

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Enzo Thomaz Lino de Lima

**SISTEMA ACUSATÓRIO:** medida necessária à efetivação do processo penal  
constitucional brasileiro

Taubaté

2023

Enzo Thomaz Lino de Lima

**SISTEMA ACUSATÓRIO: medida necessária à efetivação do processo penal  
constitucional brasileiro**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências  
Jurídicas pela Universidade de Taubaté.  
Orientador: Prof. Daniel Estefano Santos

Taubaté

2023

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI**  
**Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi**  
**Universidade de Taubaté - UNITAU**

L732s Lima, Enzo Thomaz Lino de  
Sistema acusatório : medida necessária à efetivação do processo penal constitucional brasileiro / Enzo Thomaz Lino de Lima. -- 2023. 105f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2023.  
Orientação: Prof. Daniel Estefano Santos, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Processo. 2. Sistema acusatório. 3. Sistema inquisitivo - Inquisitório. 4. Punitivismo. 5. Dignidade da pessoa humana. I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 343.1

ENZO THOMAZ LINO DE LIMA

**SISTEMA ACUSATÓRIO: MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DO  
PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Trabalho de Graduação apresentado como exigência  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências  
Jurídicas pela Universidade de Taubaté.  
Orientador: Prof. Daniel Estefano Santos

Trabalho de Graduação defendido e aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ pela comissão  
julgadora:

---

Prof. Daniel Estefano Santos, Universidade de Taubaté.

---

Prof. \_\_\_\_\_, Universidade de Taubaté.

À mamãe, por sempre segurar minha mão e me ensinar o caminho em que devo andar.

Ao papito, por ser um exemplo do homem, do pai e do profissional que devo ser.

Ao T, por ser o melhor amigo e o melhor irmão que eu poderia ter.

À nena, por me ensinar sobre o amor e por ser a joaninha que traz sorte a minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, com muito amor e gratidão, aos meus pais, Ana Maria e Edson Thomaz, por tudo o que fizeram por mim até aqui. Obrigado por acreditarem em mim e no poder transformador da educação. Sou feliz por ter realizado esse sonho junto de vocês.

Mamãe, você é, seguramente, o ser humano mais puro que já conheci e para sempre será o meu exemplo de paz, amor e sabedoria. Sua força e sua fé me trouxeram até aqui. Obrigado por sempre ter sido a pessoa que eu precisava e por dizer o que eu precisava ouvir.

Papito, obrigado por me ensinar o que devo fazer aos meus filhos no dia em que me tornar pai. Sem você, eu não seria nada. Nunca vou me esquecer de tudo o que fez para que a faculdade fosse possível. Você é especial e terá para sempre o meu amor, a minha admiração e o meu respeito.

Agradeço, com carinho, ao meu irmão Vittor Thomaz, por ser o meu melhor amigo. Obrigado por todas as vezes em que assistimos desenhos e rimos juntos, jogamos fifa e fortnite, conversamos sobre Direito e Psicologia. Obrigado por me ensinar tanto e por tornar minha vida mais feliz. Ninguém seria melhor do que você, Vittinho.

Agradeço, com cada batida do meu coração, ao amor da minha vida: Danielle, você é a melhor parte de mim. Obrigado por ter vindo do RJ para me encontrar e revolucionar, completamente, a minha vida e a minha forma de ver o mundo. Você me cativa e faz de mim um ser humano melhor. Você é complementemente amável. Sou grato por nós, nena. Obrigado pelo nosso amor tranquilo.

Agradeço, na maior alegria, aos meus sogros queridos: Fábio e Valéria, obrigado por terem me recebido com tanto amor nessa família maravilhosa. Vocês são incríveis e eu os admiro de forma genuína. Junto da Dani, vocês são o presente especial que a vida me deu.

Agradeço, com muita gratidão, a minha tia Letícia, ao meu tio Israel e ao meu primo João Gabriel: vocês me inspiraram até aqui. Em especial, registro que você sempre será minha referência jurídica, tia.

Agradeço, já dando risada, aos amigos queridos que tornaram o dia a dia na faculdade mais leve e engraçado: Alan, Bruna, Fernando, Iris e Lara. O futuro de vocês é brilhante e eu vou estar sempre torcendo pelo sucesso de todos.

Agradeço, absolutamente honrado por fazer parte dessa instituição, à Universidade de Taubaté, que por meio de seus professores materializaram o meu sonho de cursar Direito. Dentre eles, agradeço ao meu orientador: professor Daniel Estéfano, obrigado por ter feito a diferença na minha formação. Obrigado pelas orientações e por todo apoio.

Agradeço, finalmente, ao Direito, por ter me escolhido.

“Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada. À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo” (Fernando Pessoa)

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a estrutura processual penal brasileira é inquisitória, pois arraigada a ideais autoritários e punitivistas. Tal premissa é desenvolvida, em aspectos específicos, por meio da interdisciplinaridade entre o Direito, a História e a Psicologia. Os princípios reitores do processo penal democrático são apresentados como fundamentais ao sistema que se pretende adotar (acusatório ou inquisitório; democrático ou autoritário) e as matrizes inquisitórias demonstram as bases ideológicas do processo penal do inimigo brasileiro. A medida necessária à efetivação do processo penal constitucional brasileiro passa pela correta compreensão do que é, na essência, o sistema acusatório e seus pressupostos correlatos à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Processo. Acusatório. Inquisitório. Punitivismo. Dignidade.

## **ABSTRACT**

The present work aims to demonstrate that the Brazilian criminal procedural structure is inquisitorial, as it is rooted in authoritarian and punitive ideals. This premise is developed, in specific aspects, through the interdisciplinarity between Law, History and Psychology. The guiding principles of the democratic criminal process are presented as fundamental to the system that is intended to be adopted (accusatory or inquisitorial; democratic or authoritarian) and the inquisitorial matrices demonstrate the ideological bases of the criminal process of the Brazilian enemy. The necessary measure for the implementation of the Brazilian constitutional criminal process involves a correct understanding of what is, in essence, the accusatory system and its assumptions related to the dignity of the human person.

Keywords: Process. Accusatory. Inquisitory. Punitivism. Dignity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS AO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO</b> .....	<b>12</b>
1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	15
1.2 Princípio da necessidade .....	17
1.3 Princípio acusatório .....	19
1.4 Princípio da jurisdicionalidade .....	21
1.5 Princípio da fundamentação das decisões .....	23
1.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	24
1.7 Princípio da presunção de inocência .....	25
<b>2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b> .....	<b>26</b>
2.1 Acusatório .....	27
2.2 Inquisitório .....	32
2.3 Misto .....	38
2.4 As opções constitucionais e infraconstitucionais no Brasil .....	45
<b>3 MATRIZES INQUISITÓRIAS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>52</b>
3.1 Cultura autoritária e legitimação da barbárie .....	53
3.2 Processo penal do inimigo e punitivismo .....	62
3.3 A problemática Exposição de Motivos .....	66
<b>4 MECANISMOS ESSENCIAIS À EFICÁCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO</b> .....	<b>76</b>
4.1 Vedação à atuação <i>ex officio</i> .....	77
4.2 Imparcialidade e originalidade cognitiva .....	81
4.3 Implementação do “Juiz das Garantias” .....	85
4.4 Presunção de inocência em sua plenitude .....	93
4.5 Recusa à relativização das nulidades e a relevância da tipicidade processual penal .....	95
4.6 Elaboração de um novo Código de Processo Penal e mudança de mentalidade .....	98
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>102</b>

## INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro, em sua atual estrutura, corresponde ao modelo constitucional? Pode-se afirmar, sem hesitar, que as práticas perpetuadas pela atual sistemática processual penal são democráticas? Seria possível, no Brasil do século XXI, que a mentalidade dominante, no que concerne ao exercício do poder punitivo, fosse bastante semelhante àquela que vigorava na Idade Média?

O presente trabalho se inicia, por meio de tais provocações, com a esperança de que o senso comum teórico nele não encontre guarida: a proposta é, sem embargo, promover uma reflexão acerca das circunstâncias que até o momento impediram a efetivação do processo penal constitucional acusatório.

Nesse sentido, há o objetivo de se demonstrar, por meio do estudo relacionado a um tema tido como introdutório e até mesmo como já pacificado por parte da doutrina, que o sistema processual penal brasileiro não vai bem e vive a “constância inquisitiva” da qual fala Salo de Carvalho (2022, p. 173).

O sistema processual penal brasileiro não vai bem, dentre tantos motivos, porque experimenta aquilo que Ricardo Jacobsen Gloeckner define como “processo penal pós-acusatório”, isto é, “o período pós-Constituição da República de 1988, que consolidou o regime democrático brasileiro após 1964”:

No quadro do designado contexto “pós-acusatório”, a força performativa da Constituição da República, neste sentido, (em seus quase trinta anos de vigência), teria o condão de sepultar os resquícios inquisitórios que se encontrariam ainda presentes na legislação brasileira. (2018, p. 52).

A responsabilidade por tal premissa apressada e equivocada (que permanece verdadeiramente forte nesses mais de 35 anos de vigência constitucional), seguramente, seria das “doutrinas tradicionais e que interagem com a jurisprudência, num ciclo vicioso” e “acabariam por despejar e esparramar conclusões no sentido da consolidação e concretização do sistema acusatório no Brasil” (Gloeckner, 2018, p. 52).

O equívoco reside na seguinte percepção:

Tendo como enfoque exclusivamente a Constituição da República e a miríade de direitos nela reconhecidos, a retórica de um sistema acusatório, no qual a separação de funções seria o elemento determinante, em consonância com o conjunto de princípios constitucionais positivados, se encarregaria de definir a sorte dos debates, sepultando, por anacrônicas, as críticas sobre as práticas e formas punitivas brasileiras. (Gloeckner, 2018, p. 52).

Trata-se da “aparente concretização do acusatório” que tornaria “desgastadas”, “descartáveis” e “obsoletas” as “discussões sobre a acusatoriedade ou inquisitoriedade do sistema processual penal” brasileiro” (Gloeckner, 2018, p. 52).

De forma precisa, Rubens R. R. Casara constata que a “mitologia processual penal” contribui, negativamente, às ressignificações e às permanências inquisitórias no processo penal brasileiro:

(...) De igual maneira como ocorre com toda questão ideológica, a permanência da mitologia autoritária usualmente não é percebida como problema por aqueles que dela fazem uso. Aliás, os mitos autoritários sequer são reconhecidos como tais. Não causa estranheza, portanto, a permanência desses mitos em um Estado formalmente democrático. (2015, p. 315).

“Em uma sociedade autoritária (ou, melhor, em uma tradição capaz de naturalizar práticas dissociadas do ideal democrático) o recurso a mitos autoritários soa óbvio e é naturalizado”, explica Casara (2015, p. 317).

Com acerto, há de se questionar:

Como explicar a naturalidade com que se dá o afastamento das liberdades públicas, sem recorrer ao mito do processo penal, como instrumento de segurança pública e pacificação social? Como relativizar as garantias processuais, sem o gozo produzido por acreditar que a verdade real/material pode ser descoberta? (Casara, 2015, p. 318).

De acordo com Aury Lopes Jr., a resposta passa pelo seguinte raciocínio:

Esse é um nó que não conseguimos desatar, porque a cultura inquisitória e autoritária é fortíssima. A Constituição é deixada de lado e as práticas autoritárias se perpetuam. Mudamos as leis processuais penais, mas não conseguimos mudar a cultura, a mentalidade inquisitória e autoritária. (2022a, p. 36).

Não por outro motivo, Nereu Giacomolli afirma que “a complexidade atual exige questionamentos, superação de “verdades” e de certezas absolutas”, bem como que a realidade processual penal brasileira demonstra uma “tolerância às violações à dignidade do ser humano” (2016, p. 14).

O cenário demonstra, nas palavras de Salah H. Khaled Jr., que a “tradição inquisitória”, a “tentação autoritária” e a “racionalidade binária” colaboram para que, no Brasil, a promessa constitucional acusatória continuasse irrealizada (2021, p. 23).

Ademais, estudar-se-á, de forma específica, o sistema acusatório enquanto mecanismo essencial à efetivação do processo penal constitucional brasileiro, tendo como base os princípios reitores do processo penal democrático, detalhando os sistemas propriamente ditos, avançando às matrizes inquisitórias e, finalmente, apresentando soluções acusatórias.

## 1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS AO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Destarte, para que não haja falha na compreensão dos fundamentos que a seguir serão expostos como elementos indispensáveis à consolidação do processo penal democrático no Brasil, é relevante que se demonstre a diferença entre princípios e regras.

De acordo com a clássica lição de Ronald Dworkin, verificar-se-á que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”. Quanto às regras, afirma que “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” e justifica: “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (2010, p. 39).

Sobre os princípios, Dworkin apresenta uma exemplificação prática: “quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos (...), eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios”. Adiante, oferece seu conceito de forma específica e mais bem definida:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (2010, p. 36).

Não obstante, a análise apta a permitir a visualização da distinção prática entre esses conceitos que, por vezes, “podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”, refere-se ao fato de que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância” (Dworkin, 2010, p. 42).

Logo, “essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”, ao passo que, “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” e, conseqüentemente, “a decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras” (Dworkin, 2010, p. 43).

A solução, Dworkin garante: no conflito de regras, prevalecerá aquela que, a depender do sistema jurídico, “é sustentada pelos princípios mais importantes” (2010, p. 43).

Com acerto, Robert Alexy sintetiza “a distinção teórico-normativo entre regras e princípios”:

Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são comandos definitivos. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, princípios são comandos de otimização. Como tais, eles exigem “que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”. (2018, p. 3).

Para o constitucionalista Flávio Martins, a conclusão do tema, à luz dos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, é a seguinte:

Outrossim, como vimos anteriormente, enquanto as regras devem ser cumpridas integralmente (aplicando-se a máxima “ou tudo ou nada”), os princípios devem ser cumpridos na maior intensidade possível (ou, como disse Robert Alexy, são mandamentos de otimização”). Isto se dá, exatamente porque os princípios são vagos, amplos, imprecisos. Impossível seria cumpri-los na integralidade, motivo pelo qual devem ser cumpridos na maior intensidade possível. (2021, p. 331).

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro há de ser compreendido em conformidade ao que preconiza o constitucionalismo contemporâneo (também chamado de neoconstitucionalismo), especificamente no que se refere à força normativa dos princípios e seus reflexos no campo processual penal.

No atual cenário pós-positivista, “os princípios atingem o cume da hierarquia normativa, na estrutura dos ordenamentos jurídicos”, ou seja, passam a gozar de legítima e necessária força normativa, servindo como mecanismos essenciais à constitucionalização do direito positivo.

Significa dizer que o processo penal brasileiro deve ser regido pelos princípios instituídos pelos dispositivos que integram o bloco de constitucionalidade do ordenamento jurídico, aos quais correspondem a função de nortear tanto a interpretação quanto a aplicação da lei processual penal.

Propositadamente, fala-se em “bloco de constitucionalidade”: para que o processo penal brasileiro seja democrático, deve orientado pelos princípios que decorrem não apenas da Constituição Federal, mas também pelos que porventura estejam presentes nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, nos termos do art. 5º, §2º, da CF. Inclusive, se tais tratados versarem sobre direitos humanos, poderão ser equiparados a emendas constitucionais, na forma do art. 5º, §3º, da CF.

Ademais, a estrutura do processo penal brasileiro deve guardar unidade constitucional com o parâmetro delimitado pelo bloco de constitucionalidade, o que implica, em aspectos práticos, a subordinação aos princípios processuais penais consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 e na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, por exemplo.

Desta feita, Aury Lopes Jr. certifica:

*A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal. Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) goza de caráter supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias (como o CP e o*

*CPP). Portanto, é uma dupla conformidade que devem guardar as leis ordinárias: com a Constituição e com a CADH. Esse é o desafio. (2022a, p. 38).*

Em suma, visando efetivar o processo penal democrático, pode-se dizer que sete princípios são fundamentais à sustentação do modelo constitucional-convencional, sendo eles: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da necessidade, princípio acusatório, princípio da jurisdicionalidade, princípio da fundamentação das decisões, princípio do contraditório e da ampla defesa e, finalmente, princípio da presunção de inocência.

Eis a premissa crítica que há de nortear o estudo do sistema processual penal brasileiro:

*O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela esculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941. (Lopes Jr., 2022a, p. 40).*

## 1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Independentemente do nível de responsabilização criminal, a qualidade de ser humano é inerente à pessoa e independe de qualquer espécie de norma processual. As condições hipotéticas de “suspeito”, “indiciado”, “investigado”, “denunciado”, “acusado”, “réu”, “condenado” e “culpado” não podem fazer variar a condição humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos (art. 1º, III, da CF) da República Federativa do Brasil, pilar do Estado Democrático de Direito brasileiro e, inexoravelmente, o mandamento de otimização mais relevante de todo o ordenamento jurídico, capaz de irradiar seus efeitos e condicionar absolutamente todas as práticas forenses, nelas inseridas as processuais penais.

Consoante à explicação de Pedro Lenza, a dignidade da pessoa humana representa, no neoconstitucionalismo, o “conteúdo axiológico da Constituição”, que agora passa a ser “o centro do sistema” e, com isso, manifesta “o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição” (2019, p. 71).

No mesmo sentido, Flávio Martins acrescenta:

O neoconstitucionalismo é um movimento social, político, e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico o princípio da “força normativa da Constituição” e como principal objetivo garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais. (2021, p. 75).

É nesse contexto que a dignidade humana adquire o *status* de “metaprincípio”, isto é, “um padrão de interpretação sistemática das normas definidoras de direitos fundamentais” (Martins, 2021, p. 1679).

Para que o processo penal seja efetivado à luz da Constituição, é necessário ater-se à instrumentalidade constitucional do processo: “o processo penal não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido” (Lopes Jr., 2022a, p. 38).

Em outros dizeres, Aury Lopes Jr. reafirma a relevância da instrumentalidade constitucional do processo penal:

Somente a partir da consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir (logo, consciência de que ela constitui a ação), é que se pode compreender que o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio da sua *instrumentalidade constitucional*. Significa dizer que o processo penal

contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição. (2022a, p. 36).

A “difícil missão do processo penal”, portanto, mora na “necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais”, o que representa um “avanço em termos de fortalecimento da dignidade da pessoa humana, de abertura democrática rumo ao fortalecimento do indivíduo” (Lopes Jr., p. 39).

Fortalecer a dignidade humana é uma necessidade às “práticas criminais brasileiras” que, por seu turno, “estão enclausuradas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas”, segundo Nereu Giacomolli (2016, p. 12).

A saída desse enclausuramento autoritário parte da “constitucionalização dos direitos humanos” e exige “uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos” (Giacomolli, 2016, p. 12).

Para Giacomolli, o “devido processo” é sinônimo de “processo penal constitucional, convencional e humanitário”, reflexo imediato da “fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa”:

Essa base humana adentra no processo penal como um limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, de não violação das esferas de dignidade, de não aceitação de violação, bem como positivo ou prestacional, de respeito e efetivação da dignidade. (2016, p. 13).

Com razão, “reclama-se uma nova ordem processual, constitucional e internacionalmente comprometida, como fontes supremas, primeiras e irrenunciáveis da proteção da dignidade do ser humano”. É imperativo que se resguarde a dignidade daquele sobre o qual pesa a mão forte do Estado punitivo: “o excluído da sociedade de bem-estar, o maior incluído no sistema criminal através do processo penal” (Giacomolli, 2016, p. 13).

## 1.2 Princípio da necessidade

O axioma que melhor traduz o significado do princípio da necessidade é expresso por meio do seguinte brocardo latino: *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*.

Na expressão de Aury Lopes Jr., “o processo é o caminho necessário para a pena”, razão pela qual a jurisdição (aqui empregada como sinônimo de processo enquanto conjunto de procedimentos organizados) é imprescindível à validade da culpa formada e da pena aplicada, “expressando o monopólio da jurisdição penal por parte do Estado e também a instrumentalidade do processo penal” (2022b, p. 37).

É elementar ao fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais a existência do processo penal, pois apto a impedir, em um ambiente democrático, no qual o Estado de fato tem sua atuação tão demarcada quanto limitada pela Constituição e se submete à efetivação dos preceitos nela estabelecidos, o exercício arbitrário do poder, mormente no que se refere à imposição das sanções previstas pelo Direito Penal.

Inclusive, de forma bastante singular, o princípio da necessidade evidencia a distinção essencial entre o papel exercido pelo processo na esfera do Direito Civil e na esfera do Direito Penal:

O Direito Penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito - mediante aplicação de uma pena - se dê pela via extraprocessual. O direito civil se realiza todos os dias, a todo o momento, sem necessidade de “processo”. Somente é chamado o processo civil quando existe uma lide, carnelutianamente pensada como o conflito de interesses por uma pretensão resistida. E o direito penal? Não é assim. O direito penal não tem realidade concreta fora do processo penal, ou seja, não se efetiva senão pela via processual. Quando alguém é vítima de um crime, a pena não se concretiza, não se efetiva imediatamente. Somente depois do processo penal teremos a possibilidade de aplicação da pena e realização plena do direito penal. (Lopes Jr., 2022b, p. 37).

Não se trata de uma mera formalidade, como se no caminho se vislumbrasse apenas o deslocamento até o ponto final (pena), como se os fins (punir) justificassem os meios (desrespeito às garantias processuais). Definitivamente, a necessidade de que se tenha um prévio processo não se destina a isso.

Na realidade, o único mecanismo possível (embora importe ressaltar que, atualmente, tal visão esteja sendo relativizada pela “ampliação dos espaços de consenso”) para se chegar à pena de forma legítima é o processo:

Há que se compreender que o respeito às garantias não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (Lopes Jr., 2022b, p. 37).

“Com a vedação da resposta criminal pelas próprias mãos (vingança privada), mas através do Estado, foi criado um mecanismo jurídico, uma fórmula jurídica à resposta criminal: o processo penal”, aponta Giacomolli (2016, p. 470).

Desta feita, é preciso internalizar: “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”, de tal forma que há uma “íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares” (Lopes Jr., 2022b, p. 36).

Na mesma proposta, Nereu Giacomolli contribui:

Assim como a pena criminal pressupõe a tipicidade, no plano material, a aplicação da sanção penal pressupõe um processo criminal (*nulla poena sine iudicio*), conduzido por um juiz (aspecto processual). Observa-se uma estrita conexão entre as garantias substanciais e as processuais, na medida em que não há tipo penal sem pena; não há pena sem a descrição de um fato típico; não há aplicação da sanção criminal fora do processo e não há processo penal válido e legítimo sem juiz predeterminado. (2016, p. 469).

Em resumo, o princípio da necessidade preconiza, de forma bastante cristalina e unívoca, que “o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal” (Lopes Jr., 2022b, p. 35).

### 1.3 Princípio acusatório

De uma perspectiva garantista, o princípio acusatório é o alicerce do sistema processual penal acusatório, que pode ser definido a partir de três importantes tópicos: separação das funções, gestão da prova e a relevância da verdade.

Embora todos esses aspectos sejam abordados, nos capítulos a seguir, de forma pormenorizada, é importante tecer breves comentários acerca de cada um deles.

A separação das funções é indissociável do sistema acusatório e, por essa razão, representa, na estrutura processual penal, o princípio acusatório: o processo é composto por três sujeitos processuais, dos quais dois são partes e um é imparcial (isto é, não parte). As partes são encarregadas da acusação (Estado-acusação) e da defesa. O imparcial (Estado-juiz), do julgamento.

Impreterivelmente, referida separação de funções deve prevalecer durante toda a persecução penal, nela compreendidas a fase pré-processual (investigação preliminar) e a fase processual (instrução e julgamento, processo penal propriamente dito).

Para que o julgamento seja imparcial, o julgador não pode participar da gestão da prova de forma ativa, razão pela qual às partes incumbe o dever de gerir a prova. Qualquer determinação em sentido contrário conduzirá à parcialidade e à inobservância da inércia que deve orientar a atuação do juiz, convertendo-se a estrutura acusatória em inquisitória, afinal, juiz que produz prova é juiz que acusa (e que, por derradeiro, cumula funções típicas da parte acusadora em detrimento do acusado).

É o que Geraldo Prado constata:

Assim, se na estrutura inquisitória o juiz “acusa”, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar sua atuação. (2006, p. 106).

Pelo princípio acusatório, tem-se “a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo” (Prado, 2006, p. 106).

Por isso, Gustavo Henrique Badaró visualiza o processo penal acusatório, definitivamente regido pelo princípio acusatório, como a “expressão de um Estado liberal-democrático”, oferecendo inclusive uma análise “entre o processo penal e a natureza do Estado que o instituiu”:

A característica fundamental do processo inquisitivo é a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa, o inquisidor; o que é semelhante à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa o ditador, nos regimes a

absolutistas. Em contrapartida, o sistema de divisões de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: impedir a concentração de poder, evitando que o seu uso se degenere em abuso. (2003, p. 107).

No que se refere à relevância da verdade, Ferrajoli explica que tudo dependerá do princípio reitor (acusatório ou inquisitivo) e do modelo processual penal: se for “cognitivo”, buscará pela “verdade processual”; se for “decisionista”, buscará pela “verdade substancial”.

O processo cognitivo assegura “a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção”, ao passo que o processo decisionista, “tipicamente inquisitivo”, ampara-se “na *verdade máxima*, perseguida sem qualquer limite normativo”:

Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). (2010, p. 498).

Ainda em Ferrajoli, seus dez axiomas contribuem à formação da epistemologia garantista, que na esfera processual penal se curva, dentro outros, ao “princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação”, expresso por meio do princípio A8:

A1 *Nulla poena poena sine crimine* A2 *Nullum crimen sine lege* A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* A4 *Nulla necessitas sine injuria* A5 *Nulla injuria sine actione* A6 *Nulla actio sine culpa* A7 *Nulla culpa sine iudicio* A8 *Nullum iudicium sine accusatione* A9 *Nulla accusatio sine probatione* A10 *Nulla probatio sine defensione*. (2010, p. 91).

Outrossim, “basta considerar que o projeto constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana” para constatar que o processo penal brasileiro deve ser efetivado à luz do princípio acusatório, que repudia veementemente a barbárie inquisitória (Lopes Jr., 2022b, p. 99).

#### 1.4 Princípio da jurisdicionalidade

Considerando a construção teórica de Ferrajoli, seu modelo garantista de direito e os princípios que o inspiram, o princípio da jurisdicionalidade encontra-se representado pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*.

Aliás, é bom que se esclareça, quanto aos axiomas:

Os axiomas garantistas – formulados pelas implicações entre cada termo da série convencional de os termos posteriores – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. (Ferrajoli, 2010, p. 90).

Desde já, com relação ao princípio da jurisdição propriamente dito, Aury Lopes Jr. delimita as balizas:

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas ter um juiz, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição. Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. (2022b, p. 64).

Com isso, tem-se que do princípio da jurisdicionalidade decorrem três garantias: juiz natural, juiz imparcial e juiz inerte.

O juiz natural encontra seu fundamento na vedação aos juízos ou tribunais de exceção, constitucional e convencionalmente assegurado no art. 5º, XXXVII, da Constituição e no art. 8.1, da CADH.

No entendimento de Giacomolli, observa-se:

A admissibilidade do juízo natural obriga a constituição do juízo por meio de lei, antes do fato, de forma genérica e não casuística, com a necessidade de previsão de regras de investidura e de competência claramente delimitadas, possibilitando-se o exercício da potestade jurisdicional de forma efetiva. (2016, p. 301).

Vale dizer: “vige o critério da legalidade processual e não o da oportunidade ou discricionariedade, o que afasta também a manipulação do juízo predeterminado” (Giacomolli, 2016, p. 302).

A jurisdicionalidade, enquanto garantia do juiz natural, promove, inclusive, a efetivação da imparcialidade, “na medida em que a escolha arbitrária do órgão decisor põe em dúvida um julgamento desinteressado, alheio aos interesses das partes no processo e de quem o designa” (Giacomolli, 2016, 301).

Imparcialidade essa que exerce, ao menos, duas funções indispensáveis:

A função do princípio é evitar, essencialmente, a arbitrariedade, ou seja, que o julgador decida conforme a sua opinião, com critérios pessoais e não com base no conteúdo dos autos. Outra função é evitar a contaminação subjetiva do julgador, para que profira um julgamento sem prejuízos inautênticos, previamente comprometidos; que haja um julgamento idôneo. (Giacomolli, 2016, p. 274).

Em Aury Lopes Jr., ser imparcial significa, como se verá oportunamente, preservar a originalidade cognitiva do julgador por meio da vedação à atuação *ex officio* e da garantia, por meio da sistemática processual penal, de que o juiz estará em “posição de *terzietà*, um estar alheio aos interesses das partes na causa” (2022b, p. 68).

Embora não esteja prevista de forma expressa na Constituição, a garantia da imparcialidade do julgador é de observância obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, pois prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial...”, novamente em seu art. 8.1.

Preciso, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma: “o princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade” (1998, p. 174).

No mesmo contexto, assevera que “o princípio do devido processo legal exige que o órgão julgador seja submetido ao princípio da inércia, buscando garantir, ao máximo, assunto parcialidade e equidistância das partes” (Coutinho, 1998, p. 178).

Logo, é essencial compreender que ser imparcial não implica, de modo algum, “ignorar as pretensões das partes, suas perspectivas e expectativas, mas outorgar confiança e segurança de um julgamento na qualidade de terceiro e não de parte, bem como evitar que seja proferido um julgamento com dúvida razoável acerca da parcialidade do julgador” (Giacomolli, 2016, p. 275).

Não obstante, ser imparcial implica, necessariamente, a ausência de poderes *ex officio*, em consonância ao que Geraldo Prado prescreve: “a busca das provas da autoria e da existência da infração penal, pelo juiz, por mais grave que possa parecer o delito, compromete a imparcialidade daquele que vai decidir”, afinal, “sua inserção da mencionada atividade implicará certo grau de comprometimento com os fatos apurados, afastando que o jogador do ponto de equilíbrio que, como garantir as partes, traduz-se no princípio do juiz imparcial” (2006, p. 199).

O princípio da jurisdicionalidade, em sua plenitude, tem o condão de sustentar um sistema processual penal no qual o juízo de exceção é vedado, a inércia da jurisdição é observada e o julgador corresponde à imparcialidade que lhe é indisponível.

### 1.5 Princípio da fundamentação das decisões

Objetivamente, o que se pretende com a exigência de que o julgador, ao proferir determinada decisão, fundamente-a, reside na tentativa de impedir o uso arbitrário do poder: “a fundamentação fornece as bases sustentáveis de um processo penal democrático, constitucionalmente comprometido, livre de argumentos de consciência, de argumentos de autoridade, bem como de juízos precipitados” (Giacomolli, 2016, p. 253).

Marca indelével de um sistema processual penal acusatório:

Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, dentre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. (Lopes Jr., 2022b, p. 117).

Portanto, garante às partes o acesso aos motivos que levaram o juiz a decidir de uma determinada forma e, com isso, promove a possibilidade de resistência (seja por meio de uma simples petição, seja por meio de um recurso), viabilizando tanto o exercício do direito ao contraditório quanto o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, por exemplo.

Ao demonstrar os aspectos práticos de tal princípio no processo penal constitucional, Aury Lopes Jr. elucida:

Nesse contexto, a fundamentação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e a materialidade. (2022b, p. 118).

Indubitavelmente, “a fundamentação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado” (Lopes Jr, 2022b, p. 118).

O ponto crucial, para Nereu Giacomolli, é compreender que tal garantia (sentenças, decisões interlocutórias, acórdãos) propicia um duplo controle:

A fundamentação da decisão judicial é que permite o seu controle endoprocessual, interno, o qual se consubstancia nas possibilidades impugnativas através de recursos, de ações autônomas de impugnação (habeas corpus, mandado de segurança e revisão criminal) e das medidas correicionais (correição parcial e reclamação). Ademais desse controle interno, é a fundamentação da decisão que permite o seu controle externo, ou seja, o da comunidade jurídica, destinado aos entes públicos e à cidadania (função política). (2016, p. 252).

Para além disso, “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal” (Lopes Jr., 2022b, p. 117).

### 1.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O direito de defesa é corolário lógico de um processo penal minimamente decente. Possui envergadura constitucional (art. 5º, LV) e convencional (art. 8, item 2, alínea “c”, da CADH), indispensável ao devido processo legal.

Não há como idealizar uma estrutura processual na qual um sujeito é acusado e, posteriormente, julgado, sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de se defender. Qualquer forma diversa implica ao réu os efeitos de uma decisão surpresa, posto que dela não terá se defendido, sequer terá tido a chance de resistir à hipótese sustentada pela acusação.

A sistemática mais adequada ao exercício do contraditório deve corresponder às seguintes noções:

Para que o contraditório cumpra a sua função, há necessidade da devida publicização das estratégias que estão sendo utilizadas pela parte contrária, que toda a prova seja disponibilizada no interior do processo, que haja plena informação, integral conhecimento e acesso ao conteúdo de todas as questões fáticas e jurídicas, eliminando-se o segredo e o sigilo, salvo nas situações de necessidade à produção da prova. (Giacomolli, 2016, p. 180).

Trata-se de uma questão de igualdade de oportunidades processuais:

A garantia do contraditório permite que tanto a acusação quanto a defesa possam tensionar os fatos e os aspectos jurídicos aplicáveis ou excludentes, em uma situação de paridade, com iguais oportunidades e sem desvantagens, de modo a permitir um processo penal mais equitativo e equilibrado. (Giacomolli, 2016, p. 180).

Ademais, Aury Lopes Jr. leciona que o contraditório se apresenta por meio da “defesa técnica” e da “defesa pessoal” (esta última podendo ser exercida de forma “positiva” ou “negativa”): por defesa técnica entende-se aquela “que supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos técnicos do Direito, um profissional” (leia-se: um advogado, um defensor público), ao passo que a defesa pessoal se refere ao sujeito “defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado” (2022b, p. 109-114).

Ao exercer a defesa pessoal, o acusado pode valer-se de duas técnicas: “expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa” (postura defensiva pessoal positiva) ou, ainda, optando pelo exercício do “direito de silêncio” (*nemo tenetur se detegere*) e “de não fazer prova contra si mesmo” (postura defensiva pessoal negativa), sem que dessa inércia lhe resulte prejuízo (2022b, p. 114-116).

Em qualquer caso, urge internalizar que “a exigência do processo penal devido, nele inserida a tutela jurisdicional efetiva, não se compatibiliza com o descumprimento da ampla e da plena defesa” (Giacomolli, 2016, p. 154).

### 1.7 Princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência pode ser definida como um dos principais direitos do réu no processo penal, na medida em que conduz a dúvida a seu favor, faz da liberdade a regra e o libera de qualquer carga probatória.

Trata-se de um princípio que promove a “sustentação humanitária do processo penal”, iniciando-se “com a consideração do imputado como sujeito inocente”:

O estado de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional a um modelo de processo penal. (Giacomolli, 2016, p. 115).

Sem prejuízo à análise futura, a presunção de inocência deve ser compreendida, ainda que de modo incipiente, a partir de seus três reflexos:

Enquanto regra de tratamento (ser tratado como inocente implica ser mantido em liberdade, tendo a prisão caráter excepcional):

O fato de estar sendo investigado ou processado não retira da pessoa a integralidade do status que lhe confere o estado de inocência, motivo por que não se admite qualquer estigmatização em face da imputação (tratamento externo), de uma sentença sem o trânsito em julgado, ou mesmo de uma sentença absolutória ou extintiva da punibilidade. (Giacomolli, 2016, p. 116).

Como regra probatória (o que se prova é a culpa, pois o réu, por ser presumidamente inocente, resta-se totalmente dispensado de qualquer ônus probatório):

É inexigível, a partir do estado de inocência, qualquer atividade ativa do suspeito, indiciado ou acusado para demonstrar a sua inocência (desobrigação do imputado do encargo de provar a sua inocência). Não é o estado de inocência que necessita de prova no processo penal. Na falta de prova da culpabilidade do imputado, é dever do magistrado confirmar, com uma solução absolutória, o originário status de inocência, afastando, inclusive, o estado de incerteza gerado pela hipótese acusatória. O encargo probatório imputacional é exclusivo da acusação, no processo penal, bastando à defesa tornar crível a sua alegação, na medida em que a exigência demonstrativa é da culpa e não do estado de inocência. (Giacomolli, 2016, p. 116).

Em forma de regra de julgamento (privilegiando-se o *in dubio pro reo*):

É o extraordinário que comporta prova e não a ordem natural da pessoa, ou seja, o seu estado de inocência. Na racionalização valorativa entre a motivação fática e jurídica, na insuficiência probatória, na dúvida ou diante de contradição, o julgador, como corolário do estado de inocência do imputado, manterá o status de inocente, mediante absolvição plena. (Giacomolli, 2016, p. 116).

Ademais, superadas as bases principiológicas do processo penal democrático, convém iniciar o estudo crítico dos sistemas processuais penais propriamente ditos.

## 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A doutrina processual penal brasileira adota, majoritariamente, entendimento segundo o qual o processo penal pode ser estruturado a partir de três modelos: acusatório, inquisitório ou misto.

Nesse sentido, Nereu José Giacomolli afirma que “é possível reconhecer diferentes sistemas processuais criminais, com características próprias, em determinada época ou período político-cultural” (2016, p. 88).

Da mesma forma, Aury Lopes Jr. entende os diferentes sistemas como “reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época” (2022a, p. 221).

Portanto, há de se realizar uma análise crítica de tais sistemas processuais penais consagrados pela doutrina, de modo a identificar, na expressão de Aury Lopes Jr. (2022a, p. 245), o “núcleo fundante” de cada estrutura e, somente após a constatação de sua matriz principiológica, que segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (1998, p. 165) será, necessariamente, inquisitiva ou dispositiva, então apontar qual seria o sistema processual penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como qual sistema estaria em consonância com os atuais ditames constitucionais.

Assim, parte-se da premissa segundo a qual, no sistema processual penal brasileiro, há uma sensível desarmonia entre o modelo processual imposto pela Constituição (plano do *dever-ser*) e o que decorre da legislação infraconstitucional (plano do *ser*). Vale dizer: trata-se de uma incompatibilidade latente entre a forma estruturada pela norma constitucional de 1988 e a adotada pelo Código de Processo Penal de 1941.

Ademais, proceder-se-á à análise dos modelos processuais de acordo com sua respectiva ordem cronológica de surgimento, preservando-se o contexto histórico e interpretando-se a substituição de um sistema por outro a partir do raciocínio dominante à época, evidenciando-se a lógica de cada sociedade e, conseqüentemente, a influência do poder estatal no processo penal.

Em síntese, Aury Lopes Jr. orienta:

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. (2022b, p. 43).

## 2.1 Acusatório

O sistema processual penal acusatório é concebido na Idade Antiga, especificamente no direito grego e no direito romano, caracterizando-se (de acordo com o entendimento doutrinário dominante), primordialmente, pela clara distinção dos atores jurídicos responsáveis pela execução das funções de investigar, acusar, defender e julgar.

Não obstante, ante a relevância do tema, uma advertência: adiante, demonstrar-se-á que, embora tal distinção de papéis processuais seja essencial, restar-se-á insuficiente se considerada isoladamente, dada a necessidade de que seja associada, necessariamente, aos demais institutos processuais fundamentais à materialização do modelo acusatório, tais como a inércia da jurisdição, o contraditório, a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência, “sob pena de incorrer em grave reducionismo” (Lopes Jr., 2022b, p. 69).

No direito grego, o modelo acusatório compreendia “o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves”, conforme apontamentos de Aury Lopes Jr. (2022a, p. 223).

No direito romano, por sua vez, havia tanto a *cognitio* quanto a *accusatio*. Logo, duas formas distintas. Segundo Aury Lopes Jr., “a *cognitio* era encomendada aos órgãos do Estado” e “a *accusatio* era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo” (2022a, p. 224). Assim, tinha-se a *cognitio* (julgamento) como responsabilidade dos magistrados e a *accusatio* (acusação) era atribuída à sociedade.

Objetivamente, as palavras de Luigi Ferrajoli consolidam o que até aqui se tentou dizer:

É pacífico que o processo penal da Antiguidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da consequente natureza arbitral tanto do juiz como do júzo. (2010, p. 520).

Do exposto, infere-se que a acusação deveria ser realizada, impreterivelmente, por uma pessoa diferente daquela que, futuramente, debruçar-se-ia sobre o caso penal no intuito de atribuir-lhe um desfecho. Indubitavelmente, trata-se de um componente indispensável e inerente à essência do sistema acusatório o fato de a acusação ser realizada por figura distinta da qual corresponde a função de julgar.

Todavia, como já antecipado, o sistema acusatório não se resume à separação de tais funções, razão pela qual Renato Brasileiro de Lima desenvolve o seguinte raciocínio:

(...) esta mera separação das funções de acusar e julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória. Com efeito, de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções

do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há por parte daquele uma usurpação das atribuições deste, explícita ou implicitamente. (2023, p. 47).

Na realidade, referido sistema pressupõe outros atributos que, se ausentes, desvirtuariam a sistemática processual. Senão, vejamos a lição de Luigi Ferrajoli:

(...) pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tenha o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. (2010, p. 519).

Ademais, Ferrajoli elenca as características que, ao seu sentir, seriam “clássicas do sistema acusatório”:

(...) a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda a atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular. (2010, p. 519).

Seguramente, pode-se afirmar que, ao menos inicialmente, o modelo acusatório romano estabelecia a figura do “juiz-espectador”, isto é, os magistrados não poderiam adotar uma postura probatória ativa. Ao contrário, mantinham-se distantes da gestão da prova, tendo em vista tal atribuição ter sido conferida às partes (acusador e acusado).

Precisamente, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sintetiza o tema: “considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto” (1998, p. 166).

Nesse sentido (provas no processo penal), vale ressaltar que, como corolário lógico da presunção de inocência que o ampara e o mantém, como regra, em liberdade durante todo o transcorrer do processo, o acusado está totalmente desencarregado de provar qualquer coisa que seja, “considerando que no processo penal a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador”, como ensina Aury Lopes Jr. (2022a, p. 255).

Por óbvio, não há que se falar em vedação à iniciativa probatória do acusado, afinal lhe é permitido apresentar provas que auxiliem na elucidação do caso concreto. Elementar, portanto, compreender que o fato de o réu não possuir carga probatória em nada obsta que tenha iniciativa probatória. Em suma, a carga probatória se manifesta como dever da acusação e consequência direta da presunção de inocência, ao passo que a iniciativa probatória se apresenta como uma faculdade processual do acusado e decorrência inequívoca do *due process of law*.

Importa evidenciar, ainda, que o modelo acusatório romano da Antiguidade previa, em que pese o caráter embrionário, aquilo que se depreende do brocardo *ne procedat iudex ex*

*officio*, isto é, o princípio da inércia da jurisdição, cuja definição desenvolvida por Jacinto Coutinho contempla os seguintes dizeres:

Este princípio, que é uma das características importadas do sistema acusatório, determina que a jurisdição é inerte e não pode ser exercida (no sentido do desencadeamento do processo) de ofício pelo juiz. Isto implica em dizer que para que se mova precisa ser provocada: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. (1998, p. 178).

Notadamente, tal previsão (vedação à atuação de ofício por total incompatibilidade com o tipo acusatório de processo) demonstra que, desde a Idade Antiga, havia a preocupação de se evitar que o juiz do processo comprometesse sua imparcialidade por meio da atuação *ex officio* (muito embora, com o passar dos anos, tal noção viesse a ser relativizada no direito romano para que se justificasse o procedimento denominado como *cognitio extra ordinem*, que será objeto de análise pormenorizada e oportuna, inclusive).

Ato contínuo, evidencia-se o direito ao exercício do contraditório pleno e efetivo (vale dizer: com todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa) como premissa essencial à manutenção do modelo acusatório (integrando-o desde o princípio), garantindo ao acusado a possibilidade de apresentar sua defesa e resistir aos fatos que lhe são imputados na acusação, privilegiando-se a oralidade e a publicidade no decorrer de todo o procedimento.

Noutra roupagem, Geraldo Prado apresenta a seguinte percepção quanto ao contraditório, à publicidade e à oralidade:

A forma acusatória adotada na época, prescindindo de uma investigação anterior, era dominada integralmente pelo contraditório, cumprindo às partes pesquisarem e produzirem as provas das suas alegações. Tratava-se de um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central, dos quais deriva o fundamento da decisão. (2006, p. 75).

Oportunamente, Aury Lopes Jr. adota postura incisiva ao dizer que o sistema acusatório contemporâneo exige, além das já elucidadas, no mínimo, outras quatro características, quais sejam:

(...) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (2022a, p. 226).

De fato, não faz sentido pensar um processo penal efetivamente acusatório desconectado de garantias como o direito ao recurso e à coisa julgada, sob pena de incorrer-se em uma incompatibilidade lógica.

O direito ao recurso confere às partes a capacidade de se insurgirem contra a solução jurídica oferecida pelo juiz e é típico do processo praticado em ambientes democráticos, pois demonstra a noção de que o provimento jurisdicional não é absoluto, tampouco irreduzível ou insuscetível de reforma, na medida em que traduz, especialmente ao acusado, a oportunidade de ter as questões de fato e de direito reanalisadas.

A coisa julgada, por seu turno, materializa às partes a certeza quanto à decisão destinada ao caso concreto, garante segurança jurídica e estabiliza o direito proclamado, impedindo que o processo penal e, conseqüentemente, sua respectiva solução estejam à mercê do arbítrio e da conveniência antidemocrática. Outrossim, a coisa julgada é indissociável do instituto jurídico-processual do trânsito em julgado, sendo aquela uma consequência direta deste.

Harmônico, Badaró ensina que o sistema acusatório, “do ponto de vista ideológico, trata-se de uma forma democrática do exercício do poder, permitindo que o destinatário do ato possa influenciar na sua formação” e segue descrevendo-o “sob o aspecto do funcionamento interno”, de modo a afirmar que a “estrutura dialética permite uma maior eficiência tanto para a resolução das questões de direito quanto para as questões de fato, principalmente no aspecto probatório”. Inequivocamente, conclui seu raciocínio: “o modelo acusatório é uma garantia para o acusado” (2020, p. 108).

Contudo, na esteira de Aury Lopes Jr., o sistema acusatório vigente passou a ser considerado por parte da sociedade e, notadamente, por aqueles que detinham o poder de punir, como “insuficiente para as novas necessidades de repressão de delitos”, que inclusive prossegue com sua explicação:

A insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar. A partir daí, os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença. Isso caracterizava o *procedimento extraordinário*, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal Romano. (2022a, p. 225).

Não é difícil notar, portanto, que “o novo regime político autoritário e centralizador dos Imperadores conduz a uma reprivatização da concepção inquisitória, mais acorde com o projeto de poder” (Lopes Jr., 2022a, p. 225).

Debruçando-se sobre o enfraquecimento do sistema acusatório romano, Geraldo Prado elucida a questão da seguinte forma:

Isso ocorre ao mesmo tempo em que se desloca a fonte da soberania da cidadania para o Imperador, ocasionando graves inconvenientes e predispondo acusadores e acusados a litigarem entre si permanentemente e intentarem a vingança, valendo-se

até mesmo da falsa acusação, além de, não raramente, assegurar a impunidade do criminoso, em face da ausência de quem se dispusesse a acusá-lo. (2006, p. 76).

Diante de tal problema, julgou-se possível solucioná-lo com a *cognitio extra ordinem*, cuja definição Geraldo Prado fornece: “A nova *cognitio*, diferentemente da primeira, conferia amplos poderes ao magistrado, não somente para investigar as infrações penais, recolhendo provas, como, ainda, para julgar a causa, podendo valer-se mesmo da tortura” (2006, p. 77).

A solução eleita culminou na legitimação institucionalizada da barbárie:

É de destacar-se que, ao contrário do que viria a ocorrer posteriormente, na Idade Média, sob a égide do inquisitorialismo, se em Roma ainda predominava a forma pública e oral, mesmo no procedimento *extra ordinem*, como momento culminante dessa estrutura processual, em realidade a instrução escrita e secreta, derivada do poderoso aparato estatal, aos poucos foi sucedendo a anterior, até constituir-se em sua parte ou forma principal, surgindo, pois, como semente da Inquisição que mais tarde dominaria a Europa Continental. (Prado, 2006, p. 77).

Paradoxalmente, tem-se, no direito romano, tanto o surgimento do estilo de processo que atualmente se almeja quanto, simultaneamente, a formação do modelo processual clássico da Idade das Trevas, cuja experiência recomenda distância, atentando-se ao fato de que o sistema inquisitório é fruto da indevida relativização dos fundamentos do modelo acusatório.

## 2.2 Inquisitório

O ideal inquisitório como forma de se estruturar o processo penal advém da Idade Média (período histórico que compreende o intervalo temporal entre os Séculos V e XV, fortemente marcado por perseguições, sobretudo motivadas por questões afetas à política e à religião, consagrado pela doutrina como Idade das Trevas), especificamente a partir do Século XII, quando o sistema acusatório se enfraquece significativamente e é substituído, como já exposto alhures:

Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade. (Lopes Jr., 2022a, p. 229).

Nesse sentido, merecem destaque as percepções de Aury Lopes Jr., Lorena Bachmaier Winter e Luigi Ferrajoli, respectivamente, acerca do gradativo método de substituição empregado na alteração substancial da estrutura do sistema processual até então em vigor:

A mudança em direção ao sistema inquisitório começou com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram posteriormente invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério público e ao juiz. (2022a, p. 229).

O poder do monarca requeria um sistema de justiça penal mais eficaz, eficácia que não podia fazer-se descansar sobre a vontade e a possibilidade de cada cidadão de sustentar a acusação. Introduziu-se a iniciação do processo de ofício por autoridades públicas, inicialmente naqueles assuntos mais graves ou que afetavam os interesses da Coroa, os denominados delitos de lesa-majestade; e a respeito daqueles nos quais existia uma má fama pública contra o sujeito. (2021, p. 74).

Nasceu assim, com a *cognitio extra ordinem*, o procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido *ex officio*, secretamente e em documentos escritos por magistrados delegados do príncipe (...), baseado na detenção do acusado e na sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura. (2010, p. 520).

Considerando as descrições iniciais, não requer muito esforço constatar que o primeiro passo rumo ao sistema inquisitório reside no agir de ofício, isto é, na possibilidade de aquele cuja função, em tese, seria apenas a de julgar, poder também investigar e, posteriormente, acusar. Ora, uma só pessoa realizando funções incompatíveis do ponto de vista do devido processo penal.

No processo inquisitório, preleciona Jacinto Coutinho, “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido” (2001, p. 4).

Quanto às demais implicações, pode-se afirmar que as consequências foram catastróficas e “durante cinco séculos infestaram a Europa fazendo da doutrina do processo penal uma espécie de ciência dos horrores” (Ferrajoli, 2010, p. 521), haja vista as incomensuráveis violações aos direitos fundamentais do acusado que passaram a ser admitidas: a presunção de inocência converte-se em presunção de culpa; o réu perde sua qualidade de sujeito processual e, por conseguinte, de detentor de direitos e garantias processuais, tornando-se um mero objeto do processo; o contraditório é esvaziado; o juiz adota postura acusatória e probatória ativas, abandonando a inércia e procedendo de ofício.

Nesse ínterim, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar asseguram:

(...) o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais. (2022, p. 27).

Logo, não é difícil constatar: na visão inquisitória, as garantias processuais são um óbice à punição, pois erroneamente compreendidas como verdadeiros empecilhos cuja função seria assegurar a impunidade do acusado.

Evidentemente, tal premissa não poderia estar mais equivocada, porquanto, na realidade, as garantias processuais apresentam-se como um limite ao arbítrio estatal, mormente no que se refere a uma espécie de contenção que obriga o Estado a observar as regras do devido processo penal e que somente legitima a punição oriunda, necessariamente, de um procedimento no qual tenha sido assegurado ao acusado um julgamento imparcial, na forma prescrita em lei, ausentes quaisquer nulidades, presentes todas as oportunidades de exercer sua defesa e opor-se à acusação.

Para Ferrajoli, referidas garantias processuais informam tanto “quando” quanto “como” realizar o julgamento: “a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa” (2010, p. 494).

A despeito disso, as garantias processuais sucumbiram diante do modelo autoritário imposto. Assim, Ferrajoli propõe uma definição e, na sequência, estabelece uma comparação:

(...) chamarei *inquisitório* todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. (...) se o sistema acusatório favorece os modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz. (2010, p. 520).

Por essa razão, Jacinto Coutinho interpreta o sistema inquisitório com as lentes da desconfiança:

(...) pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mega objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador. (1998, p. 166).

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. é categórico ao sustentar que “o sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical”, exemplificando, inclusive, por meio da seguinte elucidação: “o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado” (2022a, p. 230).

Não obstante, em que pese o fato de o estilo processual inquisitório ter surgido no direito romano (entre a queda da República e a ascensão do Império), “é sem dúvida a Inquisição surgida ao longo dos séculos XI e XII, no seio da Igreja Católica espanhola, que nos dá o principal modelo processual inquisitório para estudo” (Lopes Jr., 2022a, p. 229).

Jacinto Coutinho aduz que o referido sistema inquisitório, então vinculado à Igreja Católica, “tem seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão”, expondo, ainda, que:

No IV Concílio de Latrão decide-se, entre outras coisas, pela confissão pessoal obrigatória, pelo menos uma vez ao ano; e ela é o marco histórico do novo sistema. A partir daí a noção de *Bulgaro* (*actus trium personarum: iudicis, actori et rei*) tende a desaparecer, pelo menos em processo penal. (2009, p. 105).

Mas, afinal, a quais argumentos teve de se apegar a Igreja para que pudesse justificar a selvageria e a violência empregadas? Antes de responder a tal questionamento, há de se ressaltar que o modelo inquisitório foi adotado, adaptado e desenvolvido pela Igreja (agora já institucionalizada e com poderes de Estado) em um tempo no qual a sociedade deveria observar o disposto nas leis divinas e seguir o entendimento advindo dos líderes religiosos, autoproclamados como únicos intérpretes da real vontade de Deus.

Nota-se, assim, a potência do elo existente entre direito, religião e moral, bem como de suas – prováveis – consequências nefastas (maximizadas pelo fanatismo religioso), a depender da agenda política, econômica e social dominante.

Inexoravelmente, “trata-se um sistema fundado na intolerância, derivada da ‘verdade absoluta’ de que “a humanidade foi criada na graça de Deus” (Lopes Jr., 2022a, p. 231).

De forma precisa, Leonardo Boff revela a lógica enclausurada no raciocínio que dominou a Idade Média e legitimou as atrocidades patrocinadas pela Inquisição, tornando-a, inclusive, imune a críticas, sob pena de se incorrer em uma heresia (tal qual o “pensamento-crime”, presente na distopia *1984*, de George Orwell): partindo da premissa de que o homem se afastou de Deus em razão do pecado, as escrituras sagradas apresentaram-se como fonte de reconexão, sendo definidas, na expressão de Aury Lopes Jr., como “um alfabeto sobrenatural que permite ter acesso às verdades divinas” (2022a, p. 232).

Contudo, a fim de viabilizar a interpretação que melhor estivesse de acordo com os interesses dominantes, desenvolveu-se a ideia de que somente um grupo de pessoas teria capacidade de traduzir, com exatidão, a vontade de Deus contida nas escrituras: os membros da Igreja Católica.

Com isso, as nuances inquisitórias vinculadas ao fator religioso dominante assim se apresentavam:

Nesse momento, reforça-se o mito da segurança, oriundo da verdade absoluta, que não é construída, senão dada pelos concílios, encíclicas e outros instrumentos nascidos sob a assistência divina. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter “absoluto”. A lógica inquisitorial está centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava o núcleo fundante do sistema. Fora dele não havia salvação. Isso autoriza o “combate a qualquer custo” da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregada. A maior crueldade não era a tortura em si, mas o afastamento *do caminho para a eternidade*. (Boff, 1993, p. 9 apud Lopes Jr., 2022a, p. 232).

José Frederico Marques se vale das palavras de Alcalá-Zamora para dizer que o processo inquisitivo, de tão problemático, não seria um processo genuíno, mas sim “uma forma autodefensiva de administração da justiça” (2000, p. 64).

Desta feita, ao discorrer sobre a “estética inquisitorial”, Ricardo Jacobsen Gloeckner (2021, p. 17) estabelece um paralelo entre três relevantes fatores: a produção da verdade, o sistema de provas hierarquizadas e a predominância da forma escrita.

No processo penal inquisitório, a verdade material era interpretada como o objetivo a ser alcançado, não se aceitando hipóteses que não conduzissem à mitológica “verdade real”, tampouco satisfazendo-se com a verdade processual que não correspondesse ao fatos propriamente ditos (leia-se: absoluta repulsa à ideia de se contentar com a prova que, produzida em respeito aos direitos fundamentais do acusado, fosse incapaz de provar a verdade dos fatos, mas absolutamente suficiente para absolvê-lo à luz da verdade produzida no processo).

Consequentemente, Gloeckner (2021, p. 18) afirma que “a confissão ocupou (e ocupa) papel primordial neste papel de substituição da Verdade” e, em consonância ao exposto, Aury Lopes Jr. detalha a visão inquisitória acerca da confissão:

Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado “suficientemente” torturado e era liberado. (...) o pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas. (Lopes Jr., 2022a, p. 235).

Quanto à forma predominante, “o modelo inquisitório operaria através de procedimentos escritos (e em grande parte, sigilosos)”, de modo que “o trabalho do julgador se dá, sobretudo, a partir de um material documental preexistente”, afinal “a forma com a qual os elementos documentais são recolhidos (...) acaba por criar mecanismos decisórios que servem como instrumentos de ratificação de informações ou dados extraprocessuais” (Gloeckner, 2021, p. 20).

Como fruto da estratégia adotada, a coisa julgada não existia no processo penal inquisitório, ante a intenção de privilegiar a possibilidade de punir aquele acusado que, eventual e milagrosamente, tenha sido absolvido, em detrimento da segurança jurídica inerente ao trânsito em julgado.

Importa, nesse momento, a percepção de Jacinto Coutinho sobre o sistema processual penal inquisitório e seus efeitos:

O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste – como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conhecimento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental. (2001, p. 4).

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve - e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido. (2009, p. 105).

Não obstante, Aury Lopes Jr. sintetiza tanto a essência do modelo inquisitório quanto o erro contido em tal estrutura:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu. Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar. (2022b, p. 44-45).

Ainda sobre o supramencionado erro, extrai-se da lição de José Frederico Marques a conclusão de que “o sistema inquisitivo, além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições”, especialmente em razão das “poucas garantias de imparcialidade e objetividade, por serem psicologicamente incompatíveis a função do julgamento objetivo com função da perseguição criminal” (2000, p. 65).

Dessa forma, considerando a dignidade da pessoa humana como pressuposto absoluto e a consequente evolução dos patamares civilizatórios mínimos, ambos materializados no que se refere aos ideais promovidos pela Revolução Francesa ocorrida em 1789, “os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo” (Lopes Jr., 2022b, p. 45).

Portanto, em que pese o fato de o sistema processual penal inquisitório ter sido dominante até o final do século XVIII e o início do século XIX, sua derrocada culminou com o surgimento de um terceiro modelo que, a seu tempo, foi interpretado como um reflexo do Iluminismo e expressão da racionalidade no campo processual penal: o sistema misto.

### 2.3 Misto

Destarte, há de se compreender que o tal “sistema misto” surge em um contexto de superação da experiência processual estabelecida na Idade Média e que foi significativamente disseminada na Europa, cuja adesão foi tão intensa que o fez perdurar até o final do Século XVIII e, portanto, resistindo até a Idade Moderna.

Enquanto o sistema inquisitório se desenvolveu na Idade das Trevas, tem-se que o misto se desenvolveu no Século das Luzes, dada a indelével influência do Iluminismo e dos novos paradigmas de desenvolvimento humano arraigados à ideia de se superar o absolutismo monárquico e as atrocidades patrocinadas pelo autoritarismo medieval (entretanto, adverte-se: o sistema misto, de fato, foi concebido em um período histórico de valorização democrática, mas isso, por si só, não o tornou imune aos resquícios inquisitórios, como se verá adiante).

Nesse sentido, a Revolução Francesa emerge, em 1789, como o movimento político, jurídico e social que materializou a mudança almejada no que se referia à forma de governo na França, posto tratar-se do principal marco representativo da implementação da República francesa em detrimento da Monarquia.

Sob o lema “*liberté, égalité, fraternité*”, a Revolução Francesa reivindicou a tutela à liberdade, à igualdade e à fraternidade e, com isso, inspirou aquilo que hoje se identifica com os direitos humanos e seus respectivos pressupostos.

Tais pressupostos, no raciocínio proposto pelo jurista Karel Vazak, elucidam a evolução histórica dos direitos humanos a partir de três aspectos: individual, social e coletivo. Dessa forma, extrai-se a ideia inicial relacionada à conquista de direitos civis e políticos inerentes à liberdade individual, avança-se com a compreensão da necessidade de se tutelar os direitos sociais, econômicos e culturais intimamente ligados à igualdade e atinge-se, ainda, o entendimento de que determinados bens jurídicos são transindividuais e, por essa razão, hão de serem resguardados em prol da coletividade, privilegiando-se os ideais iluministas de fraternidade e solidariedade. Em suma, privilegiou-se a razão em detrimento da força.

Assim, os direitos à liberdade, à igualdade e à fraternidade denotam, respectivamente, aquilo que a doutrina chama de “dimensões” dos direitos humanos, evidenciando que a preocupação da sociedade do século XVIII recaiu, inicialmente, sob a liberdade do indivíduo (no intuito de obstar a interferência estatal e, por isso, atribuiu ao Estado uma função absentista, isto é, um dever negativo de manter-se alheio ao indivíduo no intuito de impedir o arbítrio).

Contudo, se por um lado a sociedade agora era livre e igual perante a lei, essa mesma sociedade carecia, em parte, de uma assistência que somente o Estado poderia ser capaz de

fornecer: garantir o acesso a direitos como a saúde, a educação, o trabalho, a alimentação, a moradia e ao lazer, por exemplo. Logo, o Estado assume a responsabilidade de promover tais direitos à população, em uma posição evidentemente ativa que abandonava a postura absenteísta e propiciava o desenvolvimento do atual Estado Social.

Em razão do avanço social e jurídico, houve, ainda, o reconhecimento da necessidade de resguardar determinados direitos que não pertenciam nem ao indivíduo nem ao social, mas sim à coletividade indeterminada de pessoas, como ocorre com o meio ambiente. Assim, ao tutelar um direito transindividual, garante-se, simultaneamente, tal direito às atuais e às futuras gerações.

Por fim, quanto à temática inerente à Revolução Francesa e à evolução dos direitos humanos, importa evidenciar que parcela da doutrina contemporânea reconhece a existência de direitos de quarta e quinta dimensões: Paulo Bonavides reconhece “os direitos decorrentes da democracia, informação e pluralismo” como integrantes da quarta dimensão; Flávio Martins sustenta que “os direitos dos animais não humanos” integrariam a quinta dimensão (2021, p. 669).

Superada a noção propedêutica acerca do Iluminismo, adentrar-se-á, de fato, à análise do sistema processual penal misto e, tão logo, é fundamental compreender que o referido sistema nasce em um contexto de transição que, em tese, comportava a mudança do viés inquisitório para o acusatório:

(...) todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimto dos valores garantistas da tradição acusatória. Mas a experiência acusatória não perdurou, no continente europeu, depois dos anos da revolução. (Ferrajoli, 2010, p. 521).

Com acerto, Nereu Giacomolli diz que “o sistema processual criminal também foi sacudido pelos ideais da revolução francesa. Houve uma justaposição e incorporação de características dos dois sistemas, predominando as marcas do sistema inquisitorial” (2021, p. 479).

Do ponto de vista do Estado, o sistema misto surgiu como a possibilidade de manter o exercício do poder de punir em suas próprias mãos, sem a necessidade de conferi-lo aos particulares. Mas o atual momento não admitiria a aglutinação das funções de acusar e julgar e, diante disso, viu-se o Estado obrigado a conferir o poder de acusar a uma figura distinta do julgador: aqui nasce o Ministério Público.

Ao explicitar referido contexto estatal, Geraldo Prado contribui significativamente:

O mesmo poder de dominação que a Justiça Eclesiástica exercia por meio da Inquisição, em um mundo de poucos letrados e multidões de analfabetos, passou a ser exercido pelos órgãos do Estado, que manejavam (manejam) a linguagem técnica do Direito (e ainda mais técnica dos autos) para impor o Poder do Estado ao ditar as decisões penais. (2006, p. 157).

Sobre o tema, Aury Lopes Jr.:

Com o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o estado seguia mantendo a titularidade absoluta do poder de penar e não podia abandonar em mãos de particulares esse poder e a função de persecução. Logo, era imprescindível dividir o processo em fases e encomendar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas. Nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas realizada por meio de um terceiro distinto do juiz. (...) 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 sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz. (2022a, p. 237).

Nesse ínterim, a primeira aparição normativa apta a estruturar juridicamente o funcionamento do sistema misto remonta ao *Code D’Instruction Criminelle*, de 1808, na França: basicamente, o processo penal foi dividido em duas fases, adquirindo uma nova roupagem a partir dos conceitos inerentes aos sistemas acusatório e inquisitório, sendo preponderante, na primeira, elementos clássicos do modelo inquisitório e, na segunda, institutos fundamentais ao modelo acusatório.

A fase pré-processual foi destinada à investigação preliminar, ao passo que a fase processual (leia-se: do juízo) à realização da instrução e do julgamento. A ideia era extrair da investigação preliminar os elementos suficientes à acusação a ser realizada pelo Ministério Público e, posteriormente, encaminhá-la ao juiz, que então poderia dizer o direito (*jurisdictio*) pertinente ao caso concreto.

Quanto à relevância da fase pré-processual, é adequado relembrar, desde já, a seguinte lição: “a investigação preliminar também atende a um patente interesse de eficácia de direitos fundamentais, para evitar as acusações e os processos infundados”, conforme Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 99).

Todavia, superadas as considerações teóricas acerca do modelo em análise, urge dar início ao exame das implicações práticas do referido sistema no processo penal, notadamente no que tange à manutenção da cultura inquisitória.

Parte crítica da doutrina interpreta o sistema misto como uma impossibilidade teórica, uma contradição em si mesmo, porque ancorado na equivocada concepção de que os demais sistemas processuais penais seriam puros. Para além, o principal equívoco reside na ingênua crença de que, por ser “misto”, seria também uma terceira espécie de sistema: erro crasso, pois,

independente da seleção de fatores que faz de cada um dos tipos acusatório e inquisitório, sempre haverá um vetor de interpretação dominante.

Portanto, Badaró tem razão ao dizer que os sistemas “são abstrações ou modelos ideais. Atualmente não existem sistemas acusatório ou inquisitório ‘puros’. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais.” (2020, p. 106).

Dessa forma, Jacinto Coutinho trata do assunto com a precisão conceitual que lhe é peculiar:

(...) como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. (1998, p. 167).

(...) é o fim do sistema – como referido –, que ressignifica o princípio unificador e ele, como é elementar, ganha um colorido diferente nos dois sistemas conhecidos: o princípio unificador será inquisitivo se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório. Como ideia única, não comporta divisão e, deste modo, não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto. (2009, p. 109).

Objetivamente, elucida seu critério de definição: “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro” (Coutinho, 1998, p. 167).

E, didaticamente, exemplifica:

(...) os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório (...); ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório. (Coutinho, 2009, p. 109).

O porquê das críticas um tanto quanto irredutíveis decorre da constatação de que o sistema misto foi implementado como um “mudar para continuar tudo igual”, segundo Aury Lopes Jr. (2022a, p. 241).

Isso se deu porque, na prática, o sistema misto manteve a tradição por meio da qual a condenação era pautada em elementos de “prova” absolutamente inadmissíveis, pois obtidos em inobservância ao contraditório, no sigilo da investigação preliminar. Acertadamente, Aury vai dizer que “a fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão” (2022a, p. 240).

Por meio das – críticas – palavras de Nereu Giacomolli, infere-se:

(...) O “misto” não pode ser entendido como um sistema processual, mas como um *mixed* de atividades e técnicas do acusatório e do inquisitório, com preponderância do último, desprovido de um núcleo estruturante e coeso, de princípios compatíveis e congruentes. (2021, p. 479).

Mais do que incongruente, o modelo processual em exame é entendido por Ferrajoli como um “monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório, que foi o assim denominado processo misto”:

(...) com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado da liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizada pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase. (2010, p. 522).

Em igual sentido, à luz das conceituações de Jacinto Coutinho (1998), Ricardo Gloeckner (2017) e Aury Lopes Jr. (2022a), interpreta-se o tipo misto de se desenvolver o processo penal, respectivamente, como “uma falácia”, “sem um núcleo fundante” e, portanto, “insuficiente”.

Daí o motivo pelo qual Nereu Giacomolli define tal modelo misto como sendo “um processo inquisitivo minimizado e dissimulado, pasteurizado, uma degeneração” (2021, p. 480).

Com razão, Aury assegura: “uma mistura de tal natureza (inquisitório e acusatório) é irracional, e a prática desaconselha tal mescla” (2022a, p. 241).

Desse modo, resta compreendido o fato de que a execução das regras próprias do sistema misto conduziu à reprodução das práticas autoritárias do processo inquisitório de forma direta na fase pré-processual e indireta na fase processual, especialmente no que se refere à noção de que a mera separação inicial das funções de acusar e julgar demonstrou-se insuficiente enquanto forma de garantir a imparcialidade do julgador, pois tal mecanismo, ante o fato de um mesmo juiz atuar durante todas as etapas da persecução penal, possibilita que “a eleição (culpado ou inocente)”, cujo conteúdo é, conforme Aury Lopes Jr., “o ponto nevrálgico do ato decisório”, seja feita “com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso” (2022a, p. 241).

Logo, não requer muito esforço notar que a simples classificação do sistema como misto não o torna mais adequado do que o medieval modelo inquisitório, tampouco o aproxima, por si só, do tipo acusatório.

Na realidade, internalizada a compreensão de que não há sistemas puros, a forma mais adequada de se constatar o quão acusatório ou inquisitório é um determinado sistema decorre da identificação de seu núcleo fundante: a gestão da prova.

Se a estrutura processual conferir às partes a gestão da prova, em regra, ter-se-á um processo acusatório. Contudo, caso essa mesma estrutura admita que o juiz, na expressão consagrada de Aury Lopes Jr., “desça à arena das partes” e vá até a prova de ofício, então estar-se-á diante de um processo inquisitório.

A razão é simples: a prova deve ser produzida pelas partes e há de ser julgada por um terceiro imparcial (isto é, o juiz). Se o destinatário da prova é justamente a pessoa que a produziu, por óbvio não será imparcial quando realizar sua valoração.

Portanto, quando se diz que a gestão da prova é responsabilidade exclusiva das partes, tem-se o objetivo de impedir a influência indevida do magistrado na instrução processual penal, privilegiando-se o princípio dispositivo (que funda o sistema acusatório).

Em suma, busca-se a figura do “juiz-espectador” e despreza-se, absolutamente, o “juiz-ator”, tal qual Ferrajoli:

Enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa. (2010, p. 530).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr. ensina: “é um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade*, e o outro, de *inércia*” (2022a, p. 252).

Enriquecendo sua construção, prossegue:

É necessário que *se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. (...) Porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.* (2022a, p. 244).

Em tempo, há de se enfatizar que “o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes”, posto que completamente desobrigado de “colaborar” com a acusação ou com a defesa, necessitando ater-se à seguinte posição: se convicto da culpa provada pelas partes, que condene; se da inocência provada pelas partes, que absolva. Logicamente, se estiver com dúvida, o *in dubio pro reo* impõe a absolvição do réu, porquanto “não é preciso dúvida qualificada, bastando dúvida razoável” (Lopes Jr., 2022a, p. 257).

É o que aponta Geraldo Prado:

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do

conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar. (2006, p. 141).

Enfim, desde a Idade Moderna e até a Idade Contemporânea, o sistema processual misto tem prevalecido sobre os demais, ante a inexistência de atuais sistemas puros.

A questão a saber é: os sistemas processuais penais mistos então vigentes apresentam mais aspectos puramente acusatórios ou inquisitórios?

A resposta, por seu turno, recairá (neste trabalho), com ênfase, sobre o processo penal brasileiro.

## 2.4 As opções constitucionais e infraconstitucionais

Partindo-se de uma interpretação crítica cuja referência decorre do texto constitucional e da legislação processual penal consagrada pelo Código de Processo Penal, é possível notar, sem maiores entraves, a incompatibilidade entre os sistemas processuais adotados pela Constituição Federal de 1988 e o diploma processual penal de 1941.

Na medida em que a Constituição impõe o modelo acusatório, a lei processual penal recepciona o sistema inquisitório.

Considerando tal antinomia normativa, a lógica conduz à solução oferecida pelo critério hierárquico: ora, sendo a Constituição a norma suprema do ordenamento jurídico, nenhuma lei pode se sobrepor às suas previsões.

Assim, todas as contradições ao texto constitucional contidas no Código de Processo Penal deveriam ser adequadas à Lei Maior (e nunca o contrário), fazendo com que o conteúdo materialmente inconstitucional fosse considerado, no mínimo, não recepcionado pela Constituição, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sendo tal competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, como preceitua o art. 102, § 1º, da CF e a Lei nº 9.882/1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ADPF, especialmente em seu art. 1º, parágrafo único, I.

Entretanto, a prática, por vezes, é bastante diferente da teoria.

No caso em tela, verifica-se um movimento autoritário forte que faz com que o processo penal brasileiro seja orientado a partir do CPP, como se a Constituição devesse se adequar à lei infraconstitucional nos aspectos conflitantes.

Evidentemente, tal raciocínio é equivocado (independentemente do critério adotado): à luz do critério hierárquico, prevalece a CF, como já demonstrado; à luz do critério temporal, a CF é posterior ao CPP e, portanto, também prevalece; à luz do critério da especialidade, há quem possa alegar a sobreposição do CPP, porém, tal entendimento incide no seguinte erro: por ser eclética, a CF também trata de normas processuais penais e, justamente por isso, novamente, prevalece (ainda que por meio do critério hierárquico, já que o da especialidade demonstra-se insuficiente em razão de ambos os diplomas abordarem a matéria processual penal).

Aparentemente, justifica-se a manutenção do viés inquisitório consagrado pelo CPP em detrimento do viés acusatório constitucional em razão da mentalidade autoritária tão arraigada às práticas sociais que, por óbvio, refletem-se no cotidiano forense.

Ademais, caminhar-se-á em direção à análise específica das previsões contidas na Constituição e no CPP, começando pela “norma fundamental hipotética” que ocupa o topo da pirâmide de Kelsen (2009, p. 247).

Quando se diz que a Constituição impõe o sistema processual penal acusatório, tal afirmação advém da seguinte percepção: o modelo acusatório pressupõe um juiz natural e imparcial, uma acusação a ser realizada com independência por um órgão distinto da figura do julgador e, derradeiramente, que seja assegurado ao réu uma defesa técnica e um tratamento correlato à sua condição de sujeito processual amparado pela presunção de inocência.

Versando sobre a posição do magistrado no processo, a Constituição é inequívoca ao estabelecer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII, CF). Por conseguinte, consagra o princípio do juiz natural e, igualmente, imparcial.

Quanto à acusação no processo penal, novamente a Constituição foi clara e atribuiu ao Ministério Público a função, dentre outras, de “promover, privativamente, a ação penal pública” (art. 129, I, CF). Logo, conferiu o poder de acusar a uma figura distinta da qual conferiu o poder de julgar.

Ora, se o texto constitucional determina que o julgamento do caso penal será realizado pelo Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, dispõe que a acusação será exercida por um órgão independente e desvinculado de qualquer dos Poderes da República, não resta dúvida: a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro impõe a separação das funções de acusar e julgar (vale dizer: tal separação há de se sustentar até o trânsito em julgado, isto é, durante toda a persecução penal).

No que se refere a outra parte do processo penal, verifica-se que a Constituição conferiu ao acusado, expressamente, “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, CF). Desta feita, assegurou o direito ao contraditório e a oportunidade de o réu resistir à acusação, tornando completa a situação jurídica processual formada por duas partes (acusação e defesa) e por um sujeito que não é parte, pois imparcial (juiz).

Tem-se, ainda, aquele que talvez seja (em uma dupla perspectiva), ao lado do direito a um julgador imparcial, o principal direito do réu no processo penal: a presunção de inocência. Na estrutura processual penal brasileira, a Constituição abraçou a presunção de inocência quando disse que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF).

Ante o exposto, resta cristalino que, em nenhum momento, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, ao longo de seus 250 artigos, adotou o princípio inquisitivo.

Ao contrário, rechaçou-o totalmente e impôs (novamente: impôs!), desde 1988, o sistema processual penal acusatório, tornando-o a regra do modelo processual penal brasileiro.

Pela condição hierárquica privilegiada e superior que a Constituição ocupa em relação aos demais atos normativos (leis, resoluções, decretos...), o correto seria que a legislação infraconstitucional fosse interpretada e aplicada à luz da regra constitucional, por meio da constitucionalização do direito positivo (jamais o contrário).

Todavia, a cultura jurídica brasileira demonstra ir na contramão do neoconstitucionalismo e resiste em se adequar ao modelo processual penal constitucional, privilegiando-se a estrutura de outrora e que já não se sustenta, no mínimo, desde 1988 (não obstante os vícios congênitos que possui desde 1941), fazendo com que o Código de Processo Penal prevaleça ao ponto de a Constituição ser lida, interpretada e aplicada a partir dele, valorizando-se aquele em detrimento desta.

Não faz sentido que a principal fonte normativa do ordenamento seja inferior a um diploma ordinário. Juridicamente, não faz. Política e socialmente, parece fazer. Autoritariamente, faz.

Enfim, o Código de Processo Penal, diferentemente da Constituição, demonstra a adoção do princípio inquisitivo. E tal constatação decorre da identificação, como já ensinaram Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Aury Lopes Jr., do núcleo fundante do sistema, que é a gestão da prova e a quem o sistema confere tal encargo: ao juiz ou às partes?

Nesse sentido, o art. 156, I e II, do CPP, admite que o juiz produza, de ofício, a prova que ele mesmo irá julgar. Não bastasse esse erro, o *caput* ainda diz que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”:

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

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

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

No que se refere ao ônus da prova, Norberto Avena adota a seguinte posição:

Tudo dependerá da natureza da alegação. Nesse contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade, de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado. (2022, p. 441).

Porém, o entendimento supramencionado não encontra guarida no modelo constitucional: ora, se a defesa está amparada pela presunção de inocência, não possui carga probatória. Consequentemente, o encargo de provar o alegado é exclusivamente do acusador, que no caso será o Ministério Público na ação penal pública e o querelante na ação penal privada. É o acusador que deve provar que o réu é culpado (e não o réu que deve provar sua inocência, sob pena de se esvaziar, completamente, a presunção de inocência que o ampara). Da mesma forma, se eventualmente o réu realiza alguma alegação, é a acusação quem deve provar sua falsidade (e não o réu sua veracidade).

Quanto à atuação *ex officio* contemplada pelo CPP, mesmo diante de sua inadequação ao sistema que advém da Constituição, parcela da doutrina venera, significativamente, tal previsão.

Julio Fabbrini Mirabete, por exemplo, afirma:

Embora o juiz não deva assumir o papel da parte acusadora ou da defesa, permite a lei que, em casos de dúvida, procure esclarecê-la determinando a realização de diligências. Essa possibilidade de o juiz, de ofício, perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo das incertezas no processo penal e facilita a busca da verdade real. O juiz pode assim determinar, à revelia das partes, a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução. (2008, p. 259).

Guilherme Nucci, na mesma linha, explana:

Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, *indicam* um sistema acusatório, mas não o impõe, pois quem cria realmente as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal. Por ora, parece nos último o poder de instrução do juiz, após o recebimento da denúncia, para aquele posto sanar suas dúvidas e formar o seu convencimento, desde que o faça com imparcialidade, qualidade essencial a atividade jurisdicional. (2022, p. 42).

Chama atenção o fato de Nucci sustentar, enfaticamente, que determinada disposição de nível constitucional cujo conteúdo tratar sobre matéria processual penal não passa de mera indicação, sob o prisma de que, nesse aspecto, a Constituição não se sobrepõe ao Código de Processo Penal e, portanto, não teria o condão de impor nenhuma regra de ordem processual:

A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde. É preciso que a legislação ordinária acompanhe esses princípios, estabelecendo ritos, procedimentos, regras, meios de prova, recursos etc. Ou que os Tribunais sigam muito mais a CF do que o Código de Processo Penal, o que não ocorre. (2022, p. 43).

Contudo, tal afirmação evidencia uma problemática contemporânea (importa ressaltar: no Brasil, ainda é um problema): crer que a Constituição (de matriz acusatória) deve se adequar ao CPP (de matriz inquisitória).

Seguramente, para além de um simples problema, apresenta-se como mais uma expressão das “metástases do sistema inquisitório” no processo penal brasileiro, como esclarece Ricardo Jacobsen Gloeckner (2021, p. 11).

Ademais, nota-se que, por admitir que o juiz assumira posição instrutória ativa, o processo penal brasileiro é inquisitório. Ou melhor: é “neoinquisitório”, na definição de Aury Lopes Jr. (2022a, p. 253).

A cena processual penal brasileira é muito bem descrita por Nereu Giacomolli:

Verifica-se um choque doutrinário e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, entre a normatividade ordinária, sufragada pelas práticas forenses de perspectiva inquisitorial e a normatividade constitucional e convencional. Embora o modelo processual, a partir de acordos internacionais ratificados pelo Brasil e da Constituição Federal seja o acusatório, a legislação ordinária e as práticas judiciais ainda persistem nas matrizes inquisitoriais e totalitárias do processo penal. (2021, p. 482).

Em suma: no Brasil, a normatização infraconstitucional é inquisitória, ao passo que a constitucional é, indubitavelmente, acusatória. Nota-se, desde já, as consequências oriundas de uma legislação emanada da década de 1940, inspirada em noções autoritárias e que não se adequam à estrutura democrática decorrente da Constituição de 1988, fruto de um notório avanço civilizatório, sendo a materialização do restabelecimento da democracia brasileira após 21 anos sob a égide de um regime de exceção, isto é, ditatorial e absolutório.

A maior parte da doutrina, por sua vez, ressalvadas as exceções, é superficial ao afirmar que a estrutura processual penal brasileira é mista (sem esquecer dos que alegam tratar-se de um sistema “acusatório formal” ou “inquisitivo garantista”, por exemplo).

Com tal postura, transmite estar conformada e acomodada com as práticas forenses nacionais, posto que tal definição não diz nada sobre o sistema e não provoca mudanças na forma por meio da qual se dá o exercício do processo penal no Brasil.

Não obstante, uma outra parcela doutrinária demonstra, por ingenuidade ou interesse, considerar suficiente que as funções de acusar, defender e julgar sejam exercidas por pessoas distintas para que a estrutura acusatória esteja plenamente configurada (fechando os olhos para as possibilidades conferidas ao juiz para que este atue de ofício no transcorrer do processo e, com isso, comprometa sua imparcialidade e, igualmente, a estrutura dialética, retirando do acusado inúmeros de seus direitos fundamentais dentro de um processo judicial).

Em resumo, ocupa posição acrítica e estéril sobre o tema, prestando infeliz contribuição à manutenção do *status quo*.

Quanto aos Tribunais e à respectiva postura adotada no que se refere à temática dos sistemas processuais penais, prevalece o entendimento inquisitório fortemente influenciado

pela cultura punitivista, bem como pelas práticas sociais autoritárias. Por óbvio, se os membros do Poder Judiciário advêm da sociedade e referida sociedade é, em sua significativa maioria, contrária a inúmeras garantias processuais penais, a consequência é lógica: grande parte dos atores do sistema de justiça criminal brasileiro fortalece o ideal inquisitório.

Dessa forma, o ciclo punitivista segue intacto e apto a reproduzir práticas judiciais adoradas por inúmeras gerações de juristas: todas elas pautadas no mito do "bem comum", do "interesse público" e, principalmente, na equivocada percepção segundo a qual garantias se confundem com impunidade, relativizando direitos fundamentais em razão de um suposto interesse social de ver o acusado punido, daí extraindo-se, ainda, a inapropriada visão utilitarista por meio da qual o processo, que deveria ser interpretado como instrumento a serviço da Constituição e de suas garantias, converte-se em obstáculo à punição imediata e efetiva.

Ainda que tardiamente, tal ciclo punitivista viu-se fortemente abalado pela Lei nº 13.964/2019, considerando as alterações realizadas no Código de Processo Penal no sentido de adequá-lo à Constituição e consolidar o sistema acusatório por meio de, dentre outras medidas, a implementação do “Juiz das Garantias”.

Assim, digno de análise é o art. 3º-A, *caput*, do CPP (incluído pela Lei nº 13.964/2019), cuja redação assim dispõe: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição probatória do órgão de acusação.”

Comprovando o que foi explanado até aqui, o processo penal brasileiro realmente é inquisitório e o legislador, ciente dessa condição, positiva as seguintes palavras: “o processo penal terá estrutura acusatória”. Ora, desnecessária seria tal previsão caso o processo já fosse desenvolvido em conformidade aos princípios inerentes ao sistema acusatório.

O *caput* do art. 3º-A veda ao magistrado, ainda, tanto a atuação de ofício quanto a realização das atividades próprias do titular da ação penal (sobre quem recai, consequentemente, o poder de acusar), sob pena de se ignorar completamente a regra (que desde 2019 decorre também da legislação infraconstitucional) segundo a qual o processo penal brasileiro há de ser, necessariamente, acusatório.

Do ponto de vista jurídico-formal, operou-se a revogação tácita de todos os artigos que, apesar de incompatíveis com a matriz acusatória, seguem no CPP, tais como: 127, 156, 196, 209, 242, 383 e 385.

É o que preconiza a doutrina processual penal crítica:

Compreenderam que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo

penal brasileiro, era necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório. (Lopes Jr., 2022a, p. 253).

Entretanto, como há muito já ensina Aury Lopes Jr., “não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura, e esse sempre será o maior desafio” (2022a, p. 255).

Não por outro motivo, o modo inquisitório de se desenvolver o processo penal no Brasil decorre da mentalidade autoritária que é tão propagada quanto glorificada na sociedade brasileira, evidenciando a imaturidade inerente a uma democracia jovem, de pouco mais de 35 anos, que ainda se demonstra vulnerável aos discursos populistas que propõem soluções simples e fáceis para questões extremamente complexas e abstrusas, relativizando direitos e garantias fundamentais em prol de um discurso que nada tem a oferecer além da ampliação do poder punitivo e, conseqüentemente, das desigualdades sociais.

Exemplo claro dessa mentalidade inquisitória é vislumbrado na decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, que suspendeu a eficácia dos artigos introduzidos na reforma de 2019, especificamente os que versavam sobre medidas inerentes à eficácia do sistema acusatório, como o juiz das garantias.

Entender as raízes do problema, bem como sua gravidade, tende a conduzir à internalização da proposta de Jacinto Coutinho, bem descrita por Aury Lopes Jr., cujo conteúdo contempla a seguinte premissa: cada sujeito do processo penal deve ocupar o seu lugar constitucionalmente demarcado, “com o MP acusando e provando (a carga da prova é dele), a defesa trazendo seus argumentos (sem carga probatória) e o juiz, julgando” (2022a, p. 254).

Tão logo, portanto, analisar-se-á o alicerce antidemocrático que serviu (e ainda serve) de base à fundação (e à manutenção) do processo penal inquisitório brasileiro.

### **3 MATRIZES INQUISITÓRIAS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

De um recorte histórico que considera a chegada dos colonizadores europeus às terras tupiniquins até o cotidiano contemporâneo, é imprescindível compreender, ainda que em caráter propedêutico, aquilo que Ricardo Jacobsen Gloeckner define como uma “genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro” (2018, p. 37).

Desta feita, considerando os limites metodológicos deste trabalho, bem como a amplitude do que se pode entender por "matrizes inquisitórias do processo penal brasileiro", optou-se por delimitar o olhar dispensado ao passado brasileiro a partir das seguintes referências: a Independência, a República e as Constituições que nesse período vigoraram, estabelecendo uma conexão específica com o processo penal, notadamente com o Código de Processo Penal de 1941.

Por certo, não há que se falar na pretensão de esgotar o tema, mas sim na genuína expectativa de bem contextualizar o pensamento processual penal brasileiro que vigorava na colônia, no Império e, finalmente, no período republicano. Sinteticamente, o objetivo é “detectar elementos que possam sugerir ou mesmo desvelar o funcionamento autoritário do processo penal brasileiro” (Gloeckner, 2018, p. 45).

Assim, ter-se-á a possibilidade de analisar, de forma técnica e vinculada tanto ao direito quanto à história, as circunstâncias que tangenciam o fenômeno da manutenção das práticas inquisitórias fortemente arraigadas no seio da sociedade brasileira e, por evidente, presentes no sistema de justiça penal.

A consequência de tal cultura inquisitória, como se verá adiante, refere-se à internalização do raciocínio autoritário e à normalização do arbítrio, relativizando direitos fundamentais e maximizando o poder de punir em benefício de um processo penal do inimigo.

Em última análise, é justamente esse raciocínio que retroalimenta o ciclo inquisitório e autoritário brasileiro, fazendo do sistema de justiça penal um terreno fértil ao cultivo da punição e à manutenção das desigualdades sociais.

### 3.1 Cultura autoritária e legitimação da barbárie

O Estado brasileiro nasce, enquanto território independente de Portugal, em 7 de setembro 1822. Logo, os vínculos de submissão que o colonialismo europeu impunha foram superados, ao menos formalmente, há pouco mais de 200 anos.

Na condição de profundo estudioso da história brasileira, Laurentino Gomes afirma que “a observação das raízes do Brasil no ano de seu nascimento como nação independente ajuda a explicar o país de hoje” (2015, p. 18).

De fato, não poderia estar mais correto: o Brasil do século XXI é herdeiro direto de barbáries que vêm sendo legitimadas, no mínimo, desde o século XVI, quando a metrópole portuguesa na América do Sul atracou. Trata-se, então, de uma tradição que ultrapassa os 500 anos.

Um exemplo didático refere-se à escravidão, que fazia parte da ideologia europeia de dominação e resistiu até 1888, quando o Brasil já era uma nação independente de Portugal há mais de meio século. Portanto, seria ingênuo supor que um país no qual o modelo escravocrata vigorou por mais de 300 anos conseguiria abandonar tal estrutura sem a permanência de abomináveis traços racistas e, notadamente, autoritários.

Daí o motivo pelo qual assiste razão à Lilia Moritz Schwarcz ao sintetizar o formato jurídico que sustentou a escravidão como sendo “a total falta de direitos de alguns ante a imensa concentração de poderes nas mãos de outros” (2019, p. 27).

Assim, considerando que a independência brasileira se deu anos após as grandes revoluções burguesas do século XVIII (é dizer: Estados Unidos, em 1776 e França, em 1789, por exemplo), indubitavelmente foi influenciada pelo movimento liberal de oposição ao absolutismo e à forma antidemocrática de se governar que, até o momento, era a regra.

Com a queda do modelo absolutista e o enfraquecimento da estrutura europeia de colonização, o constitucionalismo moderno encontra seu apogeu: a partir desse momento, os Estados que agora eram, de fato, independentes (como ocorreu com os Estados Unidos da América) e soberanos (como se deu na França) vislumbraram a necessidade de se auto-organizarem por meio de uma Constituição, que por seu turno teria a função principal de restringir o poder do próprio Estado, de modo a impedir o arbítrio de outrora.

Nesse ínterim, o constitucionalismo seria, daquilo que se extrai da lição de Flávio Martins, “o movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma Constituição” (2021, p. 40).

Sobre o constitucionalismo na Idade Moderna (de 1453 a 1789), as Constituições da Córsega, de 1755; dos Estados Unidos da América, de 1787 e da França, de 1791, são expoentes.

É relevante destacar, ainda, que a Constituição norte-americana “inaugura a ideia de supremacia formal da constituição sobre as demais leis, dando ensejo ao controle de constitucionalidade”, além de ter consagrado a tripartição dos poderes à luz da proposta de Montesquieu. Quanto à Lei Maior francesa, esta “teve como escopo principal acabar com a monarquia absolutista”, bem como prever expressamente a soberania popular e a adoção do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém estaria acima da lei, nem mesmo o rei, que agora deveria se adequar à monarquia constitucionalista. Ao menos do ponto de vista formal, tais previsões representaram uma significativa conquista social. (Martins, 2021, p. 66-71).

Naturalmente, o espírito revolucionário chegou à população brasileira. Contudo, nas palavras de Laurentino Gomes, “o que se viu em 1822 foi, portanto, uma ruptura sob controle, ameaçada pelas divergências internas e pelo oceano de pobreza e marginalização criado por três séculos de escravidão e exploração colonial” (2014, p. 329).

Nesses moldes, foi proclamada a Independência. O passo seguinte conduziu à elaboração de uma constituição que já havia sido encomendada, em junho de 1822, à Assembleia Constituinte, por D. Pedro I.

Com isso, reforça-se o raciocínio de que “esse processo de gradativa “constitucionalização do Brasil”, consistente na elaboração de atos normativos destinados a limitar o poder do Estado, confunde-se com o processo de Independência do Brasil” (Martins, 2021, p. 275).

Ademais, já em novembro de 1823, a Constituinte foi dissolvida (6 meses após sua instalação): “entre a convocação e a dissolução foram dezessete meses de tumulto, em que as paixões políticas brasileiras se expressaram pela primeira vez de forma desenfreada” (Gomes, 2015, p. 209).

Por variados motivos, mas especialmente por força da insatisfação de D. Pedro I com a almejada limitação de seus poderes consubstanciada no projeto constitucional da Assembleia, o Imperador, de modo autoritário, dissolveu a Constituinte: seguramente, foi “a primeira de muitas vezes que o parlamento brasileiro teria de se curvar às armas”, pontua Laurentino Gomes (2015, p. 216).

No que tange ao conteúdo, em apertada síntese, pode-se dizer que o texto constitucional previa, já em seus cinco primeiros artigos, que o *Brazil* era um Estado Unitário (e não uma Federação) no qual a Monarquia (e não a República) vigorava como forma de governo,

adotando como religião oficial a Católica Apostólica Romana (o Estado não era laico, mas os cidadãos brasileiros poderiam adotar religião diversa, garantindo-se a liberdade de crença e de culto no âmbito privado).

O art. 179 (vale dizer: literalmente seu último dispositivo), estabelecia um vasto catálogo de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, versando sobre direitos civis e políticos. Dentre os quais, alguns de ordem penal e processual penal: princípio da legalidade (inciso I); ninguém seria preso sem culpa formada, salvo os casos de flagrante delito (inciso VIII); vedação à prisão ilegal (inciso X); garantia do juiz natural (inciso XI); princípio da igualdade perante a lei (inciso XIII); princípio da humanidade (inciso XIX) e da intranscendência (inciso XX) das penas.

Aqui, merece destaque um questionamento acerca da hipocrisia contida no texto constitucional elaborado pelo Imperador: como conciliar a vedação às penas de caráter cruel (presente no art. 179, XIX) com a escravidão legitimada pelo nefasto racismo? A resposta passa pelas palavras de Lilia Schwarcz: “um sistema como esse só poderia originar uma sociedade violenta e consolidar uma desigualdade estrutural no país” (2019, p. 29).

Tal Constituição consagrou, inclusive, uma separação dos Poderes à brasileira (art. 10): além dos Poderes Legislativo (art. 13), Executivo (art. 102) e Judicial (art. 151), havia o Poder Moderador (art. 98), que seria exercido pelo Imperador (o “Chefe Supremo da Nação”, vai dizer o *caput*) visando a manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia entre os outros três Poderes.

Ironicamente, o Poder que, em tese, materializava o sistema de freios e contrapesos oriundo do direito estadunidense era também o Poder que estava acima de todos os outros. Mais que isso: o Imperador seria, ao mesmo tempo, competente para o exercício do Poder Moderador e para a chefia do Poder Executivo.

A opção de D. Pedro I era justamente legitimar eventuais abusos no exercício de sua função imperial: fez constar do art. 99 que sua pessoa seria inviolável, sagrada e irresponsável, no sentido de que, em nenhuma hipótese, seria responsabilizado por suas condutas. Assim, ele tudo poderia fazer e por nada seria responsabilizado, já que isento de responsabilização por força da norma constitucional.

Em 25 de março de 1824, o Imperador outorgou sua Constituição e, nesse mesmo dia, pode-se dizer que o Brasil perdeu uma grande oportunidade democrática.

Perdeu-se a chance de fazer nascer, no *Brazil*, um Brasil mais digno.

Faltou à Constituição, no mínimo, cinco aspectos absolutamente relevantes: ter sido promulgada; ter estabelecido a República; ter adotado o sufrágio universal; ter consagrado a tripartição democrática dos Poderes e, principalmente, ter abolido a escravidão.

A primeira Constituição brasileira “é obra da vontade de um homem só, o rei. E, por mais avançada que tenha sido, nela o povo nunca se reconheceu”, conclui Laurentino Gomes (2015, p. 219).

Os anos se passam e a Monarquia, já comandada por D. Pedro II desde 1840, perde força entre aquela que sempre foi (e continua sendo) uma espécie de “poder não declarado” no Brasil: a elite dominante.

O conflito de interesses decorria, resumidamente, de três fatos: a participação do Brasil na Guerra do Paraguai, o casamento da Princesa Isabel (filha de D. Pedro II e sucessora do trono) com um francês e a abolição da escravidão.

A Guerra do Paraguai, que começou em 1864, durou 6 anos e levou à extinção de metade da população paraguaia, representando o maior conflito da história da América do Sul. Como consequência da guerra, a insatisfação dos militares aumentou:

(...) nos anos finais da Monarquia, os militares sentiam-se frustrados, mal recompensados, desprestigiados pelo governo. Reclamavam dos soldos, congelados havia muitos anos, da redução dos efetivos das Forças Armadas depois da Guerra do Paraguai, da demora nas promoções, da falta de modernização dos equipamentos e regulamentos. (Gomes, 2013, p. 179).

Também em 1864, o casamento da Princesa Isabel com um estrangeiro gerou, na sociedade como um todo, o sentimento de apreensão: “os defensores da República apontavam que a morte do Imperador colocaria em risco a soberania do Brasil, que poderia ceder aos interesses estrangeiros” (Martins, 2021, p. 286).

Em que pese a relevância dos fatos anteriormente abordados, é seguramente a abolição da escravidão, em 1888, que torna insustentável a manutenção da Monarquia: a elite dominante, “proprietária” de inúmeros escravos, revoltou-se com a medida, chegando a alegar, inclusive, que seu patrimônio havia sido tomado indevidamente pelo Estado e que, por isso, deveria ser indenizada. É o que Flávio Martins descreve: “com o fim da escravidão, a elite agrícola, que apoiava a Monarquia, indignou-se com o Imperador por “perder sua propriedade” sem direito à indenização” (2021, p. 286).

Nos dizeres de Laurentino Gomes, “o ambiente de expectativas frustradas favorecia o clima de indisciplina e revolta” contra a Monarquia entre os militares, que após a abolição da escravidão, conquistaram o apoio da elite, que era absolutamente favorável ao sistema escravocrata (2013, p. 179).

Não por outro motivo, os militares tomariam o poder do Imperador D. Pedro II, em 15 de novembro de 1889: a República “foi estabelecida por um golpe militar com escassa e tardia participação das lideranças civis” (Gomes, 2013, p. 18).

Com a imposição antidemocrática dessa nova forma de governo, o Governo Provisório determinou a elaboração de uma nova Constituição, pois determinados preceitos do texto constitucional de 1824 já não se adequavam à visão daqueles que agora detinham o poder (como a previsão acerca da Monarquia, por exemplo).

Em junho de 1890, a Assembleia Constituinte foi convocada e, dessa vez, resistiu às tentativas de interferência autoritárias advindas do Marechal Deodoro da Fonseca (o futuro primeiro Presidente da República).

Finalmente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 1891. A seguir, um breve passeio por seu texto:

Logo em seu art. 1º tratou de consagrar a República Federativa, tornando evidente tanto a alteração na forma de governo quanto na forma de Estado, que de Unitário converteu-se em Federação.

No que se refere ao sistema de governo, fixou o presidencialismo (e não o parlamentarismo), cujo mandato seria de 4 anos (sem possibilidade de reeleição imediata), nos moldes do art. 43, admitindo também o *impeachment* do Presidente da República por crime de responsabilidade, conforme art. 53.

Quanto à religião, o Estado agora era laico, nos termos dos arts. 11, § 2º e 72, §§ 3º e 7º. Por essa razão, “de todas as Constituições brasileiras, é a que mais evidenciou a separação entre Estado e Igreja” (Martins, 2021, p. 288).

No campo dos direitos e garantias fundamentais (art. 72), mormente os que se conectam ao processo penal, consagrou, a título de exemplo, o direito à defesa plena (inerente à democracia) e ao *habeas corpus* (com uma vasta amplitude, pois tutelava tanto o direito de locomoção quanto qualquer ilegalidade ou abuso de poder).

Avançou, ainda, ao extinguir a figura do Poder Moderador e, dessa forma, estruturou uma correta tripartição dos Poderes em seu art. 15, tratando o Legislativo (art. 16), o Executivo (art. 41) e o Judiciário (art. 55) como órgãos da soberania nacional, independentes e harmônicos entre si.

Até aqui, descreveu-se a República sob a perspectiva daquilo que ela, teórica e democraticamente, deveria ser.

Entretanto, as velhas práticas insistiam em resistir: “o antigo sistema de toma lá da cá, inaugurado por dom João na chegada da corte ao Brasil mediante a troca de privilégios nos negócios públicos por apoio ao governo, manteve-se inabalável” (Gomes, 2013, p. 380).

Os militares mantiveram-se no poder desde o primeiro momento da República e por lá se alternaram até 1894, quando um civil (Prudente de Moraes) foi eleito Presidente pela primeira vez. Antes disso, porém, em 25 de fevereiro de 1891, no dia seguinte à promulgação da Constituição, o Marechal Deodoro da Fonseca foi eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, tendo como vice o Marechal Floriano Peixoto.

Com isso, já em novembro de 1891, o Presidente comprovou que o ideal autoritário seguia vivo:

No chamado Golpe de Três de Novembro, três semanas antes da renúncia, Deodoro mandara publicar dois decretos que, na prática, colocavam o país sob o tacão da ditadura militar. O primeiro dissolvia o Congresso. O segundo instaurava o estado de sítio, pelo qual ficavam suspensas todas as disposições da nova Constituição republicana relativas aos direitos individuais e políticos. A partir daquele momento, qualquer pessoa poderia ser presa sem direito a *habeas corpus* ou defesa prévia. (Gomes, 2013, p. 346).

Na prática, “ao longo dos primeiros 41 anos (1889-1930) da chamada República Velha, a participação ativa do povo, como eleitorado, foi irrisória”, afirma Pedro Malan (2019, p. 16).

Em suma, República começou com um golpe e com menos de 10 anos já havia passado por momentos absolutamente instáveis, tendo resistido em um formato específico (a “política dos governadores” e a “política do café com leite”, associadas à fraude eleitoral institucionalizada, foram fundamentais para a manutenção do poder exercido por oligarquias oriundas da elite agrária) até 1930, quando, para variar, um novo golpe é dado e Getúlio Vargas toma o poder para si.

O golpe de 1930 daria início a um regime de exceção na República: a Era Vargas, uma ditadura que perduraria até 1945. Nesse período, o Brasil teve 2 Constituições: uma foi promulgada em 1934 e a outra foi outorgada em 1937. Antes, porém, da Constituição de 1934 ser promulgada, Vargas expede o decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930.

Por meio desse decreto, instituiu o Governo Provisório, de forte ideologia autoritária, como demonstram determinados artigos: o art. 1º permitia que Vargas exercesse as funções de Chefe dos Poderes Executivo e Legislativo; o art. 2º dissolveu o Poder Legislativo de todos os entes políticos; os arts. 4º e 5º mantinham a vigência da Constituição de 1891, mas restringiam significativamente o seu alcance, pois suspendiam as garantias constitucionais.

Nos termos finais do *caput* do art. 1º de tal decreto, o Governo Provisório seria exercido até o momento em que uma Assembleia Constituinte fosse eleita para a elaboração de uma nova Constituição.

Referida Assembleia Constituinte, por sua vez, só foi instalada em 1933, após o término da chamada “Revolução Constitucionalista”, ocorrida em 1932, na qual a população paulista se insurgiu contra o governo provisório golpista de Getúlio Vargas e buscava, desde já, a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte (Martins, 2021, p. 292).

A Constituição seria promulgada em 16 de julho de 1934 e entraria para história do constitucionalismo brasileiro como uma das mais liberais, especialmente por ter previsto, pela primeira vez, direitos sociais, isto é, direitos fundamentais de segunda dimensão.

No entanto, é oportuna a colocação de Flávio Martins ao dizer que, por mais democrática que fosse, “a Constituição de 1934 não teve o condão de impedir o futuro tenebroso que estava por vir” (2021, p. 297).

Para se ter noção, a redação do art. 52 era clara ao definir que o mandato presidencial seria de 4 anos e que a reeleição imediata não era permitida. Desta feita, Getúlio Vargas deveria assumir a Presidência da República em 1934 e entregá-la em 1938, ao final de seu mandato, àquele que fosse legitimamente eleito. Todavia, essa eleição sequer ocorreu.

E não ocorreu porque Vargas, por meio da disseminação de notícias falsas (valendo-se daquilo que atualmente se entende por “fenômeno das *fakes news*”), “criou um estopim para implantar um regime de exceção: o Plano Cohen, um documento feito por um capitão, membro do Serviço Secreto, para simular uma revolução comunista no Brasil”, explica Flávio Martins (2021, p. 298).

Característica clássica do fascismo, Vargas alimentou, na sociedade brasileira da década de 1930, o medo, o ódio e a histeria coletiva para, posteriormente, apresentar a solução milagrosa a um problema que sequer existia. Outrossim, conseguiu atingir seu objetivo quando “mandou cercar a Câmara, impôs o recesso ao Poder Legislativo e outorgou a nova Constituição”(Martins, 2021, p. 298).

A ditadura do Estado Novo começa com a outorga da Constituição, em 10 de novembro de 1937. E aqui tem-se uma forte relação com o processo penal autoritário que segue sendo praticado no Brasil de 2023, afinal o mentor intelectual da Constituição de 1937 é o mesmo do Código de Processo Penal de 1941: Francisco Campos, que à época era o Ministro da Justiça.

Considerando que os anos nos quais a Constituição Polaca (doutrinariamente assim apelidada por ter sido inspirada na autoritária Constituição polonesa, de 1935) esteve em vigor se passaram em uma ditadura, as garantias fundamentais do indivíduo, embora previstas,

representavam a letra morta da Constituição. Ou seja, as irrisórias garantias “foram preservadas apenas formalmente e de fato ignoradas pelo poder da força é um problema”, segundo Marcelo Fernandez Trindade (2019, p. 100).

Didaticamente, três aspectos corroboram o autoritarismo ideológico que norteava o Estado Novo: o preâmbulo, os decretos-leis e o art. 187.

O preâmbulo dizia, em resumo, que a nova ordem constitucional estava sendo outorgada em razão do “estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda”. Não bastasse tal justificativa mentirosa, a solução apresentada é ainda mais assustadora, pois a conclusão a que chegaram era a de que a situação brasileira exigia “remédios de caráter radical e permanente”.

Tais remédios radicais e permanentes, por óbvio, representavam uma expressão eufemística que fazia referência à ditadura recém instaurada após o novo golpe de Vargas.

O “decreto-lei” (arts. 12 e 13) nada mais era do que um instrumento legislativo (criado pela Carta de 1937) do qual poderia se valer o Presidente da República quando o parlamento estivesse em período de recesso ou dissolução (em tempo: tal possibilidade constitucional de dissolução é, no mínimo, bizarra). O limite temporal é relevante, pois demarca o exato momento no qual os decretos-leis poderiam ser expedidos. O problema é que, aquilo que em qualquer país civilizado é uma exceção (Poder Legislativo sem poder de legislar), no Brasil de 1937 era a regra, por força do art. 178, que dissolveu expressamente o Poder Legislativo.

Para que fique claro: o texto constitucional de 1937 prevê a tripartição dos Poderes, define as atribuições e as competências de cada Poder e, ao mesmo tempo, após destrinchar o âmbito de atuação, dissolve o Poder Legislativo. Assim, o Presidente poderia governar por meio da expedição de quantos decretos-leis julgasse necessário, tendo a certeza de que tais atos normativos sequer seriam objetos de controle (seja ele prévio ou posterior).

Alguns decretos-leis, apesar de terem sido expedidos durante a ditadura do Estado Novo, seguem em vigor até hoje. É o caso do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941): leis (em sentido amplo) aprovadas enquanto o Congresso Nacional estava fechado e, por isso, refletem o modelo autoritário vigente, motivo pelo qual carecem de legitimidade democrática, apesar de recepcionados pela atual Constituição, pois materialmente compatíveis com o texto constitucional de 1988.

O art. 187, por sua vez, dizia que um plebiscito seria realizado e, após o resultado, a promessa era a de que o povo teria, de fato, poder de decisão sobre os rumos do país, por meio

da realização de eleições (ora diretas, ora indiretas). Sem surpresa, esse plebiscito nunca foi realizado e o povo, por certo, teve apenas uma opção: submeter-se ao autoritarismo ditatorial.

Portanto, pode-se dizer que, ao longo de seus 15 anos, a era Vargas possuiu três momentos singulares: Governo Provisório, de 1930 a 1934; Governo Constitucional, de 1934 a 1937; Estado Novo, de 1937 a 1945. Em todo eles, porém, a cultura autoritária esteve sempre presente.

Superada a ditadura vivenciada no Estado Novo, a democracia brasileira seria restabelecida por meio da promulgação da Constituição de 1946.

Ademais, partindo da premissa de que os anos que antecederam o atual CPP foram descritos sob o prisma constitucional, importa tecer comentários acerca da situação processual penal brasileira propriamente dita no recorte histórico até aqui explorado: partindo da Colônia portuguesa, passando pela Monarquia independente de Portugal e chegando à República, especificamente até o ano de 1941.

### 3.2 Processo penal do inimigo e punitivismo

Sendo o Brasil uma Colônia de Portugal, é natural que sofresse influências de sua Metrópole em inúmeras estruturas sociais, jurídicas e políticas. Dentre as estruturas jurídicas, a maior influência advém do inquisitivo processo penal português, então regido por Ordenações (Afonsinas, em 1446; Manuelinas, em 1521; Filipinas, em 1603).

Tais Ordenações, curiosamente, trataram do processo penal em seu Livro V, “notando-se neste a decisiva influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial”, pontua José Frederico Marques (2000, p. 95-96).

Para que se compreenda:

Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário, com regras processuais inquisitivas consubstanciadas sobretudo nas tristemente famosas inquirições devassas. (Marques, 2000, p. 96).

A partir de 1789, como todo sistema processual penal inquisitório vigente na Europa, o português também sofreu os impactos da Revolução Francesa, que intensificou “a propagação dos ideais humanitários da Justiça Penal” (Marques, 2000, p. 101).

Já em agosto de 1822, tais reações ao sistema inquisitivo se materializaram no Brasil após D. Pedro determinar que os juízes criminais voltassem os olhos para a Constituição portuguesa, datada de 1821, no tocante à aplicação da lei processual penal.

As consequências aos acusados foram positivas, pois desse momento em diante tornaram-se titulares de garantias até então desconhecidas no território das práticas processuais penais brasileiras: “nenhum indivíduo deve ser preso sem culpa formada; lei alguma, notadamente a penal, será imposta sem absoluta necessidade; toda a pena deve ser proporcionada ao delito e nenhuma deve passar na pessoa delinquente” (Marques, 2000, p. 101).

Até essa determinação de D. Pedro, vigoravam no Brasil as inquisitórias Ordenações portuguesas, especificamente as Filipinas, de 1603. Nesse sentido, é inequívoco o avanço processual advindo da medida imposta pelo futuro Imperador.

O primeiro diploma processual penal produzido pelo Brasil independente remonta ao Código de Processo Criminal de 1832, que foi elaborado em observância aos preceitos da Constituição Política do Império, que era, ao menos formalmente, extremamente liberal (sem esquecer, porém, das previsões antidemocráticas já abordadas anteriormente).

De todo modo, por ter consagrado variados preceitos que, à época, tutelavam aquilo que hoje se entende, de forma ampla, por “dignidade da pessoa humana”, a Constituição de 1824 garantiu, no Brasil, a ascensão de “todas as idéias liberais que vinham de substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo” (Marques, 2000, p. 102).

Tão logo, o campo processual penal absorveu tais premissas constitucionais:

Com a fundação do Império, abre-se, para o nosso processo penal, um período de reação às leis opressoras e monstruosas da monarquia portuguesa, e do qual o Código de Processo Criminal, de 1832, constitui o diploma legal culminante mais expressivo, síntese que é dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação. (Marques, 2000, p. 102).

Todavia, o “movimento de sabotagem inquisitória”, na expressão de Alexandre Morais da Rosa, desde já apareceria, pois em menos de 10 anos de vigência o Código passaria pela reforma de 1841, que alteraria significativamente sua estrutura e revitalizaria a mentalidade inquisitória: “a lei de 3 de dezembro procurou, por isso, criar um aparelhamento policial altamente centralizado e armar, assim, o governo de poderes suficientes para levar a bom termo a tarefa a que se propunha, de tornar efetiva a autoridade legal” (Marques, 2000, p. 104).

No entendimento de Frederico Marques, “o defeito dessa lei não está nos artigos que estabelecem os trâmites do processo criminal, está na organização política que deu ao Poder Judiciário, subordinando-o ao Governo e absorvendo-o” (2000, p. 105).

Na prática, a lei de 3 de dezembro de 1841 permitia que a polícia exercesse funções típicas do Poder Judiciário, privilegiando-se o autoritarismo e esvaziando diversas garantias de outrora. Nesses moldes, resistiu até 1871, quando uma nova reforma processual ocorre e determina a separação entre a polícia e o Poder Judiciário, preservando a autonomia e a independência de ambos.

Até então, vigorava no *Brazil* uma unidade processual, isto é, havia uma única lei processual penal, que produzia efeitos em todo o território nacional, notadamente por se tratar de um Estado Unitário. Entretanto, esse cenário muda significativamente após a República, especificamente após a promulgação da Constituição de 1891, cujo texto estabeleceu que os Estados da Federação teriam competência para legislar sobre matéria processual penal.

O problema de tal sistemática refere-se à insegurança jurídica que promovia, pois o processo penal de um Estado divergia do de outro: “postos em vigor vários códigos estaduais, os mais diversos princípios foram adotados. Enquanto alguns códigos se mantinham fiéis àqueles postulados jurídico-processuais, outros deles se afastaram” (Marques, 2000, p. 108).

A solução à insegurança jurídica chega somente com a Constituição de 1934, que restabeleceu o regime da unidade processual, segundo o qual haveria um único Código de Processo Penal, a ser aplicado em todo o território nacional.

Esse Código chega em 1941, na forma de um Decreto-Lei (nº 3.689), durante o Estado Novo, que tem como pai intelectual o Ministro da Justiça Francisco Campos e como grande inspiração o *Codice Rocco*, de 1930, que regulamentava o processo penal na Itália fascista de Mussolini.

Aqui reside, indubitavelmente, a matriz inquisitória que até hoje desenha os contornos do processo penal brasileiro.

Destarte, as palavras de James Goldschmidt elucidam, de forma brilhante, a situação do processo penal diante da política criminal dominante em um determinado Estado, bem como diante da respectiva Constituição que organiza e limita o poder estatal:

“Os princípios da política criminal de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição” (2018, p. 67).

Na sequência, Aury Lopes Jr. traduz o raciocínio de Goldschmidt:

A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo. (2022a, p. 36).

Ora, se a Constituição de 1937 era autoritária e ditatorial, partindo da lógica estabelecida por Goldschmidt, inevitavelmente o Código de Processo Penal seria igualmente autoritário, pois projetado como instrumento a serviço da máxima punição (e não como garantidor da dignidade inerente a todo e qualquer indivíduo).

Segundo Geraldo Prado, não há como desconsiderar que o Código “é fruto do processo penal do Estado Novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas”, de modo que “supor generosidade, espírito científico ou público em regimes ditatoriais significa desconhecer a lógica que domina o manejo, a manipulação do Sistema de Justiça Penal em tais circunstâncias” (2006, p. 140).

O Estado Novo entendia que o controle do comportamento social poderia ser realizado por meio do sistema de justiça criminal. Com isso, o punitivismo encontra guarida no processo penal do inimigo, apegando-se ao ciclo de retroalimentação do “paradigma da necessidade de

combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade” (Giacomolli, 2016, p. 84).

Sobre as consequências desse modo de pensar, Nereu Giacomolli afirma: “o reflexo no processo penal foi a neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado e do poder acusatório, persecutório e punitivo” (2016, p. 84).

Nesse ínterim, o processo penal do inimigo resta codificado e em seu texto glorifica o raciocínio punitivista, cujo objetivo principal consiste no alcance da verdade real (material ou substancial) que, inexoravelmente, fará resplandecer a certeza da condenação.

Para alcançar a verdade real, atribui ao réu a presunção de culpabilidade. Às partes, notadamente à acusação, resguarda a liberdade das provas. Ao magistrado, assegura o livre convencimento.

Some-se a essa estrutura outros três importantes fatores: o contraditório é deformado, o ônus da prova é invertido e as nulidades restaram-se mitigadas.

O objetivo, inegavelmente, era lograr o êxito processual que, por se tratar de uma matriz ideológica fascista e punitivista, somente se satisfaz com a condenação.

Neste momento, esse modelo processual permanece, em seu núcleo, intacto: no Brasil, o sistema inquisitório vive, com essa roupagem, há mais de 80 anos.

Sinteticamente, essa é a compreensão de Ricardo Jacobsen Gloeckner, que passa a ser analisada, de forma específica e detalhada, conjuntamente à Exposição de Motivos assinada por Francisco Campos, cujo conteúdo “representa a melhor, mais bem elaborada e franca expressão das bases ideológicas, políticas e filosóficas que governariam o diploma processual” (2018, p. 383).

### 3.3 A problemática Exposição de Motivos

O que se verá a seguir representa a externalização da ideologia autoritária que permeava a cognição de Francisco Campos, para quem a razão de ser do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 (e de 2023, pois vigente, ainda que retrógrado) foi consubstanciada em uma Exposição de Motivos composta por dezoito itens que, apesar de breves e sucintos, tão cedo confessam a inspiração fascista e o objetivo autoritário.

Não se trata de um devaneio, tampouco de eventual hipérbole: segundo o próprio Alfredo Rocco, então Ministro da Justiça de Mussolini, o Código de Processo Penal italiano de 1930 era “o mais fascista dos códigos”.

Se o próprio idealizador do Código italiano assumiu sê-lo fascista, não há dúvida de que a intenção de Francisco Campos era reproduzir o modelo de sua referência no Brasil. Não há que se falar em mera coincidência. Francisco Campos, na condição de Ministro da Justiça de Vargas durante a ditadura do Estado Novo (tendo elaborado a Constituição de 1937, inclusive), sabia exatamente o que estava fazendo: pretendia concretizar o processo penal do inimigo à brasileira (e assim o fez).

É o que se extrai de sua própria escrita, registrada no Item II da Exposição de Motivos, que versa sobre a reforma do processo penal vigente:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.

Traduzindo: o Estado elegeu o processo penal como o instrumento por meio do qual exerceria o poder de punir, estruturando o processo penal brasileiro de modo a privilegiar o interesse punitivo em detrimento das garantias fundamentais. O objetivo era “assegurar maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”.

Estipulou-se um arcabouço legislativo destinado a promover a condenação, fazendo com que o processo já não mais fosse uma garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal, mas sim uma garantia do Estado no exercício do arbítrio contra o indivíduo, aquele mero objeto que julga ser um sujeito titular de “pseudodireitos”.

Ao tratar direitos e garantias do acusado como “favores”, faz resplandecer a já denunciada equivocada percepção por meio da qual se interpreta a garantia processual como sinônimo de impunidade e, mais que isso, como “estímulo à expansão da criminalidade”, criando-se “um discurso que legitima a punição pela necessidade de manter/reforçar a confiança na lei e no sistema jurídico-penal” (Lopes Jr., 2022b, p. 989).

De acordo com Gloeckner, “a seguir-se tal concepção, o processo passa a ser visto unicamente como um obstáculo à efetivação da pena, sendo os princípios e garantias fundamentais meros estorvos à eficiência do instrumento penalizador” (2017, p. 77).

Curiosamente, Francisco Campos considera que o fato da lei processual assegurar ao réu o direito de defesa como indisponível e consagrar a estrutura processual formada por três sujeitos processuais distintos (*actum trio personarum*) seria, por si só, capaz de imunizar o Código às críticas. Erro crasso, pois de nada servem tais previsões quando a prática é regida pelo princípio inquisitivo.

Ironicamente, na tentativa de isentar sua obra de qualquer vestígio autoritário, acaba por se valer das palavras do fascista Rocco:

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

Ademais, quanto aos institutos processuais propriamente ditos, a manutenção da investigação preliminar (leia-se: do inquérito policial) foi justificada no Item IV da Exposição de Motivos:

(...) há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.

Sobre o tema, Francisco Campos provoca: “por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?”.

A resposta passa pela análise das funções não declaradas da investigação preliminar: “auxiliar o magistrado na construção da decisão judicial” e autorizá-lo a “formular juízos em torno dos elementos informativos”, amparando-se nos princípios do livre convencimento

motivado e da liberdade probatória, respectivamente e, em qualquer caso, na mitológica verdade real (Gloeckner, 2018, p. 395).

Ora, essa não é a finalidade adequada aos elementos informativos do inquérito. Estes, por certo, devem apenas servir à formação da *opinio delicti* daquele que é o titular da ação penal, detentor do poder de acusar. Assim, ao conferir à investigação preliminar o condão de influir na formação da opinião do julgador, que deve pautar sua decisão em atos de prova (e não de investigação), promove-se a deformação do contraditório.

Em outros dizeres: os atos de investigação “servem para formar um juízo de probabilidade, e não a convicção do juiz para o julgamento”, pois “não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese”; os atos de prova “dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final”, afinal “estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação” (Lopes Jr., 2022b, p. 422).

Ademais, Aury complementa:

Partindo dessa distinção, conclui-se facilmente que o inquérito policial somente gera *atos de investigação* e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo. (...) Somente são considerados atos de prova e, portanto, atos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal. (2022b, p. 423).

Para Ricardo Jacobsen Gloeckner, esse é o itinerário autoritário que deturpa categorias tão caras ao processo penal democrático que se vislumbra:

Desta maneira, o código se encarregou de construir um sistema que imunizaria o contraditório futuro. Os elementos decisivos estariam sendo produzidos em plena investigação preliminar, cuja função declarada seria aquela de oferecer indícios para possibilitar o embasamento da denúncia. Mas que na sua operatividade concreta, no que concerne às suas funções não declaradas, estaria a garantir determinados “usos probatórios”, que podem ser interpretados como “dações de sentido ou empréstimos de valor probatório àquilo que, em não sendo efetivamente prova, passa a valer enquanto tal”. (2018, p. 397).

O princípio da liberdade probatória (ou liberdade das provas), festejado por representar a superação de um medieval sistema de provas tarifadas (no qual vigorava a certeza legal e nada valeria mais do que a confissão), foi utilizado para justificar uma atividade probatória ampla e irrestrita, já que qualquer prova apta a conduzir à verdade real seria útil, inclusive aquela produzida de ofício pelo magistrado. “A coleta das provas, portanto, não estaria sujeita a nenhum resquício de limitação, podendo o juiz, para formar o seu convencimento, produzi-las de ofício se necessário” (Gloeckner, 2018, p. 406).

É o que se extrai do Item VII: “o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença”.

Adiante, já se percebe a “crença na bondade dos bons”:

(...) Nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência.

Tais trechos são bastante interessantes porque demonstram, de forma clara, a migração de um extremo ao outro no que tange aos sistemas de valoração das provas: admitindo-se como inadequado o sistema da certeza legal, o juiz foi “restituído a sua própria consciência”. Porém, o modelo que estabelecia uma hierarquia entre as provas era tão ruim quanto o modelo que garante ao juiz um vasto campo discricionário, no qual sequer precisa fundamentar sua decisão, bastando sua íntima convicção.

Por exigir que o juiz fundamentasse suas decisões, tem-se que o sistema recepcionado pelo Brasil foi o do livre convencimento motivado: exige que o juiz motive suas decisões, embora possa ser livre durante o exame das provas e a formação de sua convicção (formando-a, inclusive, com base nos elementos da investigação preliminar e, portanto, deformando o contraditório). Para Francisco Campos, tal exigência de fundamentação seria uma “suficiente garantia do interesse das partes e do interesse social”, apta a legitimar a sistemática processual.

Quanto à expressão segundo a qual “o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção”, Aury Lopes Jr oferece sua contribuição:

Essa ambição (quase infantil) por “segurança” e “plenitude” contribui para a constituição do *juiz infalível* como substituto do pai, capaz de determinar com pleno acerto o que é justo e o que é injusto. Mas também, por outro lado, cria todas as condições necessárias para o desenvolvimento de patologias judiciais, pois empurra o juiz para o lugar de semideus, com a agravante da crença na “bondade dos bons”. (...) É elementar que a administração da justiça não pode depender da *bondade*, do bom senso ou de qualquer outro tipo de abertura axiológica desse estilo para legitimar o exercício do poder. (2022b, p. 988).

Toda essa estrutura foi inspirada por aquilo que Salah H. Khaled Jr. (2020) chamou de “ambição de verdade”. Nesse sentido, a busca pela verdade real no processo penal brasileiro apresenta seu fundamento inquisitório nas palavras de Francisco Campos, ainda no Item VII da Exposição de Motivos:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

Inquisitório em grau máximo: o juiz teria plenos poderes, podendo atuar de ofício e, inclusive, buscar pela prova que julgasse ser necessária ao “esclarecimento da verdade”, pois sua posição no processo já não seria a de um “espectador inerte na produção da prova”.

Essa sistemática serve tão bem aos anseios punitivistas que foi instituída na década de 1940 e segue intacta há mais de 80 anos, devidamente resguardada pelo art. 156, do CPP, cuja redação original dizia que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Atualmente, a redação do art. 156 é ainda pior, pois o agir de ofício que antes só poderia ser empregado “para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, desde 2008 pode ser também invocado para a “produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

Conforme Aury Lopes Jr, basta questionar:

O que é uma prova urgente e relevante? Aquela que o juiz quiser que seja. E a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, quem afere? O mesmo juiz que determina a sua produção. Essa é a circularidade inquisitória clássica, que se quer abandonar. (2022a, p. 255).

Inegavelmente, aponta Gloeckner (2018, p. 417), tal “característica da inquisitorialidade não era vista como uma faceta negativa” por Francisco Campos, que cultivava “o anseio mítico pelo juiz justiceiro, que faça justiça mesmo que o acusador não produza prova suficiente”, nos termos da doutrina de Aury Lopes Jr. (2022a, p. 254).

Prova do tal “anseio mítico pelo juiz justiceiro” reside, por exemplo, no Item XII da Exposição de Motivos, que em consonância ao agir *ex officio* admite tanto a condenação por crime diverso daquele eventualmente descrito na acusação (art. 383, do CPP) quanto a condenação mesmo diante do pedido de absolvição do Ministério Público (art. 385, do CPP).

Francisco Campos, valendo-se de sua lógica inquisitória, justifica tais institutos ao dizer que “o interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos”, demonstrando de forma cristalina que no processo penal brasileiro não vigora o princípio da correlação entre acusação e sentença, “o que garantiria um julgamento não

adstrito aos termos da imputação”, viabilizando as condenações interessantes ao projeto punitivo (Gloeckner, 2018, p. 433).

O poder *ex officio* conferido ao magistrado ocasiona, ainda, o esvaziamento do *in dubio pro reo* e, conseqüentemente, da presunção de inocência, por força dos seguintes dizeres: “enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”.

Dessa forma, “seria justamente o *in dubio pro reo* sacrificado por esta compreensão de processo penal, já que o dever de esgotar os meios e fontes de prova impulsionaria o magistrado evitar a absolvição baseada em tal critério” (Gloeckner, 2018, p. 417).

A verdade real é “o significante reitor na organização do sistema”, que “não se contenta com o produzido pelas partes”. Conseqüência: “deve o juiz lançar-se em busca da verdade”. Institucionalizava-se, dessa forma, o “poder-dever inquisitivo atribuído ao juiz”, conduzindo à “hiperatividade instrutória do magistrado” (Gloeckner, 2018, p. 419).

No que se refere à presunção de inocência, da Exposição de Motivos ao último artigo do Código, não se encontrará nenhuma menção ressaltando a adoção desse que é um dos princípios intrínsecos ao processo penal acusatório.

O motivo é simples: o Código é inquisitório e, nesse sentido, a única “presunção” que adotaria seria a “de culpa”. Inexoravelmente, tal posição decorre, também, da devoção à verdade real.

Sendo o objetivo da lei processual penal brasileira maximizar a punição, assegurando ao magistrado a gestão da prova e praticamente o equiparando à acusação, é evidente que um princípio como o da presunção de inocência não agregaria nada ao sistema: “a crítica tecnicista, desde um discurso esotérico, promoveu uma espécie de incompatibilidade lógica entre a presunção de inocência e o processo penal” (Gloeckner, 2018, p. 424).

Segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner, trata-se de uma “característica que mais flagrantemente denota um regime autoritário de processo penal: a expulsão da presunção de inocência” (2018, p. 423).

Os reflexos da não consagração da presunção de inocência na estrutura processual penal são inequívocos: banalização das prisões cautelares, indevida compreensão do ônus da prova no processo penal e resistência ao *in dubio pro reo*. Nestes termos, concretizou-se uma tripla violação à presunção de inocência, posto desconsiderar suas três dimensões processuais: regra de tratamento, regra probatória e regra de julgamento.

A banalização das prisões cautelares faz com que o réu, em regra, deva estar preso durante todo o processo. Os argumentos se pautam na retórica autoritária segundo a qual, por

meio das prisões cautelares, o interesse público estaria sendo preservado, vislumbrando-se, ainda, três garantias advindas da prisão (inclusive estendendo-se, por meio de um malabarismo hermenêutico, tais garantias ao próprio réu, como se a prisão lhe trouxesse alguma vantagem):

Sobre a primeira faceta, de constituir-se como “segurança”, a sua função seria a de evitar que o acusado continuasse perpetrando crimes e também de que pudesse ser vítima da vingança popular, do próprio ofendido ou de sua família. Percebe-se, neste ponto, novamente a inversão valorativa comum à retórica de MAZINI e ROCCO: uma prisão para se “proteger o imputado”. O segundo caso seguiu uma garantia contra a fuga do acusado. Por fim, na terceira hipótese, trata-se de uma garantia da instrução processual, que teria por finalidade evitar o desaparecimento de provas, com o suborno de testemunhas, ocultação de vestígios etc.: “ela é, assim, providência de segurança, garantia de execução da pena e meio de instrução”. (Gloeckner, 2018, p. 404).

Era essa a visão de Francisco Campos, adepto à presunção de culpabilidade, como se verifica no Item VIII da Exposição de Motivos:

O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendido na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.

No Item II, Francisco Campos também se debruça sobre as prisões cautelares e mais uma vez faz resplandecer sua vocação ao autoritarismo:

É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.

Sobre tal linha de raciocínio (especificamente sobre a tal “elasticidade” da prisão), os escritos de Nereu Giacomolli são absolutamente pertinentes: “nessa perspectiva, o pensar e o agir refletem uma concepção de que o imputado já nasce culpado. Por isso, a prisão processual é a regra e, se for acusado é porque alguma infração cometeu, devendo ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova” (2016, p. 86).

Em síntese: a prisão era concebida como “um instrumento que deveria restaurar a autoridade da lei” (Gloeckner, 2018, p. 402).

Ora, se o réu era presumidamente culpado, é óbvio que a acusação é presumidamente verdadeira. Logo, fatalmente se tem a indevida compreensão acerca do ônus da prova, afinal, sendo considerado culpado, deve o réu provar sua inocência.

Dessa forma, rica é a fala de Gloeckner:

O ônus da prova consiste em mais uma das transposições herdadas pelo liberalismo conservador brasileiro, tendo por sustentáculo premissas oriundas da escola histórica

transportadas ao juspublicismo. A perspectiva civilista, mas com roupagens publicistas, implicava na assunção de que à cada uma das partes competiria a prova de certos elementos. (...) A exclusão da presunção de inocência e inclusive, a sua inversão, gerando à presunção de culpabilidade ficam evidenciadas quando se analisa o discurso em torno do ônus da prova. (2018, p. 437).

O principal erro dessa construção decorre justamente do transplante conceitual de categorias que são próprias do processo civil e foram alocadas ao processo penal: no processo civil há distribuição da carga probatória entre as partes; no processo penal há atribuição de carga probatória à acusação.

Nessa conjuntura, o *in dubio pro reo* é absolutamente ignorado. A orientação era tratar o réu como culpado e, nessa lógica, caso o processo, após a instrução, conduzisse à dúvida, o magistrado não deveria, de imediato, absolver o acusado.

Do contrário, deveria apegar-se à possibilidade de fazer surgir a verdade real no processo e dirigir-se à busca da prova que lhe falta para condenar. A absolvição por força do império da dúvida (que deve sempre ser interpretada em favor do réu) somente deveria ocorrer em caráter excepcional, conforme orientação do próprio Francisco Campos, cujas palavras merece ser, novamente, ressaltadas (não pela qualidade, mas sim pelo absurdo que representam): “enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”, à luz do Item VII.

A tudo o que até aqui foi descrito, some-se o disposto no Item XVII da Exposição de Motivos, que trata das nulidades no processo penal:

Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”.

Recorrendo à doutrina fascista que norteava o processo penal italiano, Francisco Campos afirma que as nulidades representam um “excessivo rigorismo formal”, contra o qual o Código é “inverso”. Ou seja, o Código é avesso às nulidades, especificamente às absolutas.

E prossegue com seu pensamento autoritário:

O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiohar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa. Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.

Nesse ponto, Francisco Campos consagra a noção de que não há nulidade sem prejuízo e permite que determinado ato, embora nulo, assim não o seja declarado, desde que indiferente à perseguição da verdade real, bem como institui um sistema no qual as nulidades são, como regra, sanáveis.

Quanto a essa postura, Gloeckner assegura:

Tanto na codificação italiana de 1930 quanto no código de processo penal brasileiro, a preocupação da novel legislação era em desformalizar os procedimentos. Enquanto na Itália ocorreu a supressão completa das nulidades absolutas, no Brasil, de forma mais discreta, subordinou-se todas as nulidades ao regime do prejuízo, o que em outras palavras significará igualmente a supressão das nulidades absolutas. (2018, p. 431).

Francisco Campos também eterniza, agora no Item II, mais uma faceta de seu entendimento: “As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça”.

Desse modo, o Brasil instituiu um processo penal de estrutura “maleável, flexível e amorfa”, cujo “amorfismo consiste na suavização das formas processuais” no intuito de se privilegiar algumas premissas, como a “manutenção dos efeitos da verdade” e a “preservação do ato processual irregular” que tenha atingido sua finalidade (Gloeckner, 2017, p. 82).

O sentido por trás de toda essa composição decorre da compreensão de que o Código estava instituindo um sistema processual penal inquisitório, que enxerga na “forma” um empecilho à punição “informal”, razão pela qual as nulidades são rejeitadas, dado o poder que possuem de deslegitimar o poder de punir do qual goza o Estado:

Sob esse prisma político, percebe-se mais facilmente por que um processo penal de corte inquisitório tende a aceitar – sem maiores dificuldades – a existência de interesses capazes de fazer cessar a proteção garantida pelas normas disciplinadoras do processo. As exceções colocadas à forma processual são orientadas no sentido de planificar, controlar e inclusive reduzir as chamadas garantias processuais, sempre que o seu exercício ou a sua preservação apresente dificuldades à punição do “culpado”. (Gloeckner, 2017, p. 83).

De volta ao Item XVII, a fim de atribuir legitimidade à punição estatal, Francisco Campos conclui:

Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma.

E nessas palavras resplandece o resultado problemático proveniente da incorreta visualização do processo como um instrumento punitivo que, por ser autoritário e utilitarista, desconhece a forma e as regras que dela decorrem. Basicamente, não há limites para condenar.

O Código foi concebido a partir de uma matriz fascista e, inevitavelmente, está repleto de elementos autoritários. Francisco Campos se encarregou de inserir na lei processual penal brasileira os meios que promoveriam, com a máxima eficácia e com a maior economia possível (de direitos, de tempo, de garantias, de formalismos, enfim, de regras processuais democráticas), as finalidades punitivistas do Estado Novo, cuja “política criminal prima pela concepção da substituição das políticas públicas pelo sistema criminal, na perspectiva de que o aumento das penas e o encarceramento evitarão a criminalidade” (Giacomolli, 2016, p. 86).

Todavia, seria um erro atribuir a responsabilidade pelo Código exclusivamente aos agentes políticos, pois há parcela de responsabilidade na manutenção das práticas autoritárias e inquisitórias na sistemática processual penal brasileira que pertence à doutrina, à jurisprudência e ao ensino jurídico no Brasil:

A absorção dessa ideologia ocorreu no ensino, na doutrina, na jurisprudência, na política criminal, contaminando as condutas dos sujeitos oficiais. Observa-se que um segmento da doutrina e outro da jurisprudência ainda se vinculam à estrutura ideológica da década de 40, sem aderência à CF e aos diplomas internacionais. O ensino jurídico, compartimentado, reproduz o sentido, não o constrói de forma crítica. (Giacomolli, 2016, p. 86).

Com lucidez, Ricardo Jacobsen Gloeckner aduz:

A responsabilidade por este código, refratário à democracia e ao republicanismo, não é apenas da comissão, mas da doutrina em geral, que de forma acrítica, se mantinha alienada das discussões de foco político. Situação que não melhorará com a ruptura constitucional de 1988. (2018, p. 393).

Em suma, é imprescindível que a academia, a jurisprudência, o ensino jurídico e, sobretudo, a sociedade brasileira, assumam suas responsabilidades no que se refere à perpetuação do raciocínio inquisitório no processo penal brasileiro e adiram aos mecanismos essenciais à efetivação do sistema acusatório, promovendo a efetivação do processo penal constitucional que já deveria estar em vigor, no mínimo, há mais de três décadas, pois instituído, a nível constitucional, desde 1988.

#### **4 MECANISMOS ESSENCIAIS À EFICÁCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Nesse momento, não resta dúvida: o processo penal brasileiro é inquisitório.

A missão a seguir refere-se, portanto, à propositura de determinadas soluções que, se devidamente implementadas e bem aplicadas (leia-se: respeitadas), tendem a democratizar a atual estrutura processual penal por meio da efetivação de mecanismos tidos como indispensáveis à implementação do sistema acusatório de lastro constitucional.

A premissa adotada é a de que o processo penal brasileiro, embora tenha sido projetado a partir de um núcleo autoritário e venha reproduzindo, há mais de 80 anos ininterruptos, um modelo processual penal do inimigo, pode (e deve) ser reformado por inteiro, sem mais reformas parciais, que há muito já se mostraram insuficientes.

A cultura inquisitória é forte e vem resistindo com êxito, mas o rompimento com o senso comum que domina o processo penal é capaz de fazer surgir, por meio da internalização do princípio acusatório e da materialização do compromisso constitucional, a nova era do processo penal brasileiro: a era democrática.

A mudança passa pelo legislador, que há de realizar sua atividade em respeito à Constituição, sem ceder à sociedade (tão imatura quanto punitiva) que se regozija com a promoção da repressão intrínseca ao sistema penal.

Passa também pela doutrina, que deve prestar uma contribuição mais crítica e menos robótica, auxiliando na formação de uma cultura jurídica lúcida, de modo a superar a alienação processual penal.

Seguramente, passa pelo Poder Judiciário, que tem a obrigação de compreender seu papel de garantidor dos direitos e garantias fundamentais (e não de agente de segurança pública) durante o processo e reforçar tal posição por meio de sua jurisprudência.

Em tempo, a mudança passa, inequivocamente, pelo ensino jurídico praticado no Brasil, que clama por uma reforma no modo pelo qual ensina o Direito, adotando uma postura que vá além da literalidade dos artigos e garanta ao jurista a formação calcada na dignidade da pessoa humana e, sobretudo, no absoluto desprezo à barbárie inquisitória.

Resistir à efetivação do sistema acusatório interessa apenas à perpetuação do retrocesso de núcleo inquisitório:

(...) Só atende ao propósito de tentar prolongar a vida do Código de Processo Penal de 1941, da era autoritária, naquilo que nele é central, tal seja, a filosofia de que se trata de instrumento da política de segurança pública do Estado e não de previsão das regras do devido processo legal, conforme a Constituição da República de 1988. (Prado, 2006, p. 140).

#### 4.1 Vedação à atuação *ex officio*

É elementar à eficiência do sistema acusatório que se compreenda, definitivamente, o quão inapropriada é a sistemática processual que reserva ao magistrado a possibilidade de atuar sem provocação, de ofício.

Para isso, três perguntas contribuem à reflexão: “Qual o lugar do juiz no processo penal? Qual a função desse juiz? A que expectativas deve corresponder a atuação do juiz penal?” (Lopes Jr., 2022a, p. 107).

No modelo processual acusatório, o juiz se mantém, durante toda a persecução penal, alheio às partes (e esse é o seu correto lugar). Assim, sua atuação somente encontrar-se-á revestida de legitimidade quando houver proferido determinado pronunciamento judicial após anterior provocação oriunda da acusação ou da defesa, respeitando-se a estrutura dialética idealizada por Búlgaro de Sassoferrato, segundo a qual, concebendo-se o processo penal na forma de um triângulo, o julgador estaria na ponta superior e as partes nas pontas inferiores, todos equidistantes: *actum trium personarum*.

Desse modo, tem-se que o lugar a ser ocupado pelo julgador é o de alheamento com relação às partes. O ponto crucial ao sucesso de uma estrutura processual penal, nesse aspecto, refere-se à manutenção, do início ao fim, dos papéis que competem a cada sujeito processual: a acusação tem o dever de produzir as provas, a defesa está amparada pela presunção de inocência e ao juiz, na condição de terceiro imparcial, incumbe a tarefa de somente manifestar-se quando provocado for e, em todo tempo, zelar pela estrita observância do devido processo penal.

Nos atuais moldes, o Código de fato estabelece, ao menos inicialmente, a concepção dialética e atribui a sujeitos processuais distintos as funções de acusar, defender e julgar. Logicamente, Aury Lopes Jr. esclarece que “esse afastamento estrutural exige que a esfera de atuação do juiz não se confunda com a esfera de atuação das partes, constituindo uma vedação a que o juiz tenha iniciativa acusatória e também probatória” (2022a, p. 108).

Havendo tal confusão, o juiz passa a ocupar um lugar que não lhe pertence. Por força da mentalidade inquisitória, esse lugar indevidamente ocupado, em regra, é o da acusação (afinal, na cultura jurídica, a expectativa do juiz-ator não se refere à absolvição).

Trata-se de um cenário que, decisivamente, relaciona-se à função do juiz no processo penal, que de forma autoritária (consciente ou inconscientemente) entende possuir o poder-dever de substituir a atuação pertencente ao órgão acusatório quando julgar “necessário” (um critério abstrato, volátil à intenção inquisitória) e, para isso, apega-se à verdade real no intuito

de legitimizar sua hiperatividade instrutória, fruto do anseio condenatório que inspira o Código de Processo Penal brasileiro.

Daí o alerta de Aury Lopes Jr. quanto a um corriqueiro “pecado reducionista”:

(...) Pensar que basta a mera separação inicial de atividades (acusador-julgador) para termos um processo penal acusatório (e constitucional). O erro está em considerar que essa separação deve ser apenas “inicial”, com um acusador distinto do julgador. Grave reducionismo, porque de nada adianta uma separação inicial se depois permitirmos que o juiz desça e pratique atos tipicamente de parte, como, por exemplo, determinando a produção de provas de ofício, condenando sem pedido ou nas atuações *ex officio* (v.g., prisão, busca e apreensão etc. sem pedido). (2022a, p. 108).

Não se pode tolerar uma estrutura cujo reflexo é, com incontestável grau de inquisitorialidade, “a proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma concepção peculiar de livre convencimento” (2006, p. 136).

Ao juiz não cabe qualquer função afrontosa ao princípio da inércia da jurisdição (aqui compreendido de forma ampla), pois a consequência final dessa atividade *ex officio* é justamente o comprometimento de sua imparcialidade:

O *ne procedat iudex ex officio* deve ser levado a sério e, obviamente, demarcar a posição do juiz durante todo o processo e não apenas no início. O ativismo judicial, o condenar sem pedido, o buscar provas de ofício, tudo isso produz um deslocamento estrutural que fulmina a posição do juiz por sacrificar o princípio supremo do processo: a imparcialidade. Não se pode, repetimos, pensar a estrutura sistêmica do processo e a posição do juiz, de forma desconectada da imparcialidade. (Lopes Jr., 2022a, p. 108).

Exatamente nesse sentido, Geraldo Prado revela a perigosa lógica incauta ao agir de ofício no processo penal, demonstrando, com acerto, que a postura ativa do magistrado visa suprir uma determinada lacuna (leia-se: a que falta para a condenação):

A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatar que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo. (2006, p. 136).

A grande questão é que, impreterivelmente, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador” (Prado, 2006, p. 137).

Para além disso, “transforma-se o processo em uma encenação simbólica, pois o juiz – desde o momento em que decide ir atrás da prova de ofício – já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira” (Lopes Jr., 2022a, p. 264).

De forma bastante objetiva, a atuação *ex officio* do julgador decorre, necessariamente, no modelo punitivista brasileiro, da falta de elementos aptos a corroborar a hipótese acusatória. O ponto curioso é que, quando o juiz verifica a ausência das provas necessárias à condenação, decide produzi-las. Neste exato momento, compromete completamente sua imparcialidade, ou seria possível decidir de modo imparcial com base na prova produzida por sua própria cognição e à luz de suas projeções condenatórias?

Geraldo Prado responde à questão:

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou o processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão. (2006, p. 137).

O juiz brasileiro há de entender que sua função no processo penal não é condenar ou absolver. Por certo, sua função corresponde à análise técnica das provas produzidas pelas partes em contraditório, nos termos do sistema acusatório e, com base nelas, proferir sua decisão. Se a prova é robusta e sustenta a acusação, que condene. Se a prova enseja a absolvição, que o faça. Se a prova é insuficiente para condenar ou conduz à dúvida, que absolva, afinal para isso se tem o *in dubio pro reo*.

Essa é a postura adequada. O problema é que, na prática forense, ao se deparar com a prova insuficiente para condenar, bem como com a prova que conduz à dúvida, o julgador não se conforma:

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar. (Prado, 2006, p. 141).

A cultura inquisitória nutre o processo penal do inimigo que clama por punição e produz um juiz que se frustra ao absolver o acusado, posto entender não ter cumprido, com a absolvição, a função estabelecida pelo Código.

Quanto a essa percepção, de fato está correto: ao absolver, o juiz frustra as expectativas que pautaram a elaboração do atual diploma processual penal, confessadamente projetado para

maximizar a “punição dos criminosos”, como escreveu Francisco Campos no Item XVIII da Exposição de Motivos, que trata do “Espírito do Código”.

No entanto, o correto referencial acerca de sua função no processo penal decorre, desde 1988, da Constituição: esse é o texto que deve inspirar a atuação do julgador, que de uma perspectiva constitucional corresponde à efetivação das regras e dos princípios processuais penais à luz da dignidade do acusado enquanto sujeito de direitos (e não à luz da insignificância do réu enquanto objeto do processo penal).

O juiz brasileiro há de superar o espírito inquisitório do Código de Processo Penal (deveras inadequado ao atual estágio civilizatório) apegando-se ao espírito democrático do texto constitucional. A jurisdição cumpre seu papel quando condena e também quando absolve, desde que, em qualquer caso, o processo penal constitucional haja sido respeitado.

Quanto às expectativas do magistrado, percebe-se que por não as compreender adequadamente, confunde sua atuação técnica com os anseios e as esperanças ingenuamente depositadas em sua pessoa pela imatura sociedade brasileira, chegando ao absurdo de interpretar eventual absolvição em razão da dúvida ou da falta de provas como uma falha pessoal no “combate à criminalidade”, como se fosse responsável pela segurança pública.

Nesse sentido, as palavras do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Nefi Cordeiro são autoexplicativas e gozam da maior relevância:

Aliás, é bom que se esclareça ante eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, que essa não é, não pode ser, função do juiz. Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação.... O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição, com imparcialidade e, somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas, reconhecer a culpa ou declarar a absolvição. Juiz não é símbolo de combate à criminalidade, é definidor da culpa provada, sem receios de criminosos, sem admitir pressões por punições imediatas. (STJ, 2019)

Vedar a atuação *ex officio* (em caráter absoluto, inadmitindo exceções) proporcionará a possibilidade de se efetivar o direito a um julgador imparcial e ciente do lugar que ocupa no processo (alheio às partes, *terzietà*, diriam os italianos), bem como da função que exerce (garantir a materialização do processo penal constitucional por meio de seus pronunciamentos judiciais) e das expectativas (constitucionais-democráticas, e não sociais ou políticas) a que deve corresponder, livre das ambições inquisitórias e fiel aos predicados indispensáveis àquele que julga em um Estado Democrático de Direito.

## 4.2 Imparcialidade e originalidade cognitiva

A imparcialidade é o principal atributo da jurisdição. É um adjetivo inerente à figura do julgador. Trata-se de um dos mais importantes fundamentos do processo penal, se é que não é o maior:

A imparcialidade do juiz é, definitivamente, o “princípio supremo do processo penal” (Aragoneses Alonso e Werner Goldschmidt). Não há processo sem juiz e não há juiz se não houver imparcialidade. Daí por que é a estrutura do sistema que cria ou não cria, as condições de possibilidade de um juiz imparcial, e, portanto, somente no marco do sistema acusatório é que podemos ter as condições necessárias para a imparcialidade do julgador. (Lopes Jr., 2022a, p. 262).

Na concepção de Aury Lopes Jr., a imparcialidade “é uma construção técnica artificial do direito processual, para criar um terceiro estruturalmente afastado das partes, remontando à estrutura dialética de *actum trium personarum*” (2022a, p. 107).

É imprescindível à imparcialidade que o juiz respeite sua posição processual e não pratique os atos que são típicos das partes. Mas a questão acerca da imparcialidade encontra contornos peculiares no Brasil, indo além do clássico problema inquisitório que atribui ao juiz a gestão da prova e admite atuações de ofício.

No processo penal brasileiro, verifica-se uma flagrante impossibilidade de imparcialidade: o magistrado, ainda que bem intencionado, não conseguirá resguardar sua imagem mental. Justamente por isso, não é exagero dizer que a estrutura inquisitória brasileira, quando analisada de forma crítica, dirige a uma correta presunção de parcialidade do julgador.

Exemplificando, tem-se o seguinte panorama: iniciada a investigação preliminar, no curso do inquérito policial, quando a autoridade policial (ou até mesmo o Ministério Público) vislumbra a necessidade de que sejam realizadas determinadas medidas restritivas de direitos fundamentais (interceptações telefônicas, quebra de sigilo fiscal, decretação de prisão preventiva ou temporária...), por força da reserva de jurisdição, será necessário invocar a atuação de um juiz.

Esse juiz irá se manifestar sobre as medidas requeridas e verificará a pertinência ou não com relação ao caso concreto. De todo modo, realizará um juízo de valor acerca do investigado e proferirá sua decisão (que tende a confirmar a pretensão acusatória). Nesse momento, começa o problema: restar-se-á prevento e, em caso de eventual ação penal, terá esse mesmo magistrado competência para proferir sentença ao final da instrução.

A próxima decisão do juiz, por força da prevenção, refere-se ao juízo de admissibilidade da acusação (a mais importante decisão até esse momento processual), decidindo se recebe ou se rejeita a denúncia oferecida pelo Ministério Público (tratando-se de uma ação penal pública).

Partindo da premissa de que o juiz irá receber a denúncia, pode-se afirmar que o fez porque aderiu à hipótese acusatória e reconheceu os indícios de autoria e materialidade aptos a ensejar a ação penal.

O erro dessa formatação reside no fato de que, por ter realizado diversos juízos de valor quanto à culpa do acusado, sua imagem mental está comprometida, o que inviabiliza sua imparcialidade. Ou seja, o magistrado já possui um pré-conceito formado acerca do réu, de modo que sua concepção tem como base uma visão unilateral da acusação.

Não houvesse aderido à acusação, não teria recebido a denúncia. Se o fez, é evidente que sua imagem mental concebeu o réu como, no mínimo, suspeito. Logo, se o magistrado já enxerga o réu como potencial culpado, é claro que sua imparcialidade está comprometida e, conseqüentemente, não faz sentido que o mesmo juiz atue na fase preliminar, realize o juízo de admissibilidade da acusação e ainda realize toda a instrução.

Quando é chamado a prolatar sua sentença, o inconsciente remete às imagens anteriormente formadas em sua mente, fazendo com que o fato de já ter decretado, por exemplo, diversas medidas restritivas de direitos fundamentais contrárias ao réu, bem como o fato de ter recebido a denúncia, influam na formação de sua decisão referente à culpa ou à inocência.

Portanto, entrará em conflito: de um lado, terá a acusação alegando sua versão condenatória desde a fase pré-processual, passando por toda instrução e a reforçando em suas alegações finais; do outro, terá a defesa sustentando seus argumentos e reafirmando suas teses em sede de alegações finais.

Qualquer que seja a decisão judicial, a ausência de originalidade cognitiva é nítida e a consequência, por sua vez, é a parcialidade, que é potencializada pela dissonância cognitiva.

Nesse aspecto, é fundamental estudar a imparcialidade do julgador a partir dos escritos de Aury Lopes Jr. acerca do trabalho desenvolvido por Bernd Schünemann, que correlacionou processo penal e psicologia social, promovendo a discussão acerca da “teoria da dissonância cognitiva”, cuja análise recai sobre:

(...) As formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de consonância (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. (Lopes Jr., 2022a, p. 266).

Dessa forma, na esteira de Aury Lopes Jr., nota-se que o juiz sofre os efeitos da dissonância, “na medida em que precisa lidar com duas “opiniões” antagônicas, incompatíveis

(teses de acusação e defesa), bem como com a “sua opinião” sobre o caso penal, que sempre enfrentará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa)” (2022a, p. 266).

Por seu turno, a solução da qual se vale o magistrado para fazer cessar essa “tensão psíquica” ocasiona dois reflexos: o “efeito inércia ou perseverança” e a “busca seletiva de informações”. O primeiro se trata de um “mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas”, ao passo que o último se refere à procura de “informações que confirmem a hipótese que algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador” (Lopes Jr., 2022a, p. 266).

E disso se extrai a seguinte conclusão:

(...) Quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, através da busca seletiva de informações. (Lopes Jr., 2022a, p. 267).

Em tempo, há outros três efeitos que potencializam a quebra da imparcialidade do magistrado: “aliança”, “atenção” e “primazia”.

Nesse sentido, Aury explica:

O quadro mental é agravado pelo chamado “efeito aliança”, onde o juiz tendencialmente se orienta pela avaliação realizada pelo promotor. O juiz “vê não no advogado criminalista, mas apenas no promotor, a pessoa relevante que lhe serve de padrão de orientação”. Inclusive, aponta a pesquisa, o “efeito atenção” diminui drasticamente tão logo o juiz termine sua inquirição e a defesa inicie suas perguntas, a ponto de serem completamente desprezadas na sentença as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado de defesa. (2022a, p. 268).

Tudo isso possui uma lógica: o juiz, sofrendo os efeitos da dissonância cognitiva, busca tranquilizar seu raciocínio. Para isso, filia-se, em regra, à acusação, como já demonstrado. Consequentemente, encontra no membro do Ministério Público a consonância cognitiva que procura e a ele se alia. A seguir, condiciona sua atenção à acusação, pois se a direcionasse à defesa entraria, novamente, na desconfortável dissonância.

Some-se a esse conjunto o efeito primazia, que de forma técnica demonstra aquilo que popularmente se entende pelo ditado segundo o qual “a primeira impressão é a que fica”. Ou seja, “diz respeito à vinculação da *primeira impressão* na formação da impressão definitiva”. Ora, significa dizer que o juiz, no momento em que realiza o julgamento do caso penal, é

psicologicamente influenciado pela primeira impressão que teve sobre o réu: culpado, afinal é isso que diz a investigação preliminar e a acusação (Lopes Jr., 2022a, p. 269).

Compreendida a dissonância cognitiva pela qual passa o magistrado, entende-se o motivo pelo qual o juiz do processo penal brasileiro é parcial, bem como a necessidade de se efetivar a originalidade cognitiva, que nada mais é do que a materialização da condição de terceiro processual com relação às partes, às provas e, principalmente, ao caso concreto:

(...) O juiz criminal – para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial – deve conhecer do caso penal originariamente no processo. Deve formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, a seguir-se com a prática atual, o processo acaba sendo um mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas por verdadeiras por ele juiz. (Lopes Jr., 2022a, p. 278).

Não obstante, é de valor ressaltar que a originalidade cognitiva alude, na classificação tripartida do conceito de “imparcialidade”, à imparcialidade objetiva, que exige do juiz a ignorância, a ausência de “cognição prévia ao processo” (Lopes Jr., 2022a, p. 276).

As outras duas concepções referem-se à imparcialidade subjetiva e à estética de imparcialidade. Em linhas gerais, a primeira pressupõe a ausência de vínculos íntimos entre o as partes e o juiz, que não pode ter interesse (positivo ou negativo) pessoal na causa. A segunda, suscintamente, simboliza “a aparência, a percepção que as partes precisam ter de que o juiz é realmente um “juiz imparcial”, ou seja, que não tenha tido um envolvimento prévio com o caso penal”. De tão importante, “é crucial para que se tenha a “confiança” do jurisdicionado na figura do julgador” (Lopes Jr., 2022a, p. 275).

Em síntese, a originalidade cognitiva é o mecanismo apto a garantir um juiz objetivamente imparcial, pois pressupõe que o magistrado realizará a instrução processual com sua imagem mental livre, sem concepções anteriores sobre a culpa do réu, conhecendo o caso concreto, de fato, na fase de instrução, sem contaminações resultantes do contato com a fase pré-processual.

Contudo, para que o juiz da fase processual (instrução e julgamento) não tenha contato com os elementos da fase pré-processual (investigação preliminar), é necessário que haja dois julgadores, pois somente com a inserção de “uma nova cabeça” no processo, diferente da anterior, será possível assegurar originalidade cognitiva ao magistrado (pois como a psicologia já demonstrou, é humanamente impossível não comprometer a imparcialidade): eis a figura do “Juiz das Garantias”.

### 4.3 Implementação do “Juiz das Garantias”

O sistema acusatório, para se ver livre das amarras inquisitórias, necessita de uma estrutura que determine a presença de dois juízes: um atuará durante a fase pré-processual e o outro terá competência para atuar na fase processual, preservando a imparcialidade deste por meio da existência daquele. Nesse desenho, o juiz cuja atuação recai sobre a fase preliminar ao processo é o chamado “juiz das garantias”.

Em que pese tratar-se de uma “novidade” no processo penal brasileiro, o juiz das garantias já é uma realidade, há muitos anos, em diversos países da Europa (na Alemanha, desde 1974; na Itália, desde 1987; em Portugal, desde 1988) e da América do Sul (desde a década de 1990: Argentina, Chile, Colômbia e Paraguai, por exemplo).

Curiosamente, o processo penal italiano foi reformado de forma significativa e abandonou, desde 1987, a matriz fascista que o inspirou em 1930, instituindo em seu ordenamento o juiz das garantias, sob a seguinte nomenclatura: *il giudice per le indagini preliminari*, isto é, “o juiz da investigação preliminar”.

No entanto, mesmo com a superação do modelo autoritário no país que o inspirou, o processo penal brasileiro segue, de modo geral, intacto. Desde 1941, quando entrou em vigor, passando pela Constituição de 1988, o Brasil segue praticando um processo penal inquisitório que há muito já foi descartado pela processualística italiana, no máximo operando determinadas reformas pontuais (incapazes de reformular o sistema por completo).

Tardiamente, o juiz das garantias foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 2019, por meio da lei nº 13.964, representando uma reforma significativa em direção ao processo penal acusatório constitucional. Mas como se verá a seguir, a eficácia dos dispositivos que o instituíram foi suspensa por uma decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, o fato de o juiz das garantias ter sido inserido no direito processual penal brasileiro denota, ainda que de forma incipiente, a absorção do entendimento segundo o qual as práticas de outrora, com um único juiz durante toda a persecução penal, comprometem a imparcialidade. Nesse sentido, tem-se a observação de Aury Lopes Jr. amparado em Bernd Schönemann, que por meio da teoria da dissonância cognitiva conseguiu explicitar a necessidade de se preservar a originalidade cognitiva para se ter um juiz imparcial:

Grave problema existe no fato de um mesmo juiz receber a acusação, realizar audiência de instrução e julgamento e, posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma “cumulação de papéis”, mas um “conflito de papéis”, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na “formação profissional comprometida com a objetividade”. (Lopes Jr., 2022a, p. 265).

O juiz das garantias, previsto de forma específica nos artigos 3º-A a 3º-F (todos incluídos no CPP pela lei nº 13.964/2019), teve sua função definida de forma expressa pelo legislador infraconstitucional no *caput* do art. 3º-B: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.

Em resumo, garantirá a legalidade e a eficácia dos direitos fundamentais do investigado:

O juiz das garantias é o controlador da legalidade da investigação realizada pelo MP ou pela Polícia, na medida em que existem diversas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem uma decisão judicial fundamentada (reserva de jurisdição). Também é fundamental como garantidor da eficácia de direitos fundamentais exercíveis nesta fase, como direito de acesso (contraditório, no seu primeiro momento), defesa (técnica e pessoal), direito que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guardião da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual. (Lopes Jr., 2022b, p. 147).

Não obstante, o propósito do legislador ao instituir o sistema *double juez* é identificado no art. 3º-A, cujo *caput* prescreve que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Ao vedar tanto a atuação *ex officio* quanto a iniciativa probatória do julgador, firma compromisso com o princípio acusatório, que não compactua com a parcialidade daquele que precisa ser um terceiro imparcial:

A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva em relação às provas, ao conteúdo probatório, já que o acerto das condutas deve ser novidade ao julgador. O juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido para ser um ignorante, porque ele (necessariamente), ignora o caso penal em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição). (Lopes Jr., 2022a, p. 276).

Reforça-se, categoricamente, a necessidade de se respeitar o *ne procedat iudex ex officio* como medida indispensável à garantia da imparcialidade:

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà* = alheamento). É um imenso prejuízo gerado pelos diversos “pré-juízos” que o julgador faz. (Lopes Jr., 2022a, p. 251).

Questão igualmente relevante, nesse sentido, decorre do conflito entre o art. 3º-A, que determina a observância do princípio acusatório, e o art. 156, I e II, absolutamente inquisitório. O primeiro veda a atuação de ofício do magistrado, enquanto o segundo a legitima. A solução

deveria ser simples: revogação tácita, por completo, do art. 156, pois incompatível com a sistemática acusatória (constitucionalmente estabelecida desde 1988 e pelo CPP desde 2019).

Todavia, não foi assim que decidiu o STF, em agosto do corrente ano, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305, nas quais os legitimados ativos pleiteavam a inconstitucionalidade, em suma, do sistema acusatório e dos institutos que lhes são essenciais (vale dizer: inconstitucionalidade essa que só faria sentido acaso o parâmetro do controle de constitucionalidade fosse a Constituição de 1937, que rechaçava o processo penal acusatório e, sobremaneira, a democracia).

Eis o que consta da certidão de julgamento (composta por 26 itens, dos quais alguns serão analisados em conjunto do texto legal), que a seguir passa a ser explorada. Ao julgar a (in)constitucionalidade do art. 3º-A, assim decidiu o Supremo:

1. Por maioria, atribuir interpretação conforme ao art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito. (STF, 2023).

Do julgado, verifica-se que os poderes instrutórios (é dizer: atuação de ofício e gestão da prova) do juiz foram mantidos, prevalecendo a redação inquisitória do art. 156 em detrimento da reforma pretendida pelo art. 3º-A.

Nessa linha, a interpretação conjunta de Aury Lopes Jr., Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Alexandre Morais da Rosa:

Em resumo, o STF entendeu que o sistema é acusatório, mas o juiz pode determinar a produção de provas — de ofício — para dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento. E quais são os limites legalmente autorizados? Aqueles previstos no CPP e desde sempre criticados, como por exemplo, os artigos 156 e 209. Eis a síntese do sistema acusatório "a la STF": a estrutura é acusatória, mas se o juiz quiser, pode assumir função de acusador [juiz inquisidor]. (2023).

A impressão que fica é exatamente a de que o sistema processual penal brasileiro será acusatório, mas se o julgador quiser, pode ser inquisitório (o que mitiga completamente os efeitos da reforma rumo à constitucionalização do processo penal praticado no Brasil):

No fundo, quando toda doutrina crítica e constitucionalmente comprometida afirmava que — após a Lei 13964 — os artigos 156 e 209 e todos aqueles que permitiam a postura inquisitória do juiz, produzindo provas de ofício, estavam tacitamente revogados, o que faz o STF? Salva a matriz inquisitória e autoritária do CPP/1941 ao preservar que o juiz, "pontualmente (?), nos limites legalmente autorizados", possa seguir produzindo provas de ofício quando estiver em dúvida, deixando de lado outro princípio básico do processo penal: dúvida = absolvição [*in dubio pro reo*]. (Coutinho; Lopes Jr.; Morais da Rosa, 2023).

De modo geral, em que pesem as devidas ressalvas à interpretação dada pelo STF, fato é que o sistema acusatório (cuja inconstitucionalidade foi suscitada) foi declarado constitucional e deve observado (ainda que não da melhor maneira possível):

Ainda que a decisão do STF tenha, do nosso ponto de vista, equívocos parciais [por desconsiderar os atributos que conformam os fundamentos do Sistema Acusatório: gestão da prova atribuído somente a quem acusa, vedada atividade judicial], a mudança de cultura pode efetivar o modelo acusatório. Explicamos: a decisão do STF — que permite ao juiz a produção de prova de ofício, de forma excepcional e complementar — é uma tábua de salvação para algum juiz de mentalidade inquisitória, mas não representa limitação aos juízes comprometidos com a Constituição e a matriz acusatória. (Coutinho; Lopes Jr.; Moraes da Rosa, 2023).

Com relação ao alcance da atuação do juiz das garantias, iria até “o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”, conforme previsto no inciso XIV do art. 3º-B. Mas a Suprema Corte restringiu o alcance:

7. Por maioria, declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia. (STF, 2023).

O ideal, visando resguardar a imparcialidade, seria manter o alcance estabelecido pela lei, pois impede a precoce contaminação do juiz da instrução com os elementos da investigação preliminar. Porém, na visão do STF, o fato do juiz das garantias realizar o juízo de admissibilidade da acusação afronta o texto constitucional.

O impacto desse entendimento fará com que o juiz das garantias atue somente até o oferecimento da denúncia. A partir daí, o juiz da instrução realizará a análise acerca da admissibilidade ou não da acusação, decidindo se a recebe ou se a rejeita. Para executar sua função, terá contato com os atos de investigação (afinal, lá estarão os eventuais indícios de autoria e materialidade) e, como já demonstrado pela teoria da dissonância cognitiva, formará, ainda que inconscientemente, uma imagem mental com base em uma versão unilateral da acusação que recai contra o denunciado.

Aquilo que poderia ter sido uma verdadeira revolução na forma de se praticar o processo penal no Brasil, com o juiz das garantias assegurando a imparcialidade objetiva do juiz da instrução, não passará de uma fracassada tentativa, pois o juiz das garantias, por si só, é incapaz de solucionar o problema.

Não basta prever a figura de um novo juiz e, ao mesmo tempo, determinar que a amplitude de sua atuação seja incapaz de cumprir com sua principal finalidade: garantir a imparcialidade do julgador na fase processual por meio da ausência de contatos antecipados com o viés da acusação. De forma muito simples, o juiz das garantias “se contamina com a

hipótese acusatória” para que o juiz da instrução esteja mentalmente preservado e, conseqüentemente, realize um julgamento à luz da imparcialidade constitucional.

Outrossim, garante Jacinto Coutinho:

Ora, o juiz das garantias – *pensado como no sistema acusatório* – atua basicamente na fase de investigação preliminar e até o recebimento da inicial acusatória, razão por que a ele é dada (inclusive por coerência) o juízo de admissibilidade da acusação. Com isso, decide sobre as *questões* – começando pelas constitucionais – da referida fase, ou melhor, até o juízo de admissibilidade da acusação. Deste modo, *não tem iniciativa probatória* (para se garantir sua imparcialidade em relação às referidas *questões*), por um lado, mas, pelo outro, impedido de julgar o mérito e remeter o material recolhido (salvo as provas irrepetíveis) para a fase seguinte, garante ao *juiz do processo a originalidade cognitiva*. E nisso residem os principais pilares de sustentação de um sistema acusatório democrático. (2023).

Ato contínuo, o legislador também havia determinado, por meio do art. 3º-D, que “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”.

Com isso, o juiz das garantias não poderia, em hipótese alguma, atuar na fase de instrução e julgamento. Logo, a prevenção que antes fixava a competência, agora passaria a excluí-la, e o motivo é bastante simples: “O juiz garante ou de garantias não investiga, tampouco julga no processo, até porque a prevenção deve excluir a competência por claríssimo comprometimento da imparcialidade” (Lopes Jr.; Gloeckner, 2014, p. 404).

Nesse ínterim, Renato Brasileiro de Lima certifica:

Com efeito, se toda a ideia da imparcialidade judicial é a de preservar a cognição do magistrado, para que este, ainda que involuntariamente, não beneficie (ou prejudique) uma das partes em detrimento da outra durante o processo penal, o que invariavelmente ocorre quando forma precocemente um juízo de valor sobre os fatos, seja por conta de uma equivocada primeira impressão por ele formada, seja pela tomada de uma decisão que tende a lhe vincular por certo período, dever-se-ia trabalhar com a prevenção não como critério de fixação da competência, mas sim de exclusão. (2023, p. 155).

No entanto, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do art. 3º-D e, conseqüentemente, a prevenção continuará sendo, ao menos no retrógrado modelo processual penal brasileiro, uma causa de fixação da competência.

Faltou compreender que juiz preventivo é sinônimo de juiz cognitivamente contaminado:

É ingênuo, portanto, acreditar que o juiz mais qualificado para o julgamento do caso penal é aquele que primeiro praticou um ato decisório, quando, na verdade, se está fechando os olhos para um fato inegável, qual seja, o de que este magistrado estará possivelmente vinculado às suas decisões anteriores, violando se o princípio da imparcialidade. (Lima, 2023, p. 155).

Outra questão relevante encontra-se prevista no art. 3º-C, § 3º, que determina a exclusão física dos autos do inquérito por meio de seguinte redação:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Dessa forma, significa dizer que os elementos informativos do inquérito não irão compor os autos do processo, em mais uma medida extremamente importante no objetivo de garantir a imparcialidade do julgador, que há de formar sua convicção acerca da culpa do acusado com base na prova produzida exclusivamente em contraditório judicial, como preconiza o sistema acusatório:

Essa exclusão (ou não inclusão) serve exatamente para evitar a contaminação do juiz pelos elementos obtidos no inquérito, com severas limitações de contraditório, defesa e, principalmente, que não servem e não se destinam à sentença. O objetivo é a absoluta *originalità* do processo penal, de modo que na fase pré-processual não é atribuído o poder de aquisição da prova. A função do inquérito e de qualquer sistema de investigação preliminar é recolher elementos úteis à determinação do fato e da autoria, em grau de probabilidade, para justificar a ação penal. Com isso, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recaia exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias. (Lopes Jr., 2022b, p. 156).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, novamente, adotou entendimento divergente ao do legislador infraconstitucional e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo supramencionado (que assim como outros dispositivos já analisados, apenas reforçava a garantia da imparcialidade por meio preservação da originalidade cognitiva do magistrado):

14. Por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento. (STF, 2023).

Medida igualmente essencial ao processo penal estruturado pela própria Constituição que, em razão do entendimento do Supremo, também não se concretizará e comprometerá a imparcialidade do julgador se refere ao art. 157, § 5º, do CPP, que foi julgado inconstitucional por estabelecer uma nova causa de impedimento (tal qual a da prevenção): “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

Nesse ponto, a imparcialidade seria resguardada por meio de tal impedimento: quando o juiz conhece da prova (ilícita ou não), forma suas convicções a partir dela. Se a prova é ilícita, ela deve ser desentranhada dos autos. Mas só isso seria insuficiente, pois o juiz ainda terá em

sua imagem mental as “certezas” advindas da prova ilícita. Então, a solução mais adequada é retirar o juiz do processo, posto que se restou contaminado e incapaz de julgar com a imparcialidade que é, simultaneamente, atributo essencial do julgador e direito fundamental do réu.

Com relação aos procedimentos nos quais o juiz das garantias teria competência para atuar, assim se posicionou o STF:

10. Por unanimidade, atribuir interpretação conforme à primeira parte do caput do art. 3º-C do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, para esclarecer que as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam às seguintes situações: a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990; b) processos de competência do tribunal do júri; c) casos de violência doméstica e familiar; e d) infrações penais de menor potencial ofensivo. (STF, 2023).

Uma vez mais, a Suprema Corte divergiu do legislador, que havia determinado, no *caput* do art. 3º-C, que “a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo”. Por se sujeitarem ao rito sumaríssimo, é coerente a exceção às contravenções penais e aos crimes cuja pena máxima não ultrapassa dois anos, afinal, “considerando a celeridade e a falta de complexidade dessas questões, não se justifica a intervenção do juiz das garantias, até porque nenhuma intervenção judicial haverá, como regra” (Lopes Jr., 2022b, p. 154).

Contudo, o STF retirou o juiz das garantias de outros três procedimentos: rito especial do júri, casos de violência doméstica e familiar e processos regidos pela lei nº 8.038/1990. De todos, seguramente o que mais causa espanto tem ligação com o Tribunal do Júri, posto tratar-se de um rito especial destinado ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, no qual decisões extremamente relevantes são proferidas após o recebimento da denúncia, tais como a decisão de pronúncia ou impronúncia, bem como a de eventual absolvição sumária ou desclassificação.

Todas absolutamente dependentes da originalidade cognitiva daquele que julga, o que torna evidente a necessidade do juiz das garantias, pois sua presença faria com que um novo juiz (agora sem contato com os dados da investigação preliminar que é tendencialmente incriminadora e com a imagem mental limpa) proferisse tais decisões com abertura cognitiva, sem os pré-julgamentos prejudiciais ao acusado, que em todo caso terá seu direito a um julgador imparcial violado e será, por vezes, inconstitucionalmente submetido ao plenário do júri, já que lá estará por força da decisão de um julgador que, de forma consciente ou inconsciente, não teve condições psíquicas, em razão da estrutura processual na qual está inserido, de decidir de modo imparcial.

O saldo que fica, em suma, é o de que o Supremo esvaziou significativamente o instituto: embora deva ser implementado em até 12 meses (prorrogáveis uma vez por igual período), sob a supervisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), não mais detém o ímpeto que lhe conferiu o legislador ordinário ao depositar em sua figura a reforma mais significativa da história do processo penal brasileiro.

É o que também pensa Jacinto Coutinho:

A corte (contra o voto do relator) decidiu, no mérito, pela constitucionalidade e obrigatoriedade do juiz das garantias, o que aparentemente garante que será implementado. Mas a corte, porém, mexeu de tal forma no texto referente ao juiz das garantias, com *interpretações criativas* e outras diatribes que acabou por criar um monstro, uma aberração jurídica. No fundo, confirmou a introdução do instituto (sabidamente ligado ao sistema acusatório), mas glosou (por "interpretações conforme" e declarações de inconstitucionalidade) os preceitos da lei para manter o atual sistema inquisitorial. (2023).

A oposição ao juiz das garantias e, inexoravelmente, a tudo aquilo que é da essência do sistema acusatório (como a vedação à atuação *ex officio*, a recusa à relativização das nulidades, o respeito à tipicidade processual penal, a implementação dos mecanismos garantidores da originalidade cognitiva e da imparcialidade do julgador, o direito ao contraditório pleno e efetivo, a compreensão da presunção de inocência em sua plenitude...) demonstra aquilo que Jacinto Coutinho quer dizer ao afirmar que “o Brasil, em termos de processo penal, tem um problema muito sério para resolver” (Gloeckner, 2018, p. 29).

É o resultado da cultura inquisitória brasileira, forte o bastante para impedir até a mais inevitável mudança: a efetivação do processo penal acusatório constitucional e a superação definitiva do processo penal autoritário infraconstitucional.

#### 4.4 Presunção de inocência em sua plenitude

Por força do histórico autoritário, a presunção de inocência é um princípio incompreendido pela grande maioria da sociedade brasileira. Ou, talvez o que se tenha seja a correta compreensão do que o princípio representa e, justamente por isso, por entender o garantismo que promove e a punição que restringe, o rejeita, pois não serve à matriz inquisitória que domina o senso comum.

Decerto, uma certeza está presente em ambas as hipóteses: o punitivismo cega a sociedade brasileira ao ponto de inviabilizar a internalização de um princípio que não requer demasiado esforço cognitivo para ser compreendido. Entretanto, por significar uma veemente recusa à verdade real, enfrenta resistência.

E como já demonstrado, a presunção de inocência sequer é prevista no Código de Processo Penal, que em razão do fundamento antidemocrático que o inspira, consagra a única espécie de presunção *lhe convém*: a presunção de culpa.

Somente nesse aspecto, são mais de oitenta anos de práticas processuais penais norteadas por um diploma que não recepcionou a presunção de inocência, nem mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que a consagra de forma expressa em seu art. 5º, LVII.

A resistência é tão grande que até o texto constitucional tenta ser relativizado por meio de um pseudo apego à técnica que visa disfarçar, por meio de um eufemismo hermenêutico, o interesse na perpetuação dos alicerces autoritários: há quem sustente que a Constituição não garante a “presunção de inocência”, mas sim a “presunção de não culpabilidade”. Arbitrariamente, o que se pretende com essa inversão de valores é a manutenção das práticas inquisitórias no processo penal brasileiro, desaguando na inconstitucional execução antecipada da pena, por exemplo.

Ademais, pelo bem do sistema acusatório, a presunção de inocência deve ser efetivada enquanto regra de tratamento, regra probatória e regra de julgamento.

Como regra de tratamento, implica reflexos internos e externos ao processo:

Internamente, é a imposição – ao juiz – de tratar o acusado efetivamente como inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado. (...) Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (Lopes Jr. 2022b, p. 107)

Nessa acepção, a liberdade do indivíduo é a regra e a prisão é a exceção, impedindo-se duas tendências punitivistas: a banalização das prisões cautelares e a execução antecipada da pena, afinal, prisão e pena são medidas destinadas àqueles cuja culpa decorre de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Outra vertente da presunção de inocência destaca-se como norma probatória, que veda a inversão do ônus da prova no processo penal:

No processo penal não existe “distribuição de cargas probatórias”, como no processo civil, senão mera “atribuição” de carga ao acusador (James Goldschmidt), de modo que a carga da prova é inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada). (...) Não se admite, ainda, nenhum tipo de inversão de carga probatória, sendo censuráveis – por violação da presunção de inocência – todos os dispositivos legais neste sentido. Mas não basta qualquer prova, é preciso que seja lícita, buscada, produzida e valorada dentro dos padrões constitucionais e legais. Nessa perspectiva, acrescentamos a garantia de ser julgado com base em “prova” e não “meros atos de investigação” ou “elementos informativos” do inquérito. (Lopes Jr., 2022b, p. 108).

Nessa linha, pertinente é a lição de Luigi Ferrajoli, segundo a qual “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo” (2010, p. 506).

Tem-se, ainda, a presunção de inocência enquanto regra de julgamento:

Nessa perspectiva, a presunção de inocência é uma “norma para o juízo”, diretamente relacionada à definição e observância do “*standard probatório*”, atuando no nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatório. Difere-se da norma probatória na medida em que atua na perspectiva subjetiva, ao passo que as regras probatórias têm natureza objetiva. Trata-se de uma regra que incide após a norma probatória, pois somente poderá ocorrer sobre o material já produzido. (Lopes Jr., 2022b, p. 109).

Significa dizer que o julgador deve, em caso de dúvida durante o transcorrer do processo, apegar-se ao fato de que o réu é presumidamente inocente e, por isso, julgar de modo favorável, conforme o *in dubio pro reo* determina.

As três premissas fazem da presunção de inocência um “princípio fundamental de civilidade” que “representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum punido, ensina Ferrajoli (2010, p. 506).

No Brasil, sua efetivação significa cumprir a promessa constitucional (que desde 1988 segue irrealizada) de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, nos termos do art. 5º, LVII.

Democrática e civilizatória, a presunção de inocência plena é inerente ao modelo processual penal acusatório e há de ser materializada em suas dimensões de tratamento, de prova e de julgamento.

#### 4.5 Recusa à relativização das nulidades e a relevância da tipicidade processual penal

O sistema processual penal brasileiro, como demonstrado pela Exposição de Motivos, é avesso às nulidades. Também por isso, verifica-se um modelo incapaz de compreender aquilo que Aury Lopes Jr. quer dizer ao afirmar que “forma é garantia”:

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limite de poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal. (2022b, p. 1060).

A forma decorre da lei e determina o meio pelo qual determinado ato processual deve ser realizado. Logo, é uma garantia do réu, em homenagem ao devido processo legal, que todos os atos sejam praticados em absoluta conformidade ao que preconiza a legislação.

Com acerto, as nulidades representam a prevalência da forma prescrita em lei sobre o arbítrio autoritário do Estado, que no processo é representado pelo acusador e pelo julgador, pois aptas a tornar nulo o ato praticado em desconformidade à forma garantida pela norma.

Em outros dizeres, pode-se pontuar que as nulidades são os limites aos quais deve se ater o Estado no curso do processo penal, afinal, já que este detém o poder de acusar e punir, somente terá sua atuação legitimada quando realizá-la em absoluto respeito às regras que seus próprios agentes políticos estabeleceram por meio da lei processual penal.

Um sistema de nulidades tem o condão de garantir ao réu a segurança de que todo o seu julgamento será realizado em respeito à forma contida no Código e, simultaneamente, é a certeza de que, caso determinado ato seja praticado de forma atípica, restar-se-á nulo, inapto a produzir efeitos. É o caso da prova que, mesmo capaz de evidenciar a culpa do réu, se ilícita, será declarada nula e não mais terá legitimidade para sustentar eventual condenação. Não há dúvida de que “o sistema de nulidades está a serviço do réu” (Lopes Jr., 2022b, p. 1060).

Por vezes, quando uma determinada nulidade é declarada, tem-se a revolta social. A sensação no seio da sociedade é a de impunidade. De todo modo, o sentimento de impunidade é compreensível, pois por força do desrespeito à lei, por vezes, um culpado sairá impune.

Todavia, o erro desse raciocínio refere-se ao destinatário da revolta: a sociedade, ansiosa pela punição, canaliza sua revolta ao sistema de nulidades e às garantias processuais, como se os direitos fundamentais fossem a causa da impunidade e um embaraço à punição.

Na realidade, a revolta deveria ser destinada aos próprios agentes estatais (isto é, Ministério Público e Poder Judiciário): se o ato foi praticado de forma contrária à lei, a

responsabilidade por tal nulidade é, por óbvio, do próprio Estado, que se mostrou incapaz de cumprir uma regra que ele próprio criou.

O réu não tem responsabilidade alguma na declaração de eventual nulidade e, ao contrário, goza de tal direito: sua responsabilização penal depende de prova produzida nos moldes do devido processo legal constitucional. Qualquer situação diversa é nula e não pode persistir, tampouco prejudicá-lo.

O grande problema das nulidades, do ponto de vista do Estado brasileiro, é que elas materializam um óbice à punição informal (no sentido de não se vincular à forma), notadamente por se tratar de um Estado no qual a falácia de que “os fins justificam os meios” tem força e se irradia por meio da “instrumentalidade” do processo. Seria o equivalente a dizer que, se a condenação foi alcançada, todas as irregularidades processuais estariam convalidadas, afinal o “êxito” da condenação teria o poder de tudo justificar, inclusive a violação da forma legal.

A sede por punição faz com que o Estado, especificamente por meio do Poder Judiciário, que possui a competência para declarar a nulidade de um ato processual, apegue-se à matriz inquisitória pautada em duas premissas: a relativização das nulidades e a necessidade de prejuízo.

Sobre a relativização das nulidades, trata-se, destarte, de uma incorreta importação de um conceito típico do processo civil para o processo penal, que não compactua com tamanho absurdo: “o fenômeno da relativização das nulidades (absolutas) do processo civil está sendo utilizado (e manipulado) para, no processo penal, negar-se eficácia ao sistema constitucional de garantias” (Lopes Jr., 2022b, p. 1055).

A inadequação das nulidades relativas ao processo penal é representada, a toda evidência, na exposição de Aury Lopes Jr.: “não é necessário maior esforço para compreender que uma nulidade somente será absoluta se o julgador (juiz ou tribunal) quiser... esse tipo de incerteza é absolutamente incompatível com o processo penal contemporâneo” e apresenta-se como terreno fértil ao decisionismo, inclusive (2022b, p. 1056).

Quanto à retórica autoritária que exige a concreta demonstração de um prejuízo conceitualmente abstrato para que determinada nulidade seja declarada, o contraponto é:

Pensamos que a premissa inicial é: no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência. (Lopes Jr., 2022b, p. 1056).

Esse formato denota que a letra da lei é uma mera sugestão, faz da forma uma indigesta recomendação, cuja inobservância nada acarreta, já que camuflável pela ausência de prejuízo e pela relativização. Nessa sistemática, inquisitória por natureza, só há prejuízo em caso de absolvição, afinal o processo tem como fim a condenação.

É preciso superar o atual sistema de nulidades, posto ser “condescendente com uma linha de pensamento que enxerga nas formas dos atos processuais aspectos secundários e obstáculos à eficiência da persecução penal” (Gloeckner, 2017, p. 91).

Dessa forma, é fundamental que a mesma atenção dada à tipicidade penal seja conferida à tipicidade processual penal: ora, se não há crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena sem prévia cominação legal (princípio da legalidade), também não faz sentido que um ato processual cujo modo de execução está devidamente previsto na lei seja validado quando praticado em total desrespeito ao comando legal.

Basicamente, o que se pretende é atribuir à tipicidade processual penal a mesma imperatividade da qual já goza a tipicidade penal, garantindo ao réu o direito de ser processado a partir dos ritos procedimentais estabelecidos no Código, respeitando-se os princípios constitucionais que também o amparam.

Nesse momento, o processo penal terá conquistado, ao menos nesse tópico, sua emancipação quanto à “Teoria Geral do Processo” (civil), que há muito colabora para a deformação de institutos próprios da lógica processual penal, como ocorre com o sistema de nulidades.

A análise de eventual nulidade de determinado ato processual, em prol da segurança jurídica que deve cercar o sistema, não pode ser subjetiva, dependente do juízo de valor do magistrado, que pode ou não vislumbrar prejuízo, que pode ou não a considerar absoluta e, por conseguinte, pode ou não declarar a nulidade, chegando ao absurdo de determinado ato ser nulo para um juiz e válido para outro.

Pela segurança jurídica, o método mais adequado consiste na verificação da nulidade por meio de um critério objetivo: se o ato foi praticado com violação à forma, é nulo, pois não há prejuízo maior ao réu do que a possibilidade de ser condenado em um processo no qual a lei foi desrespeitada pelos próprios agentes estatais. Aliás, no Estado Democrático de Direito, não há prejuízo maior do que o desrespeito à forma legal.

Um sistema de nulidades constitucional, apto a compor a estrutura processual penal de modelo acusatório, pressupõe a consagração da noção de que no processo penal a violação da forma prevista em lei, por força da tipicidade processual penal, acarreta uma nulidade absoluta, que por nenhum discurso tão utilitarista quanto punitivista poderá ser relativizada.

#### 4.6 Elaboração de um novo Código de Processo Penal e mudança de mentalidade

Reconhecendo-se que os mecanismos anteriormente apresentados como aptos à materialização do sistema processual penal acusatório na realidade brasileira são complexos e absolutamente dependentes de uma significativa guinada de paradigma, é adequado que sejam previstos, em sua integralidade, da forma como proclamados até aqui, em um novo Código.

Uma reforma processual dessa envergadura exige, inegavelmente, muito mais do que as simples reformas pontuais que por conveniência têm sido adotadas como *modus operandi* do legislador infraconstitucional há mais de 80 anos.

Considerando a magnitude da estrutura inquisitória que no Brasil vigora desde (no mínimo) 1941, tendo se fortalecido significativamente durante quase quatro décadas de vigência em regimes ditatoriais (15 anos durante a Era Vargas, de 1930 a 1945, e mais 21 anos durante a ditadura civil-militar que patrocinou a barbárie de 1964 a 1985), manteve-se hígida mesmo após a promulgação da mais garantista Constituição da história brasileira, que em seus 35 anos de vigência se demonstrou incapaz de promover a democracia no campo processual penal autoritário.

A Constituição propôs a “refundação” do processo penal brasileiro, direcionando-o ao princípio da dignidade humana, atribuindo-lhe caráter democrático e estruturando-o à imagem e semelhança do sistema acusatório.

Porém, a “renovação político jurídica” que, de acordo com Fauzi Hassan Choukr, “deveria, desde uma perspectiva idealística, ter sido suficiente para que houvesse, no espírito público, a conscientização da necessidade de uma verdadeira *refundação* processual”, não se concretizou (2021, p. 463).

Aliás, dadas as opções legislativas realizadas em matéria processual penal, pode-se dizer que essa “refundação processual”, de matriz constitucional, nunca esteve próxima de se concretizar: “o Brasil optou pelo caminho de segmentar as reformas do CPP em tópicos, as denominadas reformas parciais que foram seletivas e essencialmente reprodutoras da estrutura inquisitiva do regime fascista-varguista” (Choukr, 2021, p. 463).

As diversas reformas pontuais, ainda que cheias de boas intenções, acabaram por criar uma colcha de retalhos, um verdadeiro *frankenstein* jurídico, uma codificação eivada de dicotomias e conflitos internos. Um código que não tem um fio condutor, um princípio reitor, que mistura o "novo" com o "velho" para que tudo mude e continue exatamente como era antes... (Lopes Jr.; Moraes da Rosa, 2016).

Nesse ínterim, um novo Código de Processo Penal, constitucionalmente introduzido no ordenamento jurídico por meio de uma lei ordinária (e não por meio de um decreto-lei

autoritário), devidamente proposta, debatida e votada no Congresso Nacional, teria o poder de efetivar, ao menos formalmente, a reforma completa que o processo penal brasileiro precisa.

Seria forte o suficiente para atribuir às partes a gestão da prova, impedir que o julgador atue de ofício, instituir o juiz das garantias com aptidão a garantir a imparcialidade do juiz da instrução, estruturar um novo sistema de nulidades, consagrar a presunção de inocência e contraditório pleno, enfim, instrumentalizar o princípio acusatório e todos os seus pressupostos.

O novo Código precisa ter suas bases epistemológicas comprometidas com a garantia constitucional de maximizar os direitos fundamentais e exterminar os resquícios inquisitórios:

Entre outros aspectos porque no contexto de *refundação* os velhos intervenientes com suas práticas administrativas (ao lado daquelas de ordem técnica, sem dúvida) devem se sentir *desconfortáveis* com as novas estruturas, a fim de que as práticas antigas que inevitavelmente tenderão a se manter vivas não sejam suficientemente fortes para destruir, do ponto de vista prático, o novo paradigma. (Choukr, 2021, p. 467).

Revogar o atual CPP, do primeiro ao último artigo, é um aspecto formal fundamental à “refundação” do processo penal brasileiro, à transição para o modelo acusatório, mas que de nada servirá caso não seja conjuntamente superada a mentalidade inquisitória, que é o aspecto material mudança.

Jacinto Coutinho, nesse sentido, alerta: “pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar” (2009).

Ao menos do ponto de vista procedimental, a parte mais simples é mudar a lei (basta que se tenha interesse político).

Difícil, no entanto, é mudar a forma por meio da qual a lei é recebida: o novo Código não produzirá a adequação constitucional pretendida caso seja interpretado e aplicado com base na cultura inquisitória que glorifica o processo penal do inimigo.

Eis o teor da mudança de cultura que se deve operar na sistemática processual penal brasileira:

(...) Além da mudança legislativa profunda, é preciso romper com a forma tradicional de pensar o processo penal brasileiro, que se mude a mentalidade e as práticas judiciais e isso exige um profundo e sério engajamento do ministério público, da advocacia e da magistratura. Do contrário seguiremos com um processo penal primitivo e um faz-de-contas-cognitivo. (Lopes Jr.; Minagé, 2022).

A refundação do processo penal exige uma dupla reforma: legal, para consolidar o processo penal acusatório e mental, para interpretar a lei a partir do princípio acusatório.

## CONCLUSÃO

O atual estado de organização do processo penal brasileiro demonstra a potência inquisitória que o inspirou (e ainda inspira), resistindo com sucesso aos preceitos constitucionais que, em matéria de processo penal, são claros ao indicar a adoção de uma matriz democraticamente comprometida com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder do Estado.

A força do autoritarismo processual penal brasileiro é facilmente diagnosticada quando se constata que no mesmo período em que o Código se manteve impermeável a mudanças, o Estado brasileiro conheceu quatro Constituições (1937, 1946, 1967 e 1988).

Esse fato, por si só, já demonstra que no Direito brasileiro é mais fácil fundar uma nova ordem jurídica por meio da promulgação ou outorga (a depender do regime político dominante) de tantas constituições quantas forem necessárias do que refundar o processo penal a partir de uma concepção democrática e crítica.

Na teoria, diz-se que a atual Constituição, no que se refere ao procedimento de alteração, é rígida, pois exige um quórum mais amplo para a alteração de parte do texto constitucional do que para a elaboração e modificação das leis infraconstitucionais. O Código de Processo Penal, portanto, exige um quórum menor e mais flexível, posto tratar-se de uma lei ordinária cujo rito de alteração legislativa resume-se à observância de uma maioria simples de votos.

Entretanto, considerando apenas os 35 anos de vigência da Constituição Cidadã, nota-se que nesse período o texto constitucional sofreu mais alterações do que o próprio CPP, que no máximo experimentou reformas pontuais significativas em 2008 (alteração significativa dos procedimentos comum e especial), 2011 (tratou das prisões e das medidas cautelares diversas da prisão) e 2019 (tentativa de efetivação do sistema acusatório por meio da implementação do juiz das garantias), restando-se todas, em geral, incapazes de romper com a sistemática inquisitória.

Significa dizer que a Constituição, norma suprema do ordenamento jurídico, responsável pela organização do Estado e pela proclamação das liberdades públicas, desde que foi promulgada, sofreu mais de uma centena de mudanças, totalizando, até o presente momento, 131 Emendas Constitucionais.

A sensação que fica é a de que o Código, em sua totalidade, junto da matriz inquisitória que o orienta, é uma cláusula pétreia não declarada. Só isso justifica a facilidade do poder constituinte derivado reformador em alterar o texto constitucional e a imensa dificuldade (ausência de comprometimento constitucional) do legislador infraconstitucional ordinário em adequar, do ponto de vista legal, as práticas processuais penais à Constituição, que demarcou,

categoricamente, uma estrutura processual penal acusatória norteada pela força normativa dos princípios elencados no capítulo 1.

Estrutura acusatória essa que, embora possua envergadura constitucional, como se demonstrou no capítulo 2, é tratada como recomendação indigesta, inapropriada e desnecessária ao suposto modelo processual penal misto (entendendo-se “misto” como um eufemismo punitivista, leia-se: “inquisitório”) consagrado pelo Código de Processo Penal.

Pormenorizadas no capítulo 3, as causas do problema referem-se às matrizes inquisitórias, fascistas e autoritárias que inspiraram a formação do processo penal do inimigo em 1941 e permanecem guiando as práticas forenses em matéria processual penal no Brasil do século XXI.

As potenciais soluções, todas compromissadas com a matriz constitucional-convencional que há de ser a bússola responsável por orientar a atuação do Estado durante toda a persecução penal, desde a investigação preliminar até a fase de instrução e julgamento, representam medidas essenciais à efetivação do sistema acusatório na realidade brasileira, todas trabalhadas de forma minuciosa no capítulo 4.

A responsabilidade pelo retrógrado processo penal brasileiro é dos legisladores que pelo Congresso Nacional passaram e nada fizeram, dos Presidentes que não promoveram uma política pública voltada à humanização do processo penal, dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público cuja atuação colabora com a manutenção do *status quo*, dos professores e doutrinadores das inúmeras faculdades de Direito espalhadas pelo país que promoveram um ensino jurídico acrítico, incapaz de gerar no futuro operador do Direito a indignação necessária à compreensão dos retrocessos patrocinados pelo fenômeno processual penal inquisitório.

O presente trabalho se encerra com a certeza de que o sistema acusatório constitucional é o farol apto a iluminar o processo penal brasileiro e, finalmente, tirá-lo das trevas inquisitórias. Resta lutar pelo comprometimento daqueles que porventura estejam dispostos a seguir esse caminho de luz rumo à materialização do processo penal constitucional acusatório no Brasil.

É como disse Victor Hugo, em *Os Miseráveis*: “Hoje utopia, amanhã carne e osso”.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni G.; SALIBA, Aziz T. **Coleção Fora de Série - Princípios Formais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. ISBN 9788530978877. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978877/>. Acesso em: 13 nov. 2023.
- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.
- BACHA, Edmar; CARVALHO, José Murilo de; FALCÃO, Joaquim; MALAN, Pedro; SCHWARTZMAN, Simon; TRINDADE, Marcelo (Org.). **130 anos: em busca da República**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 nov. 2023.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 13 nov. 2023.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 13 nov. 2023.
- BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm). Acesso em: 13 nov. 2023.
- BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 13 nov. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 509.030**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC509030%20Min.%20Nefi%20Cordeiro.pdf](https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC509030%20Min.%20Nefi%20Cordeiro.pdf). Acesso em: 13 nov. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.298**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.299**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.300**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840552>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.305**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>. Acesso em: 13 nov. 2023.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596687. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596687/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Mitologia processual penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. ISBN 9788502626034. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coord.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, dez. 1998. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 13 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O juiz das garantias e o interesse dos juízes**. Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-17/criminal-player-juiz-garantias-interesse-juizes/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório. cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 13 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O que sobrou do sistema acusatório após a decisão do STF?** Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-19/criminal-player-sobrou-sistema-acusatorio-decisao-stf/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas processuais penais.** 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. ISBN 9788547214678. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547214678/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Globo, 2014.

GOMES, Laurentino. **1822: como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram dom Pedro a criar o Brasil - um país que tinha tudo para dar errado.** 2. ed. São Paulo: Globo, 2015.

GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da Monarquia e a Proclamação da República no Brasil.** 1. ed. São Paulo: Globo, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial.** 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

KHALED JR., Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal: tradição inquisitória, tentação autoritária e racionalidade binária.** 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 12. ed. São Paulo: JusPodivum, 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022b.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022a.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. ISBN 9788502225992. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

LOPES JR., Aury; MINAGÉ, Thiago M. **Atraso nas reformas do sistema criminal e compreensão confusional do processo penal**. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-25/limite-penal-atraso-reformas-sistema-justica-criminal/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Novo Código de Processo Penal é necessário, mas não qualquer um**. Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/limite-penal-codigo-processo-penal-necessario-nao-qualquer/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSMAR, Rodrigues Alencar; TÁVORA, Nestor. **Curso de processo penal e execução penal**. 17. ed. São Paulo: JusPodivum, 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.