problemática poderia começar a ser minimizada por uma leitura constitucional do instituto⁵⁹ da *dúvida*, visto que ela muito interessa as ambições contraditório maximamente instrumentalizado.

Uma leitura constitucional do instituto da dúvida implode com a possibilidade de sua arguição em *favor da sociedade* e a mantém única e exclusivamente *em favor do réu*. E isso naturalmente incomoda as instâncias punitivas e a tradição dogmática brasileira, que não abrem mão dos ranços

⁵⁹ Tamanha é a “prostituição processual” da dúvida e a carga pejorativa que lhe é atribuída pelo senso comum penal, que buscamos o resgate da sua dignidade principiológica. Para tanto, é preciso rememorar que a dúvida não é um pressuposto condenatório, mas, sim, *uma garantia do sistema democrático*. É justamente a dúvida e sua inclinação a favor do réu que diferencia, dentre outras circunstâncias, o sistema democrático dos modelos totalitários. Portanto, a dúvida pode sim ser elevada a categoria de *instituto do processo penal*, não constituindo nenhuma benesse se o Estado a invoca em favor de seus cidadãos, mas, sim, um dever dos Estados Democráticos.

de inquisitorialidade que o sistema processual penal ainda mantém⁶⁰. Em outras palavras: o pensamento e as práticas inquisitoriais não admitem ceder. Muito antes pelo contrário. Querem que as conquistas da democracia retrocedam em busca da punição a todo custo.

Nessa linha de ideias, pontual é a ponderação de Jorio⁶¹:

O estudante de direito que, hoje, deixar de consultar as obras doutrinárias mais abalizadas e se dedicar a uma pesquisa processual e jurisprudencial, certamente terá em mais alta conta e prestígio o brocardo latino *in dubio pro societa*. Seu opositor, o *in dubio pro reo*, já não figura tanto nas folhas processuais quanto nas páginas de livros empoeirados. Não importa que a maioria dos países – e entre eles se encontra o Brasil – consagre em nível constitucional, a presunção da inocência (ou de não culpabilidade, caso prefira). O fato é que, mesmo dentro dos ordenamentos em que vige esse notável princípio emancipatório e garantista, a dúvida tende a se resolver em favor da sociedade. Em favor da sociedade? **Que ganho tem a sociedade com a condenação de um inocente? Digamos mais: que benefício ela auferir com a condenação duvidosa? Em um primeiro momento, quando a prestação de contas é dada, homenageia-se a segurança e louva-se a eficiência punitiva. Mas o fato é que tais condenações representam um imenso vazio.** (Grifo nosso).

Conforme a pertinência de tais ponderações, observamos a questão por óptica outra na medida em que esses espaços processuais condenatórios, diferentemente do que aduz o autor, *não constituem um imenso vazio*. Isso porque, são espaços nos quais o poder de penar se aloja e potencializa-se de uma forma ultradimensionada. São espaços que acabam ficando *imunes ao contraditório*. São, pois, *verdadeiros pontos ocultos do processo penal brasileiro*, sendo que sua visibilidade constitui o primeiro passo para sua eliminação do sistema processual.

60 Quanto aos atores processuais, pergunte a um Promotor de Justiça se o mesmo aceita democratizar a disposição das mobílias do Júri (?), por exemplo.

61 JORIO, Israel Domingos. In dubio, pobre do réu. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 257, p. 14, 2014.

É preciso ter coragem para resgatar a dúvida de seu declínio e colocá-la em seu devido lugar, que, num *sistema em contraditório pleno*, não é outro se *não um instrumento decisório*. Nas palavras de Jorio⁶²: “quando um juiz chega ao fim de um processo criminal com dúvidas, não precisa decidir. Sua decisão já está tomada, imposta pelo próprio sistema. Absolvição”.

Em relação ao exposto, ainda que se referindo especificamente à primeira fase do procedimento do júri, destacamos a doutrina de Lopes Júnior⁶³:

Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um **princípio não recepcionado pela Constituição**, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual. [...] deve o juiz evitar o imenso risco de submeter alguém ao júri, quando não houver elementos probatórios suficientes (verossimilhança) de autoria e materialidade. *A dúvida razoável não pode conduzir a pronúncia.* (Grifo nosso).

Tão problemático quanto à utilização da dúvida para condenar é a criação desses espaços processuais que acabam ficando imunizados a qualquer iniciativa contraditória. O procedimento do Tribunal do Júri⁶⁴, por exemplo, é um terreno fértil para isso, mas não apenas ele.

Entretanto, é no júri *que a dúvida mostra a sua faceta mais cruel* na medida em que serve como parâmetro para

62 JORIO, op. cit., p. 15.

63 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 1012.

64 O júri é o local por excelência que permite a atuação do inquérito policial na sua máxima potência, viabilizando decretos condenatórios com base exclusivamente nos elementos indiciários produzidos em não contraditório. Em que pese termos dito uma reforma processual recente, a tradição brasileira ainda confunde *íntima convicção e sigilo das votações*, com *desnecessidade de motivação mínima*. Trata-se de três institutos distintos. O sistema de valoração probatória do júri permite, por exemplo, que um jurado adquira sua íntima convicção com base exclusivamente nos elementos colhidos na investigação, ou seja, **permite uma condenação fundada tão somente em elementos inquisitoriais**. Não há qualquer controle sobre essa variante decisória.

a denúncia e seu recebimento, para a pronúncia e, o que é pior, para a *decisão final em plenário*, não havendo qualquer controle do sistema quanto à possibilidade de condenação por esse fundamento.

Nesse aspecto, interessante é o que fizeram os franceses⁶⁵ que, em reforma processual impulsionada pela sanção⁶⁶ sofrida pela Bélgica, perante a Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH) onde também eram reclamados, anteciparam e adotaram o procedimento do *Cour d'assises a feuille de motivation*, como mecanismo capaz de evitar condenações com bases em fundamentos não aceitáveis pelo sistema, tal como uma condenação calcada na dúvida. Referida alteração legislativa deu origem ao novo artigo 365-1⁶⁷ do *Code de*

65 Com a influência de Voltaire, os franceses ainda mantém a *Corte de Assises*, órgão jurisdicional composta por magistrados profissionais e cidadãos particulares, dando ênfase à soberania popular. Como refere DIAS, LOUSTEAU e TEDESCO, “es una jurisdicción de enjuiciamiento de derecho común, oral y de única instancia en materia criminal. Es uno de los órganos más originales del sistema francés, lo es por su importancia y por su carácter mítico. Fue traída a Francia, desde el derecho anglosajón, gracias a la influencia de Voltaire, símbolo de soberanía, de una justicia que reconoce el sentimiento del Pueblo”. Ver, nesse sentido, DIAS, Horacio L.; LOUSTEAU, MARIA; TEDESCO, Ignacio F. El sistema procesal penal francés. In: HENDLER, Edmundo S. *Sistemas Processuais Penales Comparados*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 224.

66 A Bélgica foi duramente sancionada pela CEDH. Assim como a França, mantinha um sistema que dispensava a motivação das decisões proferidas no Júri, dando margem a decisões arbitrárias, tal como vem ocorrendo no Brasil, impulsionado pelas garras múltiplas do neoinquisitorialismo. Tal sanção foi proferida pela Corte de Estrasburgo, como aponta ALVES SILVA: “A decisão foi proferida no caso *Taxquet c. Belgique* pela Corte de Estrasburgo, em 12.01.2009 (*Requête 926/05*), em que a Corte interpretou que a maneira lacônica de se responder aos quesitos formulados, mediante simples afirmação ou negação, criaria a impressão de que o acusado estaria sujeito a um sistema arbitrário e pouco transparente, principalmente se estes quesitos fossem vagos ou genéricos. Atentos para a decisão proferida pela CEDH contra a Bélgica, o Parlamento francês tratou de alterar o seu *code de procedure pénale* introduzindo o dever de motivação dos veredictos proferidos pelo Júri francês, uma vez que a nova jurisprudência da Corte de Estrasburgo se amoldaria à estrutura da justiça francesa. Ver, nesse sentido, ALVES SILVA, Franklyn Roger. Motivação dos veredictos do Tribunal do Júri, a experiência francesa e o projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.267, p.14, ano 2015.

67 Refere o artigo, alinhando-se ao artigo 6º, par. 1º da CEDH: “Le président

Procédure Penale, mas não esquivou a França da condenação pela corte de Estrasburgo em caso similar (*Agnelet c. France*, julgado em 10. 1.2013 – n.º 61198/08).

Essa *folha de motivação* possibilita aos jurados que exponham – ainda que sucintamente – as razões de suas decisões, sobretudo condenatórias, a partir das provas e debates – *em contraditório* – no plenário, rompendo com uma tradição ocidental de que a íntima convicção pode dar lugar à ausência de fundamentação. Como refere Alves Silva⁶⁸:

Após a reforma processual, a França adotou como solução a elaboração de uma folha de motivação (*feuille de motivation*) em que os juízes togados exporiam as razões da prolação da decisão condenatória, a partir das provas e argumentos expostos no debate. Esta experiência foi objeto de investigação na prática francesa em que os magistrados expuseram como se operacionalizava a realização desta fundamentação, sendo interessante o destaque de que os juízes afirmavam que **a íntima convicção não necessariamente significaria a ausência de motivação.**

Ao transpor essa reflexão para o caso brasileiro, inúmeros são os ganhos que o sistema processual penal teria para evitar a condenação pela dúvida, caso adotasse a folha de motivação, *pois isso iria possibilitar a atuação do contraditório em segundo grau*, atribuindo-se, também, a partir daí, a sua dimensão recursal.

Não há necessidade de rompimento com o sistema da íntima convicção dos jurados, tampouco da soberania dos veredictos, cláusulas pétreas que demandariam uma nova

ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt. En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions. La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364".

68 ALVES SILVA, op. cit., p.14.

Carta constitucional. Trata-se de pequeno acréscimo, ou melhor, *aprimoramento do sistema*, que poderia muito bem ser introduzido pela norma infraconstitucional, em brinde e pela saúde do *contraditório no júri e na fase recursal*.

Como se percebe, isso constituiria um mecanismo de controle via contraditório, impossibilitando a perpetuação do *in dubio pro societá* que, em procedimentos da espécie, atua muito além do momento da pronúncia, expandindo-se para a sentença penal condenatória e, conseqüentemente, ao próprio cárcere, cujas portas também são fechadas por essa via.

Conforme mencionado, é preciso (re)colocar a dúvida em seu verdadeiro lugar, ou no mínimo se ter coragem de anunciar sua condenação com base nela, pois se isso não é democrático e constitucional é no mínimo sincero⁶⁹, e talvez um pouco mais “ético” a que se esconder por detrás de argumentos rebuscados como o *in dubio pro societá*, próprio de uma dogmática catolicista, inquisitorial e mantenedora de um *status* penal extremamente autoritário.

Em suma, novas funcionalidades de um novo contraditório passam, também, pelo resgate da verdadeira função de *dúvida* no processo penal brasileiro. As conexões que podem ser feitas entre a *dúvida* e o *contraditório* são diversas, e passam também por reflexos no seio dos extremos (pré)-processuais⁷⁰.

69 Conforme refere SANTORO: “[...] com honestidade e seriedade intelectual, sem discursos de hipócrita defesa da sociedade, ninguém vinculado funcionalmente às agências de perseguição penal pode ser considerado imparcial”. SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *O GATE do Ministério Público do Rio de Janeiro e a perversão probatória*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim N.º 258. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p.12.

70 Por opção metodológica optamos por abordar, ainda que minimamente, os extremos (pré)processuais. A análise de todos os tipos de procedimentos previstos no CPP, na legislação especial ou até mesmo variantes analíticas e hermenêuticas outras, demandariam a estruturação de uma outra obra - que não descartamos - dada a importância e a complexidade que as ramificações do contraditório exercem no sistema processual penal brasileiro.

2.3 O problema dos extremos (pré)-processuais: inquérito policial e a necessidade da primeira incidência dialética

Os *extremos* (pré)-processuais – *inquérito policial e execução penal* – em que pesem importantes e indispensáveis ao sistema processual, apresentam diversos problemas, notadamente pela existência de um notório *deficit de constitucionalidade*, seja em relação à *investigação preliminar não contraditória*^{71,72}, seja em relação à nefasta e medieval⁷³ *execução penal*. Na esteira de Lopes Júnior⁷⁴ “atualmente, o grande problema do processo penal está nos seus dois extremos: no inquérito e na execução da pena. Ambos administrativos e inquisitivos, deixando o

71 A questão terminológica merece uma ressalva. Em que pese concordarmos com o que aduz Aury Lopes Júnior em sua tese doutoral, denominada *Investigação Preliminar no Processo Penal*, onde o mesmo utiliza como sinônimo as expressões *investigação preliminar* e *instrução preliminar* salientado que só usa a primeira devido à tradição brasileira, pois entende que *instrução preliminar* seria o termo mais adequado para buscar os elementos de convicção e indiciários para justificar o *processo* ou o *não processo*, levando em consideração o objeto da nossa pesquisa e a própria realidade brasileira, para que fique bem sobressaliente e não nos iludamos com alguma *incursão mínima do contraditório*, preferimos denominar e fase pré-processual como sendo uma *investigação preliminar não contraditória*.

72 Em que pese ter praticamente o mesmo objeto e os mesmos fins, é interessante salientar as denominações utilizadas em outros países, como destaca Lopes Júnior, a saber: Na Itália, *indagine preliminare*; em Portugal, *inquérito preliminar*; na Alemanha *vorverfahren e ermittelungsverfahren* (procedimento preparatório ou fase de averiguação); na França *l'enquête préliminaire e l'instruction*; na Inglaterra, *prosecution e preliminary inquiry*, nos Estados Unidos, *investigation*. Na Espanha, existem três diferentes designações a depender do rito da investigação (*Sumário* no procedimento Ordinário, *Diligências Prévias* no abreviado e *instrucción complementaria* nos processos de competência do Tribunal do Júri). Ver, nesse sentido, LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.89-90. Entre esses modelos, dentre outras questões, destaca-se o *inquérito preliminar* de Portugal, devido a interessante necessidade de *formalização do indiciamento*.

73 Ainda não saímos da sombra de Idade Média, na qual restaram fincadas as “engrenagens inquisitoriais”, notadamente a partir da tortura e do mito da verdade absoluta, como aponta Augusto Jobim do Amaral em sua tese doutoral. Ver nesse sentido: AMARAL, Augusto Jobim do. *Política de prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 61-93.

74 LOPES JÚNIOR, *Direito...* p.1274.

sujeito passivo em completo abandono, sendo tratado como objeto e sem as mínimas garantias”.

Pelos extremos habitam as mais diversas ilegalidades (prisões abusivas, interrogatórios sem defensor, benefícios penais administrativamente violados, etc.) cujo *status* de normalidade é adquirido por se acreditar no modelo de justiça do “senso comum”⁷⁵.

Por tais razões, é natural que os *extremos* constituam um local de *desprestígio e rechaço do contraditório*, que acaba por constituir uma verdadeira pedra no caminho das instituições totais, violando um dos mais elementares princípios de direito natural. Por isso entendemos que os extremos (pré)-processuais merecem atenção, pois, por eles, *pode e precisa o contraditório assumir de vez sua faceta constitucional*.⁷⁶

Nesse sentido, é lamentável que a maioria da doutrina ainda interprete com restrição o princípio do contraditório⁷⁷ elencado na Constituição Federal de 88, sob o argumento de que não se aplica o contraditório no inquérito policial⁷⁸ devido

75 O “modelo do Delegado” espelha o modelo autoritário da justiça penal brasileira. A Delegacia de Polícia, aquilo que consideramos o último local de representação da justiça, na verdade é o que mais espelha nosso modelo. Ultimamente, a Polícia tem apreendido, inclusive, a utilizar dos meios de comunicação para divulgar suas operações, com ampla cobertura pela mídia, inclusive em tempo real com as filmagens das operações. A entrevista do Delegado é recepcionada pelo público como “decisão transitada em julgado” e com isso se difunde o inquisitorialismo contemporâneo para além do processo, em detrimento do sistema de garantias fundamentais.

76 Embora tenhamos dado destaque a execução penal pela consciência de sua problemática medieval/contemporânea/encarceradora, nesta obra, por opções metodológicas, limitaremos nossas inquietudes teóricas em torno do primeiro extermo, de natureza pré-processual.

77 Artigo 5º, inciso LV. “Em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados em geral* são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

78 “A expressão *inquérito policial* apareceu no direito brasileiro, pela primeira vez, no Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentava a Lei 2.033/1871. Já a sua função no âmbito processual penal surge no Código de Processo Penal de 1832, embora não haja referência expressa ao termo *inquérito policial*”. Ver, nesse sentido, MOTTA LOPES, Fábio. *Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009,

ao fato de que o indiciado ainda não é acusado “formalmente”, ou seja, pelo fato de não haver uma denúncia ou queixa-crime recebida. Nessa linha de ideias, vale referir a crítica feita por Lopes Júnior⁷⁹:

O ponto crucial nesta questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. Como afirmarmos anteriormente (e a repetição é necessária diante da importância do tema), a postura do legislador foi claramente garantista e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial [...] Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não *indiciados*, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas, sim, **acusados em geral**, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita em uma notícia crime ou representação), pois não deixam de ser **imputação sem sentido amplo**. Por isso o legislador empregou acusados em geral para abranger um leque de situações, **com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com o claro intuito de proteger o sujeito passivo**. (Grifo nosso).

O problema de *deficit do contraditório*, na fase *investigativa*, acaba sendo potencializado pelos delitos de maior repercussão.

Não são poucos os significados e reflexos que podem ser gerados pela investigação preliminar não contraditória, como refere Motta Lopes⁸⁰:

Na realidade, trata-se de procedimento investigatório carregado de significação, especialmente quanto às provas produzidas em caráter cautelar e em definitivo, como, v.g., os exames de corpo de delitos, que atrelam o julgamento do *meritum causae*. Além das perícias, as

p. 26.

79 LOPES JÚNIOR, *Investigação...* p. 470.

80 MOTTA LOPES, op. cit., p. 41-42.

apreensões e as vistorias também são exemplos de atos de instrução não provisórios, ainda que realizados na fase preliminar. [...] Na prática, possui o procedimento finalidade determinante para o juízo de admissibilidade da acusação, para a adoção de medidas cautelares e pode servir de subsídio para a condenação, desde que haja confirmação das provas indiciárias na instrução judicial, ou para a absolvição do acusado.

É a partir desse ponto – certamente não tão cego – que o poder de penar lança suas bases microfísicas que consegue – com sucesso e razoável facilidade – germinar a ponto de fazer-se perene na fase processual – no caso brasileiro – nos diversos procedimentos existentes, cujas fases probatória e decisória acabam sendo diretamente afetadas.

Os casos criminais de maior repercussão, conforme já destacado, acabam sendo o destinatário direto dessa política criminal repressiva, ainda que o mesmo fenômeno se apresente nos delitos do “cotidiano”. Muito embora existam milhares e milhares de investigações que não são “cobertas” pela mídia, como uma verdadeira telenovela ao melhor estilo *telecrime*⁸¹, os delitos menos “lucrativos” do ponto de vista midiático, também, acabam sendo influenciados pela sociedade da comunicação⁸².

Para a mídia, a *investigação preliminar não contraditória* vende como se fosse um objeto de consumo (da violência). Os meios de comunicação, há muito tempo, já perceberam que estão diante de um grande mercado. Muito mais do que a *liberdade de imprensa* e do *combate à criminalidade* está em jogo na cena do inquérito policial quando realizado de forma midiática.

A interpretação restritiva pela não incidência do contraditório no inquérito realizada pela tradição brasileira,

81 Os telecursos – educativos – não ganham espaço na mídia.

82 Veja-se: embora seja contestável, já chegamos ao ponto de um teórico criar a megateoria dos sistemas – Niklas Luhmann – que coloca como centro do seu sistema autopoietico-funcional diferenciado a *comunicação*, não necessariamente em detrimento do homem, mas em uma posição de destaque.

certamente, não se limita à questão terminológica se o inquérito produz ou não a condição de *acusado em geral*⁸³. Há muito mais por trás disso, o que pode ser bem espelhado pelo (neo)inquisitorialismo contemporâneo impulsionado pelos meios de comunicação e pelas agências de controle, de modo especial, o formal penal-repressivo.

Essa intenção repressiva acaba constituindo vertente única na mídia e contribui para que o *senso comum penal* influencie e crie reflexos no direito penal e no processo penal em todas as suas dimensões, não ficando imune o espaço territorial inicial do inquérito.

Pelo contrário: é o seu local privilegiado!

E isso é muito problemático, na medida em que estamos diante do nascedouro dos indícios de *autoria* e da *materialidade*, revestido de alta carga autoritária que dificilmente se dissipa ao longo do processo penal, passando em rápida velocidade pelos juízos prévios de probabilidade.

83 Vale referir a advertência de Feldens e Schmidt ao apontar o investigado como sujeito de direitos, aduzindo que “ao abordarmos a inquisitorialidade do inquérito como sua característica, longe estamos de sucumbir ao sentido gramatical ou histórico do termo, a ensejar, *mutatis mutandis*, a concessão de um poder discricionário e ilimitado à autoridade policial. Em realidade com tal designação, quer-se essencialmente fazer notar algo em distinção àquilo que se verifica no âmbito da ação penal, na qual, prevalecendo o princípio acusatório, as funções de instauração (denúncia) e decisão (sentença) da demanda criminal estão acometidas a instituições distintas (Ministério Público e Poder Judiciário) [...] É importante lembrar, por outro lado, a necessidade de superação do dogma manualístico no sentido de que, no inquérito policial, não existe um acusado, mas sim um investigado, para, com isso, justificar a mitigação de direitos fundamentais. Investigado é sujeito de direitos, e não mero objeto da investigação. Nesse sentido, decidiu o STF: [...] A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto das investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja observância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial [...] STF – HC 73.271-SP, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j.19/03/96, DJU: 04/10/96, RTJ 168/896”. Ver, nesse sentido, FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e Ação Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17.

Nitidamente se percebe que *a investigação preliminar não contraditória* está calcada na (I) *presunção de culpabilidade*, (II) *na prevalência de poucas linhas investigativa*, (III) *no excesso de discricionariedade da autoridade policial e na ausência de controle jurisdicional*, (IV) *na expansão de sua função informativa para constituir uma verdadeira função instrutória* e, por fim, no seu (V) *procedimento aleatório não contraditório*.

Esta totalidade de fatores acaba influenciando e refletindo no processo, gerando aquilo que denominamos *expansionismo neoinquisitorial não contraditório* gerador de diversos *pontos ocultos do processo penal* que *resta imune ao controle pretendido pelo contraditório*, na medida em que este acaba retroalimentando a pretensão acusatória e o poder de penar, por conseguinte, gerando *desequilíbrio processual*. Estamos diante, no dizer de Merleau Ponty⁸⁴, do *visível* e o *invisível*.

Conquanto – no plano do dever ser – a *presunção de inocência* devesse vigorar nesta fase investigativa, o que vigora é a *presunção de culpa(bilidade)*. A sociedade como um todo ignora o fato de que *ninguém é considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* e a “entrevista do delegado” constitui uma espécie de “decisão penal condenatória transitada em julgado”, conforme já referimos.

Essa alimentação da *presunção de culpabilidade* é acalorada pelo *direito penal velocista*, notadamente a partir da política criminal americana do 11 de setembro⁸⁵, que não

84 PONTY, M. Merleau. *O visível e o invisível*. Trad: José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. São Paulo: Perspectiva, 2012.

85 Interessante é o dado trazido por D'ÁVILA, ao referir que “nunca é demais lembrar que, após o atentado de 11 de setembro, como observa Paul Chevigny, Professor de Direito Penal da Universidade de New York, foi posta em prática nos USA uma **intensa política de repressão**. Através do chamado USA Patriot Act, aprovado após o 11 de setembro, mas também de leis já existentes no período Clinton, que, todavia, não eram aplicadas em razão da grande incidência sobre os direitos humanos, foram implementadas fortes medidas de vigilância política e invasão de privacidade – como, *vg.* interceptações telefônicas, controle da retirada de livros de bibliotecas públicas, prisão e interrogatório de ativistas políticos -, interferência no trabalho de advogados,

raras vezes procura *antecipar a tutela penal* com a *punição de atos preparatórios*, de *tipos penais de mera conduta* e de *tipos de perigo abstrato*⁸⁶, relativizando as garantias penais e processuais, corrente penal essa que encontra expoente nas ideias reacionárias defendidas por Günther Jakobs, através do *direito penal do inimigo*⁸⁷, cuja essência é bem pontuada por Zaffaroni⁸⁸:

O conceito tem origem no direito romano e o autor que trabalhou o tema com maior coerência na teoria política foi Carl Schmitt, que, por sua vez, não fez mais do que resgatar e precisar o conceito tradicional proveniente do direito romano. Para este teórico do Estado Absoluto, o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro, e basta, em sua essência, que seja existencialmente, em um sentido particularmente intensivo, de alguma forma outro ou estrangeiro, de modo que, no caso extremo, seja possível ocorrer com ele conflitos que não podem ser decididos nem através de um sistema de normas pré-estabelecidas nem mediante a intervenção de um tertius

centenas de prisões por razões de etnia árabe ou conexão com pessoas de origem árabe, proibição para os presos de comunicarem a prisão à família, além de, e, principalmente, a utilização da curiosa figura do combatente inimigo, pelo qual nem são reconhecidos os direitos civis mais elementares, como direito a habeas corpus, nem os direitos de um prisioneiro de guerra, condição esta que, como se percebe, coloca o sujeito inteiramente à mercê do Executivo. E, tudo isso, reitera-se, sob o pretexto do necessário combate ao inimigo. Eis, pois, da teoria à prática: o inimigo” (grifo nosso). D’AVILA, op. cit., p. 43-44.

86 Ver, nesse sentido, artigo de nossa autoria publicado no II Congresso de Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

87 Refere D’AVILA (op. cit., p. 41): “Conforme nos informa Pritwitz, a primeira vez que Jakobs tratou do tema “direito penal do inimigo” foi de forma crítica, em 1985, durante uma conferência em Frankfurt am Main. Em dezembro de 1999, entretanto, na chamada Conferência do Milênio em Berlim, Jakobs voltou a falar sobre o assunto, só que, desta vez, não mais para censurá-lo, e sim na defesa veemente de um direito penal parcial: aquele que se comporta como inimigo deve ser tratado como inimigo, como “não pessoa” (Unperson). O que significa dizer que ele, o inimigo, deve ser considerado uma mera fonte de perigo e, como tal, tratado, permitindo-se sua punição antecipada, a restrição de sua liberdade de agir e, em parte, de pensar, para além da supressão de garantias processuais fundamentais”.

88 ZAFFARONI, *O inimigo...* p. 21-22. Ver, nesse sentido, também, JAKOBS, op. cit.

descomprometido e, por isso, imparcial. Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre o *inimicus* e o *hostis*, mediante a qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra com negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. **O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade.** (Grifo nosso).

Em tempos de uso desenfreado das mídias e dos meios de comunicação que fazem do processo penal um instrumento cercado de presunções de culpabilidade, chega a refletir como demagogia a divulgação da operação investigativa (prisão em flagrante ou preventiva, por exemplo), sempre rotulada com algum nome, e, ao mesmo tempo, continuar sendo sustentado que o investigado não é um “*acusado em geral*”, como o faz majoritariamente a doutrina (e a jurisprudência). É acusado em geral para fins diversos e midiáticos, mas não o é para fins de contraditar o inquérito.

Por isso, continua atual a visão de Luisi – ao aduzir que “não é possível admitir como legítimo o Direito Penal do Inimigo nas legislações dos Estados Democráticos de Direito. É mister expurgá-lo por manifestamente conflitante com os princípios fundamentais que embasam os Estados Democráticos de Direito”.

Outro problema que diagnosticamos no inquérito é que ele trabalha com diversas “teses”, mas, simultaneamente - no mais das vezes - mantém uma única linha investigativa, ou seja, a busca por elementos de autoria e materialidade. Como o inquérito é uma peça informativa, que, na grande maioria das vezes, subsidia a ação penal, pouca ênfase se dá para a busca de elementos que por ventura venham a “inocentar” o indiciado, empurrando-o para a manifestação tardia no processo, após o recebimento automatizado das denúncias, outra prática nefasta do modelo autoritário que não cansamos de refutar.

Alia-se a isso, o fato de a autoridade policial gozar de ampla discricionariedade no âmbito da investigação criminal, ao ponto de ocorrer, ainda que não se possa dizer como regra, primeiro a escuta e depois sua autorização judicial, sem qualquer controle de constitucionalidade⁸⁹.

Daí a importância da prova ilícita como objeto de controle.

Ademais, os indícios produzidos no inquérito, conquanto tenham valor meramente *informativo*, acabam por constituir ares de instrução (não contraditória), na medida em que tais elementos são transpostos para o processo de uma maneira quase natural, a ponto de prevalecer a ideia de se “comprovar ou não aquilo produzido pelo inquérito”, em completa desarmonia com as regras do devido processo penal (Giacomolli).

As perícias técnicas constituem um exemplo disso, pois são realizadas no bojo do inquérito sem qualquer contraditório, não são repetidas em juízo e assumem valor probatório.

Não bastasse tudo isso, a ausência de *forma* do inquérito conduz à possibilidade de *excesso de arbítrio*. Não obstante a complexidade da investigação possa, aparentemente, ser incompatível com o estabelecimento de formas predeterminadas, não se pode esquecer que *forma é garantia*, e, em um universo cercado de hostilidade – como o é o inquérito policial – bom seria se o mesmo tivesse um mínimo de regramento, evitando que a aleatoriedade favoreça às arbitrariedades.

Essas são apenas uma das problemáticas que acabam contaminando o processo, especialmente porque o ato de recebimento da denúncia – infelizmente – não vem fazendo sua função, conforme já apontado, sendo as decisões proferidas no acelerar do automatismo. Nesse sentido, precisa é a observação

89 Por essas e outras razões foi promulgada a Lei 13.809/19, merecendo destaque neste ponto o delito tipificado no artigo 25.

de Zilli⁹⁰:

A acusação criminal, por si só, produz efeitos que vão muito além da dimensão processual. De fato, atingem a imagem social do imputado, cujo comprometimento dificilmente é recomposto, mesmo na hipótese de absolvição. Aliás, não são raros os casos em que o julgamento se dilui em meio à força conquistada pela publicidade hipertrofiada da investigação. Trata-se de uma evidente disfuncionalidade da Justiça Penal e que se acentua nas sociedades ávidas pela perseguição-espetáculo. Nestas, a informação não é suficientemente depurada. É produto de consumo e, como tal, é rápida, imediata e rasa. Em meio a este contexto, **o impacto provocado pelos primeiros passos na trajetória persecutória tende a se destacar frente ao resultado final dado pelo julgamento. Daí a importância que assume o juízo de admissibilidade da acusação. Automatismo e fórmulas decisórias pré-fabricadas não valorizam um ato processual de extrema relevância. Na verdade, demonstram insensibilidade frente aos graves efeitos jurídicos e sociais provocados pelo processo.** (Grifo nosso).

Falta ao legislador ordinário coragem para colocar fim a essa celeuma e possibilitar a atuação da *investigação em contraditório*, ainda que em sua incidência mínima. Fala-se em coragem porque o contraditório, destacado no artigo 5º da CF, é considerado um direito fundamental e, como tal, constitui um instrumento à disposição do cidadão contra o arbítrio estatal que inequivocadamente deve estar presente na fase da investigação preliminar, ainda que em sua atuação primeira.

Enquanto convivemos com esse discurso conservador e inquisitorial, que considera o indiciado acusado para fins de prisão provisória e não o considera para fins de exercício do contraditório, alguns mecanismos podem ser criados para minimamente constitucionalizar os atos investigativos.

Nessa perspectiva, dois pontos consideramos centrais

90 ZILLI, Marcos. A admissibilidade da acusação e o fio de Ariadne. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 23, n. 267, 2015, p. 4.

para esse acontecer, a saber: *formalização da verificação da procedência da informação* (VPI) e *formalização do indiciamento*, além, é claro, do contraditório em grau mínimo ou em primeira potência.

Quanto à VPI, ainda que não incidente em todos os casos, entendemos que o Supremo Tribunal Federal ampliou em demasia sua incidência, calcada basicamente em decorrência de *denúncias anônimas*, ou melhor, metaforicamente falando, em *acusações secretas*, tal como na inquisição historicamente concebida.

Sob o argumento de que o artigo 5º, §3º, do CPP⁹¹ é permitida essa possibilidade legal da verificação da procedência da informação, tem-se criado verdadeiras investigações à parte, verdadeiros *inquéritos fora do inquérito*, sem qualquer controle e formalização dos atos verificáveis.

Em que pese o STF já ter declarado a sua validade, entendemos que esse instituto de verificação é sumariamente inconstitucional, tal como a prisão para “averiguação”. Afinal, como se regulamenta (?), o que consiste (?), qual é o alcance e o controle da verificação para procedência da informação (?), ainda é uma questão com contornos limítrofes vagos, elásticos e imprecisos.

A cultura inquisitorial, os abusos e a ausência de regulamentação específica das atividades investigativas possibilitaram a difusão e o desvirtuamento da VPI, a ponto de constituir uma espécie de “inquérito antes do inquérito”, criando um espaço de total *(des)controle* e tão pouco de jurisdicionalidade. Contudo, o pior vem em momento posterior, quando tais atos, especialmente os decorrentes da produção indiciária, acabam contaminando o processo, tornando o contraditório judicial quase sem efeito.

91 Art.5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] par. 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la a autoridade policial, e esta, *verificada a procedência das informações*, mandará instaurar inquérito.

O STJ – nos autos do HC 199.086/SP –, por sua vez, já entendeu que a VPI serve para, em denúncia anônima, evitar abusos do delator e excesso na atividade policial. Ainda assim, ela pode conter praticamente os mesmos atos de uma investigação realizada nos autos de um inquérito policial formalizado (laudos, depoimentos, perícias⁹², violações telefônicas, etc.) e sequer serem acessíveis ao indiciado, ou melhor, ao “verificável”.

Com mais razão ainda esse argumento se justifica quando tal verificação é realizada pelo Ministério Público, que não tem prerrogativa constitucional *investigativa*, ainda que o Supremo Tribunal Federal venha se inclinando para definir esta possibilidade jurídica. Isso viola, por certo, não só a comunhão da prova, como, consequente e naturalmente, o *contraditório*.

Nesse sentido, quanto à possibilidade de acesso⁹³ da

92 Nessa linha de ideias, destaca-se o artigo publicado pelo professor Santoro, da Faculdade Nacional do Rio de Janeiro (UFRJ), ao denunciar as práticas do GATE (Grupo de Apoio Técnico Especializado) do Ministério Público daquele Estado, em relação às práticas adotadas pelo órgão acusatório para produzir a prova equivocadamente taxada de “pericial”. Segundo o autor: “O que causa estranheza é que o uso deste “órgão” do Ministério Público é feito de forma a não se obedecer as normas sobre produção de prova pericial do Código de Processo Penal, sobretudo o que dispõe o art. 159 a respeito da atuação dos assistentes técnicos. Isso porque, em vez de nomear um assistente técnico e requerer sua admissão pelo juiz, bem como aguardar a abertura do prazo para que a defesa se utilize da mesma prerrogativa, com a possibilidade de ambas as partes apresentarem quesitos, com posterior fixação de data para exame do material a ser periciado e apresentação de parecer técnico ou oitiva dos peritos e assistentes em audiência, tudo como manda os parágrafos do referido art. 159, o Ministério Público vem anexando desavisadamente um “laudo do GATE” à denúncia, como forma de instruí-la, ou remete os autos do processo ao GATE e os devolve com um requerimento de juntada de parecer técnico já elaborado sem contraditório. De maneira geral, as defesas que se insurgem contra essa prática recebem como resposta (em regra por acolhimento pelo magistrado dos argumentos apresentados pelo Ministério Público) uma negativa assim fundamentada: (1) o “parecer técnico” juntado aos autos não é uma perícia, mas uma prova documental, portanto, pode ser juntada a qualquer tempo; (2) a referida prova deve permanecer nos autos em homenagem à busca da verdade substancial”. SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *O GATE do Ministério Público do Rio de Janeiro e a perversão probatória*. p.11.

93 Note o paradoxo: a defesa pode o mais (acesso aos autos do inquérito), mas não

defesa aos documentos e elementos constantes em uma VPI, a problemática aumenta, pois a *Súmula Vinculante 14*⁹⁴ não permite a possibilidade de acesso ao que está sendo “verificado” na medida em que se restringe a um *procedimento investigativo* promovido pela *polícia judiciária*. Em outras palavras: a verificação pode ser secreta, como uma prática que se encaixa perfeitamente ao modelo inquisitorial.

Por tais razões, entendemos que as VPIs devem ser afastadas do ordenamento jurídico penal, ou, no mínimo, que sejam efetivamente formalizadas, possibilitando, assim, *que se aspire à incidência da dialética*. Nessa linha de ideias, vale referir a sintonia existente entre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol e o Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, como aponta Souza Filho:

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, de modo coerente com a atual posição do Supremo Tribunal Federal, tem enfatizado que nenhum pronunciamento fático ou jurídico pode ser feito no processo penal **se não for procedido da possibilidade de contradição sobre seu conteúdo**, pois, como assinalou em outras ocasiões o mesmo Tribunal, **a possibilidade de contradição é uma das regras essenciais de desenvolvimento do processo**, que se projeta como exigência de validade sobre a atividade probatória, seja aquela pré-processual seja aquela processual. (Grifo nosso).

Por isso, não podemos concordar que possa ocorrer qualquer espécie de procedimento investigativo sem a devida *formalização*, na medida em que isso se aproxima de um *modelo secreto e inquisitivo*, justamente aquilo que rechaçamos, pois se o contraditório já encontra dificuldades naturais no inquérito policial – ainda que malformalizado – muito mais dificuldades se encontra em uma *investigação secreta* (que

pode o menos (verificação de elementos da VPI).

94 Cujo teor é o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

recebe nome e roupa em outra): “verificação”, alicerce e hospedeiro de futuras denúncias, que poderá se transformar em futuro ponto oculto do processo penal.

Por sua vez, tão importante quanto isso é a *formalização do indiciamento*,⁹⁵ impedindo situações que violem os direitos do investigado. Não é incomum o sujeito ser notificado para comparecer a uma delegacia de polícia na condição de *testemunha* e deixar a delegacia na condição de *investigado*, sem qualquer alerta, já tendo prestado depoimento sem a presença de um defensor, ao mesmo tempo que lhe é tolhida a possibilidade de manter-se silente. Como aponta Lopes Júnior⁹⁶:

Outro gravíssimo problema do inquérito policial é o mais completo confucionismo acerca da situação jurídica do sujeito passivo. Sobre a figura do indiciamento pairam inúmeras dúvidas, principalmente quando não existe uma prisão cautelar. Em nenhum momento o CPP define claramente a situação do sujeito passivo não submetido a uma prisão cautelar.

O pior disso tudo é a valoração afirmativa que pode ser dada pelo juiz. Por isso, para que seja possível um pouco de *dialética*⁹⁷ na fase investigativa, como já determinou a Constituição Federal, é necessário que o indiciamento seja formalizado⁹⁸ tão logo surjam os primeiros indícios sobre a

95 Luis Maria Bunge Campos, ao analisar o processo penal português refere que “si durante cualquier interrogación hecha a una persona que no fuera imputada, surja fundada sospecha de que ella ha cometido un delito, la entidad que procede al acto deberá suspenderlo e inmediatamente proceder a la constitución de imputado. BUNGE CAMPOS, Luis Maria. Sistema procesal penal de Portugal. In: *Sistemas Procesales Penales Comparados*. HENDLER, Edmundo. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 343.

96 LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 409.

97 Importante acréscimo foi introduzido ao artigo 7º da Lei Federal 8.906/94), mais especificamente o inciso XIII, possibilitando ao defensor apresentar *quesitos* e oferecer *razões* no seio da investigação preliminar, ainda sem eco jurisprudencial.

98 A Lei 12.830/13 dispõe sobre a investigação preliminar presidida pelo Delegado de Polícia, outorgando privativamente a esta autoridade a atribuição

autoria delitiva, interrompendo, se for o caso, o depoimento da “testemunha” para o fim de alertar sobre a nova condição em que passará a ser ouvida, fazendo brotar daí todos os direitos e garantias constitucionais. Como referem, mais uma vez, Lopes Júnior e Gloeckner:

Em linhas gerais, devemos caminhar para uma **maior eficácia do contraditório e da ampla defesa previstos no art. 5º, LV, da Constituição**. Tal dispositivo, no que se refere à sua aplicação no inquérito policial, tem sido objeto de interpretações absurdamente restritivas. **Esse é um ponto básico a ser revisto**. É incrível a resistência no âmbito policial em respeitar os direitos constitucionalmente assegurados, negando que o CPP deva adequar-se à Constituição, e não ao contrário. [...] O que sim é perfeitamente exigível é a existência de um **contraditório mínimo**, que de forma concreta garantisse a comunicação e a participação do sujeito ativo em determinados atos. Esse mínimo não afastaria uma participação mais efetiva do sujeito passivo quando, conforme o caso, o segredo interno não se justificasse. (Grifo nosso).

Em outras palavras: melhor seria se todo o sistema processual penal, a começar pelo inquérito, “sofresse” uma reforma, sobretudo, mental de seus “operadores”, tendo como horizonte o *contraditório como um dos princípios fundantes do processo, sem menosprezar à imparcialidade do julgador*. Em suma: *sistematizar ideologicamente o processo e o pré-processo em torno do contraditório* produziria reflexos significativos e ganhos democráticos incríveis para todos os níveis e institutos processuais.

Isto porque, a estrutura inquisitória descontínua que permeia o processo penal brasileiro, desde suas manifestações mais remotas, permite que o julgador – *consciente ou inconscientemente* – contamine-se com o inquérito policial. É por essas e outras razões que é fundamental a reversão/suspensão da liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux, como

forma de fortalecer o sistema acusatório na prática e na teoria, ou, em outras palavras, nas mentes e lentes do processo penal brasileiro.

A lógica da maquinaria forense e do seu saber (in) superável, potencializada pela atuação das agências de controle e dos poderes institucionalizados, labora na órbita de que o processo penal serve para comprovar ou não o que já fora concluído no relatório do delegado de polícia, conforme já referimos.

Segundo Lopes Júnior e Gloeckner⁹⁹, é o famoso “‘cotejo’ com a prova judicial, que nada mais é do que uma maquiagem para condenar com base em meros atos de investigação”, conforme já tivemos oportunidade de pontuar. E isso pode ser perfeitamente observado porque continua a prevalecer, principalmente no que tange à prova testemunhal, a “ratificação” em juízo dos depoimentos prestados nas delegacias de polícia. E o que é pior: *sua validade incontestada para embasar sentenças penais condenatórias*.

Isso é um sério problema que precisa ser superado no dia a dia dos Tribunais brasileiros e que a dogmática jurídica processual pouco se preocupa, contribuindo com a manutenção do *status quo* dogmático (e seu sono – Warat) que parece fechar os olhos para a presença inquisitorial dentro da estrutura que deveria privilegiar a aplicação da Constituição.

É prática comum nas audiências criminais, após a testemunha dizer que “não se lembra do caso”, sua memória ser refrescada pelo próprio Magistrado (a), a ponto da testemunha, em especial as de acusação, simplesmente *ratificar* aquilo que foi dito na fase inquisitorial e isso ter validade “plena” como prova, ainda que naquele exato momento não se tenha lembrança - pois memória pressupõe esquecimento - dos fatos sobre os quais o depoimento está sendo prestado.

A velocidade dessa máquina inquisitória contemporânea

99 LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, op. cit., p. 417.

que sobrevive camuflada em meio ao Estado de Direito diminui significativamente a capacidade de blindagem do contraditório, tornando-o um meio obsoleto para exercer sua verdadeira função. Mas a estrutura do sistema (inquisitório) é tão sábia que articula tudo isso em “observância ao contraditório”.

Quando muito, é possível a defesa registrar em ata de audiência sua inconformidade, ou utilizar-se do *habeas corpus*, conforme o caso, com pouca receptividade nos Tribunais.

Permite o sistema processual que a decisão possa ser tomada com o conteúdo indiciário produzido no inquérito, desde que conjugados com outros elementos judiciais, atribuindo ao mesmo, de forma velada, uma brecha para a infiltração inquisitória, mas suficiente para a emissão de Juízos condenatórios.

O problema não é condenar e sim a forma como, muitas vezes, se condena.

Em suma: essa realidade do processo penal brasileiro permite acontecer aquilo que denominamos *jurisdicionalização do inquérito como elemento condenatório*, que desprestigia a *imparcialidade* (que notoriamente é quebrada) e a própria característica da *imediação probatória*, gerando um *atropelamento do contraditório*.

Sem dúvida, estamos diante de uma grande problemática, existindo, também por aí, a possibilidade de realizar um *processo penal como procedimento em contraditório*, como aponta Fazzalari, mas para além dele.

Uma vez expostas essas ideias, já temos elementos suficientes para fazer um questionamento que permite um maior alargamento da questão: *basta o respeito ao contraditório para termos um processo penal acusatório e democrático?*

É justamente sobre isso que nos ocuparemos no capítulo seguinte.

Capítulo 3

A SUBMISSÃO DO CONTRADITÓRIO COMO UMA ESPÉCIE DE AMOR AO PODER DE PENAR E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA INQUISITIVO

Para melhor entender o contexto em que ainda se apresentam a coisificação do contraditório e a impossibilidade de libertação da maquinaria punitiva - sempre assombrada pelo apenamento - é necessário diagnosticar os níveis de submissão existente no universo da processualística penal, notadamente através do desvelamento de algumas práticas inquisitivas.

3.1 Desvelando a máscara do neoinquisidor: basta o respeito ao contraditório?

Comumente, utiliza-se a expressão “respeito” para introduzir a ideia da contrariedade: “respeito sua posição, mas entendo que não é adequada”. No campo processual penal que tanto nos interessa, em relação ao contraditório no seu universo teórico e prático, a questão não é muito diferente porque cada vez mais as instituições e agências de controle estão atormentadas por uma cultura punitivista, conforme exaustivamente diagnosticado ao longo dessa obra.

Nesse sentido, não é incomum observar o “respeito” ao contraditório, paradoxalmente, como pano de fundo do argumento condenatório. Sempre foi mais fácil jogar – e *julgar* – para a torcida.

Isso não significa que o julgador não possa – mediante o livre convencimento motivado (problemática outra) –

discordar do contraditório, obviamente. Até porque, *contrario sensu*, o contraditório pode discordar da decisão, por constituir um instrumento de *controle*. Essa é uma das *principais funções do contraditório no processo penal contemporâneo*, especialmente porque se retira o controle – *exclusivamente* – das mãos do julgador.

Não obstante a “reforma” processual penal introduzida pela Lei 11.690/08 referir, em seu artigo 155, que a convicção do juiz se dará com a *livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*, convive-se, ainda, com o ranço da inquisitorialidade na medida em que o artigo art. 156 possibilita ao juiz ordenar, mesmo antes da propositura da ação penal, a produção de provas consideradas *urgentes e relevantes* (para quem?), ainda que devido ao advento do “pacote anticrime” possa se discutir frontalmente e com maior precisão a inconstitucionalidade do referido dispositivo processual.

Não se pode acreditar cegamente que esta possibilidade de busca da prova é para ambas as partes, até porque em relação ao réu se presume a inocência. Já é hora do livre convencimento motivado sofrer um controle *exógeno de máxima verticalidade processual*, tarefa essa que pode ser feita pelo *contraditório contemporâneo*, com a finalidade de, no mínimo, reduzir os níveis de inquisitorialidade do sistema processual¹.

Quantas e quantas vezes observa-se, nas “lides” forenses

1 Salo de Carvalho, ao abordar o fetiche da jurisprudência e ressaltando o trabalho da crítica jurídica como instrumento capaz de desconstruir um modelo calcado na “doutrina e na jurisprudência”, visualiza com perspicácia a presença do inquisitorialismo no seio do sistema punitivo. Nas palavras do autor: “Significa ter presente que a constituição do poder repressivo penal é fundada no inquisitorialismo, de maior ou menor intensidade conforme a maior ou menor adequação constitucional da estrutura do processo penal, e que a *inquisição é a conversão de todo o poder punitivo em coerção direta*. A ruptura com o fetichismo aos julgados e a crítica à sua retroalimentação pela doutrina parecem ser importantes fatores para que se possam projetar mudanças na forma de ensino/aprendizado das ciências criminais e de atuação transformadora dos operadores do direito, reduzindo os níveis de inquisitorialidade **sempre presentes**” (grifo nosso). Ver, nesse sentido, CARVALHO, Salo. *Anti-Manual de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.

(não processual penal²), que o contraditório foi “devidamente respeitado”; conquanto a sentença condenatória tenha sido proferida sem prova idônea; ou que a decretação da prisão cautelar foi proferida em “observância ao contraditório” – ainda que ausentes seus requisitos – e tantos outros exemplos que podem ser elencados no universo da complexa processualística penal.

Essa inquietação nos remete a outra questão central: basta o “respeito ao contraditório” para termos um processo penal constitucional? E a resposta é expressamente negativa, pois o mero “respeito” ao contraditório, sem nenhuma outra fundamentação, reduz a complexidade do processo penal a um quadro cartesiano, que não traduz os anseios de um processo penal contemporâneo e democrático, não contribui para a instrumentalidade constitucional do processo, entendida esta como a máxima proteção dos direitos e garantias fundamentais, calcados na dignidade da pessoa humana³.

Carece o contraditório de avanços substanciais, notadamente no seu aspecto *epistemológico*, porque não basta ter mais contraditório se o contraditório que temos é “este que está aí”, que pode servir de cortina para esconder o neoinquisidor que ainda não entendeu – ou renega – a ideologia sociopolítica do sistema constitucional. Insiste em fazer/realizar um processo penal às avessas.

O “respeito” ao contraditório é uma expressão plena de (prê)conceitos e de uma ideia de contrariedade: “respeito, mas aceito o cotejo com a “prova” do inquérito”; “respeito, mas recepciono e me convenço com a prova ilícita”. Não

2 Segundo Jacinto de Miranda Coutinho, o conceito de *lide* é inaceitável para o processo penal, cujo conteúdo deve ser representado pelo **caso penal**, capaz de demonstrar toda e **incerteza e complexidade** que cercam o **fenômeno criminal e processual**. E mais, para um conhecimento integral do processo, torna-se indispensável transitar de maneira aprofundada pelo terreno da psicanálise. Ver, nesse sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

3 Ver, nesse sentido, LOPES JÚNIOR, *Direito...* p. 80.

acreditamos que essa seja a tarefa do contraditório processual penal na contemporaneidade e temos certeza que esse tipo de “respeito” não foi projetado pela Constituinte de 88.

Conforme já se pôde antever, não nos conformamos com o contraditório tal como concebido historicamente pela acrítica dogmática tradicional. Precisa o contraditório de um “algo mais”, a começar pela sua construção a partir das categorias jurídicas próprias do processo penal, tal como leciona Lopes Júnior.

Mas tal tarefa não é das mais fáceis e não faltarão vozes para dizer que o contraditório está sendo “respeitado”, mesmo que realizado diferidamente (o que não representa o preceito constitucional), mesmo que as perícias técnicas – na grande maioria das vezes – sejam efetuadas sem a sua incidência, mesmo que pouco caso se faça para os requerimentos de quesitos à perícia e razões antes da realização do relatório final da autoridade policial na fase *não contraditória*, mesmo que a prova não seja lícita para proporcionar uma condenação, dentre outras circunstâncias.

Respeito esse que esconde a verdadeira vontade de realizar o contrário, constituindo mero formalismo, mero argumento de retórica, mero abre alas para a banda da acusação e o poder de penar passarem, até a sentença penal condenatória.

Se o contraditório fosse efetivamente “respeitado” não teria ocorrido o fenômeno da *jurisprudencialização (eficientista) da doutrina das nulidades*, não discutiríamos “se a prova ilícita é válida” – porque é pressuposto que é *inválida*. Não teríamos observado, de igual sorte, o declínio da *dúvida*.

Nas “sociedades do contraditório⁴”, ainda há muito a ser feito para que este princípio, tão reitor do processo quanto a imparcialidade adquira efetivamente sua *identidade processual penal*, começando por reconhecer que o Estado de Direito recepciona *hospedeiros com códigos genéticos* incompatíveis com

4 A expressão é do professor Rui Cunha Martins.

o seu, tal como, imaginamos, o *capitalismo*, como bem refere Martins⁵:

Neste aspecto, o que se passa a este nível com o Estado de Direito não difere do que se passa hoje com a maior parte dos dispositivos vigentes nas **sociedades do contraditório**, mais ou menos cooptados para desígnios doutrinariamente distantes dos que formalmente são os seus. Para já, entretanto, do lado do processo penal sobra uma inquietação: uma coisa é o processo ser o microcosmo do Estado de Direito; outra é ele ser o microcosmo-do-**Estado-de-direito-em-que-se-alojou-o-capitalismo**. (Grifo nosso).

Para que efetivamente possamos construir um processo penal como procedimento em contraditório, verdadeira essência do processo, precisamos avançar para muito além daquilo que Fazzalari estruturou, e isso não significa que não estejamos a reconhecer a importância de sua obra, conforme já abordamos. Nas palavras do professor italiano⁶:

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os “interessados”, **em contraditório**, colhemos a **essência do “processo”**: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em **contraditório entre si**, os “interessados”, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato. (Grifo nosso)..

Não podemos, todavia, partir para uma solução simplória. Não basta introduzir a oportunidade de contraditório em diversos territórios (pré)-processuais - sem esquecer da eventual e onipresente execução penal - porque estamos laborando na complexidade (e nela, sabemos, as coisas não se resolvem dessa forma). Não podemos cair em tal armadilha, porque o *paradoxo do contraditório* pode constituir um terreno argiloso, eis que pode impulsionar o poder de

5 CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados. Corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: ATLAS, 2013, p.10.

6 FAZZALARI, op. cit., p. 33.

penar.

Fundamental é aquilo que o contraditório efetivamente produziu, sendo que, no processo penal, ele *necessariamente precisa produzir*, caso contrário, o processo penal é nulo, pois, praticamente, se pressupõe a ausência de defesa. Isso é muito mais importante do que a mera oportunidade. É preciso, sobretudo, que a decisão penal observe e incorpore aquilo que o contraditório efetivamente construiu em choque probatório, devendo o julgador, sob pena de nulidade processual absoluta, manifestar-se expressamente sobre o dito contraditório produzido. Naturalmente que isso vai exigir uma nova postura do juiz, mas, nas armadilhas inquisitórias do processo penal, ele precisa se dar essa *chance*, como refere Coutinho⁷:

O novo juiz, ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma “chance” (questionado pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se, e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel.

O exercício dessa complexa análise se dá em um momento processual particularmente delicado, mas constitui a marca do processo penal e deveria ser uma característica do exercício jurisdicional participativo, como adverte Foschini⁸:

Il dibattito (da dilattare, cioè battere in ogni senso), è un period saliente e caratteristico del processo penale, che traduce in termini vivi e spesso spettacolari la caratteristica essenziale del giudizio giurisdizionale, quella cioè di essere un giudizio collettivo, un giudizio che si attua no già mediante l'imposizione di una autoritaria decisione alle parti, m ache si forma mediante la partecipazione, cioè la stessa opera logica, di tutte quelle parti che devono sucessivamente accettarlo.

De “respeito o mundo está cheio”, mas nem por isso

7 COUTINHO, *O papel...* p. 49.

8 FOSCHINI, Gaetano. Principi fondamentali del dibattito. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 1037, 1963.

acabaram as guerras e os conflitos. Ainda estamos longe de um modelo ideal de contraditório. Mas já podemos antever: “do jeito que as coisas estão”, não raras vezes, o “respeito” ao contraditório não é outra coisa se não *a própria faceta de sua negação*.

3.2 Novos tempos, velhas práticas: a manutenção das raízes inquisitoriais

Causa-nos estranheza e perplexidade o fato de o contraditório não conseguir cumprir com efetividade o seu papel no processo penal contemporâneo, ainda que apresente uma matriz constitucional já consagrada e que vivamos sob as diretrizes do Estado Democrático de Direito⁹ que, na atualidade, paradoxalmente, apresenta algumas matrizes de natureza fascista.

Como os direitos de liberdade podem ruir com tanta facilidade aos discursos e práticas autoritárias, no seio da “democracia”, quiçá, da “democracia processual”? Por que esses discursos – ao que parecem – estão cada vez mais fortalecidos?

Em uma primeira observação é possível constatar que a democracia no Brasil ainda é um projeto inacabado. Não de forma diversa ocorre no âmbito mundial¹⁰, em que o processo de globalização e a sua matriz *econômico-consumista-excludente* cravaram suas raízes de maneira tão forte e determinante a ponto de comandar rumos de questões das mais variadas espécies, inclusive em relação aos aspectos sociopolíticos e, porque não dizer, de natureza política criminal.

9 Em relação as imbricadas relações entre direito penal e o Estado Democrático de Direito, desde a perspectiva dogmática jurídico-penal que não desconsidera a teoria do poder e a monitoração do exercício estatal penal, bem como em relação a necessidade de filtragem e relegitimação do sistema penal brasileiro, verificar a obra de Copetti. COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2000.

10 Ver nesse sentido, ZIBLATT, Daniel; LEVITSKY, Steve. *Como as democracias morrem*, p. 76.

Afinal, que democracia¹¹ é essa aonde os grandes grupos econômicos e, conseqüentemente, as grandes empresas multinacionais são responsáveis pelas tomadas das decisões, sem qualquer participação cidadã?

O banquete do delírio do consumo é mostrado a todos, mas o seu acesso é restrito a poucos convidados, como assinala Galeano¹², ao enunciar o “curso básico de injustiça”:

A publicidade manda consumir e a economia o proíbe. As ordens de consumo, obrigatória para todos, mas impossíveis para a maioria, **são convites do delito**. Sobre as contradições de nosso tempo as páginas **policiais dos jornais ensinam mais do que as páginas de informação política e econômica**. Este mundo, que oferece o banquete a todos e fecha a porta no nariz de tantos, é ao mesmo tempo igualador e desigual: igualador nas idéias e nos costumes que impõe e desigual nas oportunidades que proporciona.

Isso se potencializa - também - em virtude de uma razão histórica, consistente na manutenção do dogmatismo nas raízes do direito canônico e, contemporaneamente, do Judiciário como um poder alinhado com o pensamento neoliberal. *Instituição*¹³, *poder e processo*, andam em sintonia, a ponto de

11 Nessa linha de ideias, SAAVEDRA (op. cit., p. 154) refere: “Habermas situa o papel do direito na sociedade moderna como um meio **de defesa das bases e das condições da legitimação democrática**. As condições de legitimação democrática da legislação ligam-na a um **procedimento de criação** sensível às tematizações da esfera pública. Ele procura demonstrar com a sua teoria que é necessário que as **dimensões de aplicação e justificação** sejam separadas a fim de que o sistema jurídico alcance as condições de uma **legitimação democrática**”.

12 GALEANO, op. cit., p. 25.

13 Por aqui encontramos o “nó” da pesquisa de LEGENDRE. Para o autor “É preciso vencer de modo absoluto que o Poder se tornou bom e que as técnicas novas, principalmente as publicitárias, propõem evacuar a frustração, da ordem. Ontem, as pessoas eram obscurantistas, subdesenvolvidas, etc., agora elas compreendem e querem se amar; ontem, a Administração era napoleônica, indiferente, cheia de papeladas, etc., agora o Governo é inteligente e gentil, não fuzila mais e quer que participemos. Assim, sob diversas maquiagens, se acrescem as belas máximas, tidas como inéditas. Será?, pensará o jurista, especialista das variações da Lei e das viradas de Jurisprudência; ancestral guardião do zôo, ele conhece suas etiquetas e seu método de exposição. Que a ciência clássica

propagar a “verdade” por meio de um discurso escamoteado, que não tem outra finalidade a não ser manter um *status de submissão* ao dogmatismo. O contraditório acaba sendo diluído nesse universo processual, corroído e destruído pelo poder de penar, com uma facilidade incompatível – não raras vezes - com o Estado de Direito.

Isso contribui para aquilo que denominamos *crise do contraditório*, sua *submissão*, no dizer de Legendre¹⁴ – e o que é pior –, o *desejo de submissão* a uma *estrutura de poder que se faz amar através do método inquisitivo*.

Essa maquinaria dogmaticamente institucionalizada – em que pese ter origem remota – ainda se faz presente no universo do processo penal brasileiro, pois as concepções da idade média e suas técnicas de obscurecimento ainda pairam sobre as sociedades contemporâneas e criam um *adestramento do contraditório*, na medida em que as estruturas dos *poderes* e dos *saberes* - em sua grande maioria - adotam uma lógica institucional de dominação duramente enrijecida pelo “método” inquisitório/condenatório.

Nunca o contraditório adquiriu uma *autonomia processual penal*, tampouco a voracidade indispensável para gravitar nos sistemas processuais contemporâneos, pois a atividade *cognitiva e epistemológica* não acompanhou suficientemente a órbita do Estado de Direito. Ainda gravita na lógica kafkiana da maquinaria punitiva, aonde o *contraditório é aparente*.

Por tais razões, é prudente que sejam pensadas novas dimensões epistemológicas do contraditório a partir,

da Polícia (que será tratada mais adiante) esteja desqualificada, não impede as brilhantes renovações de uma ciência minuciosa que trata do Estado Sagrado e do grande medo que ele inspira. **Meu projeto não pode evidentemente desprezar tal escamoteação da história. A censura do passado, mesmo que estivesse aparentemente desmanchada no discurso dogmático onde a instituição encontra seu principal abrigo, está no nó desta pesquisa**”. Ver, nesse sentido, LEGENDRE, op. cit., p.42.

14 LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor. Ensaio sobre a ordem democrática*. Trad.: Colégio Freudiano do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983.

sobretudo, de sua importância e funcionalidade na produção probatória e na tomada da decisão penal, para além do peso da verdade¹⁵.

Em outras palavras: a “libertação” do contraditório

- fundamental para a consolidação do sistema acusatório
- deve ser vista como um espaço constante de luta e só será concretizada quando formos capazes de criar uma nova cultura jurídica no seio do processo penal brasileiro.

15 E não significa que “lá não tenha nada”, conforme refere Coutinho, mas, sim, no sentido de dar conhecimento a quem não tem ou, em outras palavras, *ignora*. Ver nesse sentido, MIRANDA DE COUTINHO, Jacinto. *Os sistemas processuais agonizam?* p. 71

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que inserimos essas reflexões teóricas no universo da epistemologia da incerteza, não temos a pretensão totalitária de estancar filetes teóricos ou aspirar ares de “verdade absoluta”, até porque se demonstrou a descrença com a ambição da verdade em matéria criminal dado o seu caráter remoto, pretérito e historicamente devastador.

Isso não significa que não se possam fazer algumas considerações conclusivas - sempre datadas - em relação a investigação que nos propomos, calcadas na *genealogia do contraditório* entrelaçado política e criminalmente entre os sistemas punitivos e articulados teoricamente com o direito penal, o processo penal e a criminologia.

Assim, não ficamos circunscritos a uma linearidade temporal e também não tivemos receio - tendo em vista que se tornou inevitável - realizar algumas incursões genealógicas nos sistemas processuais penais em sua concepção histórica, aonde encontramos aportes extremamente úteis para diagnosticar as razões pelas quais o contraditório serviu e continua servindo a um sistema (neo)inquisitivo, em que pese os avanços do sistema acusatório.

Nestes incursos históricos, sempre dificultosos, além de ter ficado demonstrado um total menosprezo ao contraditório pelo sistema inquisitório que perdurou mais de quatro séculos e que dominou todas as formas de manifestação do saber e do poder - herança esta que ainda se reflete na nossa dogmática processual atual - constatou-se também a presença de uma *perenidade inquisitória na contemporaneidade*, nos dando demonstrações das razões do contraditório continuar refém dessa estrutura que o mantém *submisso*.

Esta forma “inquisitorial contemporânea” é responsável por uma difusão microfísica de poderes que assolam o processo

penal brasileiro, algumas vezes manifestadas veladamente, outras sem tanta timidez, mas quase sempre vinculadas a uma concepção efficientista e imediatista, justamente o contrário da órbita do processo penal constitucional e convencional.

Nesse trajeto investigativo foi possível encontrar alguns aportes teóricos da inquisição sobre várias formas, tais como a punição do feminino, que ainda sofre forte carga autoritária e patriarcal mesmo no seio da sociedade contemporânea, líquida, ou, em tempos de pandemia, virtualizada.

A análise genealógica dos sistemas processuais possibilitou observar de forma menos ingênua a realidade processual penal brasileira, sendo importante no ponto as incursões interdisciplinares, ainda que não tenhamos desconsiderado a técnica e com ela tenhamos tido todo o tipo de cuidado, pois, paradoxalmente, é sustentáculo das matrizes inquisitivas e pressuposto de *garantia* quando exercida enquanto forma.

Não nos conformamos com a ideia de um sistema “misto” e denunciemos algumas mazelas dessa aspiração napoleônica onipresente, entendendo pela necessidade da concretização do *sistema acusatório brasileiro* através, sobretudo, do *contraditório*, além é claro de outras bases principiológicas - presunção de inocência - e fundantes do sistema como a imparcialidade, sendo fundamental o resgate da *dúvida* como meio hermenêutico e resolutivo do processo, ao lado, do estabelecimento de uma nova cultura jurídica que privilegie a Constituição ao invés do senso comum penal.

Nessa trajetória, por mera opção metodológica e sem menosprezar outros terrenos processuais, foi fundamental refletir sobre os extremos do processo, sobretudo em relação a investigação preliminar não contraditória. Indubitavelmente, ela deve possuir um mínimo de dialética, eis que atuante como um critério epistêmico para eventual indiciamento e para formação da imputação, sem falar na invasão dos terrenos processuais sem qualquer espécie de controle.

Nessa linha de ideias, é fundamental que se implemente a cultura defensiva no seio da investigação preliminar, sobretudo com a oportunidade e exercício do acompanhamento das perícias enquanto “provas” irrepetíveis, do oferecimento de *quesitos* e das *razões* do investigado antes de eventual indiciamento, além da possibilidade de requerer diligências, como forma de também hipotetizar a probabilidade – pois prematuro o juízo de certeza – do *não processo*.

Isso refletiria, inclusive, na necessidade de oferecimento de eventual denúncia com melhor observância aos seus requisitos legais, viabilizando o direito de ser “bem acusado”, fundamental para que o contraditório se potencialize.

O mesmo se diga em relação ao extremo final do processo - muitas vezes local de abandono - notadamente em tempos de “pacote anticrime” e modificação de diversos institutos da execução penal que, sempre é bom rememorar, ainda mantém o sistema progressivo, o que já é suficiente para justificar uma melhor oxigenação contraditória como forma da manutenção da dignidade em meio, não raras vezes, as condições subumanas do cárcere.

As construções teóricas a respeito do contraditório que propomos e constatamos, caso efetivamente consigam gravitar em máxima potência em todas as incidências articuladas, podem servir de avanço a dogmática jurídica crítica e construtivista, interessada na *consolidação do sistema acusatório*, contribuindo para que tenhamos um contraditório com o rosto – já um tanto desgastado – de um processo penal efetivamente constitucional.

Um verdadeiro desafio para aqueles que assim se interessam, como forma de expulsar, ou ao menos minimizar, a constante inquisitiva.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vania Siciliano. Democracia. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALVES SILVA, Franklyn Roger. Motivação dos veredictos do Tribunal do Júri, a experiência francesa e o projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.267, 2015.

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

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1999.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BÜLOW, Oskar Von. *Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales* Trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1964.

BUNGE CAMPOS, Luis Maria. Sistema procesal penal de Portugal. In: *Sistemas Procesales Penales Comparados*. HENDLER, Edmundo. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Thiago Fabres de; JORIO, Israel Domingos. O princípio da insignificância do Réu. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Direitos Fundamentais e Justiça*, Ano 8, n. 26, 2014.

CARVALHO, Salo. *Anti-Manual de Criminologia*. São Paulo:

Saraiva, 2013.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito. The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA MARTINS, Rui. *A hora dos cadáveres adiados. Corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Horacio L.; LOUSTEAU, MARIA; TEDESCO, Ignacio F. El sistema procesal penal francés. In: HENDLER, Edmundo S. *Sistemas Processuais Penales comparados*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

EAGLETON, Terry. *A idéia de cultura*. Trad.: Sandra Castello Branco. São Paulo: UNESP, 2005.

ECO, Humberto. *O nome da Rosa*. Rio de Janeiro: Globo, 2003.

EYMERICH, Frei Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Trad.: Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FAZZALARI, Élio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Aristóteles (384-322 d.C). In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário*

de Filosofia do Direito. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do carantismo penal. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2005.

FOSCHINI, Gaetano. Principi fondamentali del dibattito. *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno VI, 1963.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar*. a escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 2007.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a mídia. Reflexos no processo*. São Leopoldo: Unisinos, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1936. v. II.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: EdIPUCRS, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Razões (?) do Populismo Punitivo. *Revista SÍNTESE*, v. XI, n. 71, 2012.

GUERRA, Willis Santiago. Fenomenologia Jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

HOFFMAM, Fernando; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da pós-Modernidade Processual: O Hipermoderno e o Antimoderno na caracterização do Processualismo Contemporâneo. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Direitos Fundamentais e Justiça*, ISSN 1982-1921, Ano 8, n. 26, 2014.

JORIO, Israel Domingos. In dubio, pobre do réu. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 257, p.14, 2014.

LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor: ensaio sobre a ordem dogmática*. Trad.: Colégio Freudiano do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. *Boletim Informativo IBRASPP*, v. 3, n. 5, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. De acordo com as Leis n. 13.869/2019 e n.º 13.964/2019. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen.

Investigação preliminar no processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MOTTA LOPES, Fábio. *Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAES DA ROSA, Alexandre; AMARAL, Augusto Jobim. *Cultura da punição a ostentação do horror*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MIRANDA DE COUTINHO, Jacinto. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Coord.). *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA DE COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre os sistemas processuais penais. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, vol. 1. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

MIRANDA DE COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

PASTANA, Débora Regina. *Justiça Penal no Brasil Contemporâneo. Discurso democrático, práticas autoritárias*. São Paulo: UNESP, 2009.

PONTY, M. Merleau. *O visível e o invisível*. Trad.: José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. São Paulo: Perspectiva, 2012.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das Feiticeiras. Malleus Maleficarum*. Trad.: Paulo Froes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*

para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Fernando. Platão. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. *O GATE do Ministério Público do Rio de Janeiro e a perversão probatória*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. n.258.

SCHECARIA, César Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes. “Senso comum criminal” e o discurso da impunidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.264, 2014.

VARGAS, Robson de. Direito Penal “amarrado no poste”. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 258, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. Trad.: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007

ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZIBLATT, Daniel, LEVITSKY, Steve. *Como as democracias morrem*. 1º ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

ZILLI, Marcos. A admissibilidade da acusação e o fio de Ariadne. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 23, n. 267, 2015

“O trabalho do doutor Durigon traz à luz alguns elementos reflexivos que expõem as vísceras autoritárias do sistema processual penal brasileiro, deixando clara a necessidade de repensarmos as suas bases, para que de fato venha a ser humanista, democrático, constitucional e garantista; para que efetivamente seja contraditório, dando real materialidade ao artigo 3º-A do Código de Processo Penal, introduzido pela lei 13.964/19, que diz que o processo penal terá estrutura acusatória. A proposta genealógica trazida pelo autor nos provoca a pensar o processo penal desde uma perspectiva histórico-genealógica que nos põe a questão de quais valores estão subjacentes a uma cultura processual mais ou menos autoritária, mais ou menos democrática”.

(Do prefácio do Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos)

“Neste passo pode-se ver que o esforço do Prof. Dr. Luís Gustavo Durigon não foi em vão. Adepto irrestrito da democracia processual penal, logo entendeu que a única saída para ela, no Brasil, seria com um processo metido em um sistema acusatório.

Ele, com isso, honra a sua gente, Cruz Alta e o Rio Grande do Sul. Ademais, é a prova de que, hoje, pode-se fazer os mais profundos estudos jurídicos sem estar, necessariamente, nos grandes centros. Antes, sempre foi difícil fazer isso – em todos os campos –, por conta das dificuldades causadas à difusão das ideias. Érico Veríssimo, ao seu tempo, seria o gênio da literatura que foi se tivesse ficado em Cruz Alta? Mário Quintana seria o gênio que foi se tivesse ficado no Alegrete? Não são simples as respostas, embora a admiração e o carinho de todos por tais autores tendesse a extrair deles uma manifestação positiva. A realidade do século passado, porém, pode não permitir uma conclusão assim. O certo, sem dúvida, é que hoje é – sim – possível estar em qualquer lugar e ser excepcionalmente bom e engajado nas lutas nacionais e internacionais mais sensíveis.

O querido amigo e Prof. Dr. Luís Gustavo Durigon está nesse lugar privilegiado de, desde Cruz Alta, dialogar com o Brasil e o mundo; e tem muito para fazer formando gente como ele e pesquisando e estudando temas tão interessantes como este que apresenta no presente livro. Pois, que tenha sucesso e o prestígio devido”.

(Do prefácio do Prof. Dr. Jacinto Nelson Miranda Coutinho)