

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DEISE HELENA KRANTZ LORA

**A RACIONALIDADE POSITIVA E A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES À IMPARCIALIDADE NO  
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Porto Alegre  
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

DEISE HELENA KRANTZ LORA

**A RACIONALIDADE POSITIVA E A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES À  
IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2018

DEISE HELENA KRANTZ LORA

**A RACIONALIDADE POSITIVA E A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES À  
IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/ PUCRS, como requisito à obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais. Área de concentração: Sistema Penal e Violência. Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Orientador Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2018

## Ficha Catalográfica

L865r Lora, Deise Helena Krantz

A racionalidade positiva e a ausência de condições à  
imparcialidade no processo penal brasileiro / Deise Helena Krantz  
Lora . – 2018.  
300 p.  
Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências  
Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. condições à imparcialidade. 2. processo penal. 3. racionalidade  
positiva. 4. jurisdição. 5. igualdade. I. Giacomolli, Nereu José.  
II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

DEISE HELENA KRANTZ LORA

**A RACIONALIDADE POSITIVA E A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES À  
IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese apresentada como requisito à obtenção do  
título de doutor em Ciências Criminais- Programa  
de Pós-Graduação em Ciências Criminais da  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande  
do Sul/ PUCRS

Aprovada em 21 de junho de 2018

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

---

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

---

Prof. Dr. Aury Lopes Jr.

---

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente

---

Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Porto Alegre  
2018

À Davi, Enzo e Roney,  
... porque eu não existo longe de vocês

Tô louca pra te ver chegar.  
Tô louca pra te ter nas mãos.  
Deitar no teu abraço.  
Retomar o pedaço.  
Que falta no meu coração.

Eu não existo longe de você.  
E a solidão é o meu pior castigo.  
Eu conto as horas pra poder te ver.  
Mas o relógio tá de mal comigo.

## **AGRADECIMENTOS**

Essa tese foi produto de muitos pensamentos e palavras... Ela, a tese, traz consigo a essência da pluralidade e, se humana fosse, personificaria as máximas que ao longo da história tem denotado o impulso associativo da humanidade. Isso significa que apesar de a reflexão e a organização de ideias constituir um trabalho extremamente solitário, essa pesquisa (e a pesquisadora) nunca estiveram verdadeiramente desacompanhadas.

Então o agradecimento aqui disposto deveria alcançar todas e todos que participaram das inúmeras fases de uma vida de aprendizado, sempre em curso. Entretanto e como é impossível nominar uma multidão, as referências a seguir efetuadas trazem consigo o conteúdo e a responsabilidade de incluir aqueles involuntariamente excluídos.

O reconhecimento primevo segue aos professores, mestres da academia e da vida que deixam um pouco de si em cada estudante. Daí a lembrança especial aos docentes do PGCCRIM-PUCRS, pela qualificada crítica que realizam e, sem exceção, são responsáveis pela vanguarda do pensamento jurídico e social. Em particular, ao professor Dr. Nereu José Giacomolli, orientador desse trabalho que, com serenidade, desvelo e sabedoria consegue, como poucos, diagnosticar problemas e apontar soluções. Muito, muito obrigada!

Ademais, o tema desta investigação não surgiu espontaneamente, produto que foi de leituras, leituras e leituras, além da colheita de sugestões advindas de mentes brilhantes como as dos doutores Alexandre Morais da Rosa, Lopes Jr. e Jacinto Coutinho. A pesquisa, também, foi guiada pelos sensatos conselhos dos professores que gentilmente participaram da respectiva qualificação, doutores Giovani Saavedra, Ricardo Jacobsen Gloeckner e Rogério Gesta Leal, sem cujas considerações o caminho teria sido mais árduo e tormentoso.

Ainda, os amigos são outros a deixar marcas profundas, merecendo mais do que as palavras podem expressar. São muitas e muitas pessoas representadas por tudo que uma mão estendida significa. Daí que os colegas da turma do doutorado, companheiros de discussões regadas a café, Ana Cláudia Cifali, Bruna Capparelli, Brunna Laporte Cazabonnet, Caíque Ribeiro Galícia, Daniel Leonhardt dos Santos e David Leal, reúnem tudo o que fraternidade e solidariedade podem proporcionar.

Outro auxílio a registrar é aquele que foi possibilitado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e também pela PUCRS. Trata-se da educação sendo tratada com a seriedade que merece.

Por último, mas nunca em termos de importância, à família segue o agradecimento maior e mais profundo: Davi e Enzo, vocês despertam em sua mãe sentimentos maravilhosos como felicidade, orgulho e amor infinito. Obrigada sempre! Não é clichê referir o colorido diferente que a vida ganhou depois de seus nascimentos. Roney, obrigada... Privilégio é poder dividir a vida contigo. Por isso, jamais haverá retribuição suficiente a todo amor, companheirismo e dedicação que você tem proporcionado durante esses anos. Mãe: tua presença é mais do que uma ideia, é uma inspiração esperançosa de que existe algo mais do que acredita nossa vã filosofia...



Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo.  
E examinai, sobretudo, o que parece habitual.  
Suplicamos expressamente:  
não aceiteis o que é de hábito como coisa natural,  
pois em tempo de desordem sangrenta,  
de confusão organizada, de arbitrariedade consciente,  
de humanidade desumanizada,  
nada deve parecer natural,  
nada deve parecer impossível de mudar.

Bertold Brecht

## RESUMO

Supostamente, a democracia processual garante a participação equânime das partes durante controvérsias judiciais criminais e da atuação dos envolvidos resulta a análise ponderada e adequada entre os fatos e a materialidade das normas constitucionais. Entretanto, a perturbação a este quadro é tangível e decorre de fatores como a parcialidade do juiz, elemento responsável por desequilibrar a dinâmica jurisdicional e que se manifesta na predileção do julgador por qualquer das partes, ou ainda, nas situações em que os interesses conscientes e inconscientes do magistrado revertem ao proveito ilegítimo dos pólos processuais. Assim, como não é possível controlar as propensões ocultas do poder jurisdicional, cabe ao procedimento e ao processo penal estabelecer balizas à atuação arbitrária, assim diminuindo as condições de julgamentos viciados. Este problema decorre de várias hipóteses, pressupostos de pesquisa que versam deste o encadeamento contextual do pensamento jurídico, a posturas interpretativas dissociadas do conteúdo das normas fundamentais, até a desvinculação entre o paradigma científico de estrita racionalidade e a emancipação de subjetividades – conforme pretendido pela releitura ética do ‘eu’ pelo ‘outro’ defendida por Emmanuel Levinas. Os resultados obtidos versaram sobre: a) a necessidade de adoção legislativa de cláusula aberta quanto às hipóteses de impedimento e suspeição, supressão de elementos investigatórios dos autos da ação e subtração do poder instrutório judicial; b) proposta de ampla modificação procedimental que consubstancie separação de funções judiciais e permita a alteração democrática de agentes decisórios nas fases investigatória, instrutória e decisória; c) premente mutação cultural e a efetiva adoção da dignidade do ‘outro’ criminalizado como parâmetro de existência, valorativo e exegético da atuação da jurisdição em sede das ciências criminais. Área de concentração: Sistema Penal e Violência. Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. PALAVRAS-CHAVE: Imparcialidade. Jurisdição. Subjetividade. Legitimidade. Processo Penal. Reformas.

## RIASSUNTO

Presumibilmente, la democrazia processuale garantisce la pari partecipazione delle parti durante le controversie giudiziali criminali e dall'attuazione dei coinvolti risulta l'analisi ponderata e adeguata tra i fatti e la materialità delle norme costituzionali. Tuttavia, la perturbazione a questo quadro è tangibile e decorre dai fattori come la parzialità del giudice, elemento responsabile per sbilanciare la dinamica giurisdizionale e che si manifesta nella predilezione del giudice ad una delle parti, o ancora, nelle situazioni in cui gli interessi coscienti e incoscienti del magistrato confluiscono a profitto illegittimo dei polli processuali. Quindi, come non è possibile controllare le propensioni occulte del potere giurisdizionale, spetta al procedimento e alla procedura penale istituire limiti all'attuazione arbitraria diminuendo le condizioni di decisioni viziate. Questo problema deriva da varie ipotesi, presupposti di ricerca che si occupano di questo concatenamento contestuale del pensiero giuridico confluyente in posizioni interpretative dissociate dal contenuto delle norme fondamentali, fino allo svincolamento tra il paradigma scientifico di stretta razionalità e l'emancipazione della soggettività - secondo preteso dalla rilettura etica dell' 'io' dall' 'altro' sostenuta da Emmanuel Levinas. I risultati ottenuti sono: a) la necessità dell'adozione legislativa di clausola aperta riguardante l'ipotesi di impedimento e sospetto, soppressione degli elementi investigativi dell'azione criminale e sottrazione del potere investigativo giudiziario; b) proposta di ampia trasformazione procedimentale che garantisca la separazione delle funzioni giudiziarie e consenta il cambiamento democratico dei professionisti presenti nelle fasi d'indagine, istruttoria e decisionale; c) pressante il cambiamento culturale e l'effettiva adozione della dignità dell' 'altro' criminalizzato come parametro dell'esistenza, valutativo, e esegetico dell'attuazione della giurisdizione nell'ambito delle scienze criminali. Area di concentrazione: sistema criminale e violenza. Linea di ricerca: sistemi legali-criminali contemporanei. PAROLE-CHIAVE: Imparzialità, Giurisdizione. Soggettività. Legittimità. Procedura Penale. Riforme.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1:	Custo do sistema de justiça por habitante .....	255
Tabela 2:	Número de juízes por grupo de cem mil habitantes .....	257
Tabela 3:	Tempo médio para tramitação de ações criminais .....	258
Tabela 4:	Potencial humano (juízes) na estrutura judicial brasileira .....	260
Tabela 5:	Potencial humano (servidores) na estrutura judicial brasileira.....	260

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEPEJ - European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ

CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

HC – Ação de *Habeas Corpus*

INE - Instituto Nacional de Estadísticas – Chile

MJDH - Ministerio de Justicia e Derechos Humanos – Chile

OEA – Organización dos Estados Americanos

RHC – Recurso em *Habeas Corpus*

STF – Supremo Tribunal Federal

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	16
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>PROCESSO PENAL RACIONALIZADOR E OS FUNDAMENTOS CONTEXTUAIS À IMPARCIALIDADE</b> .....	22
<b>1.1 O contraditório estado da arte: entre subjetividade e processo penal</b> .....	22
1.1.1 Situando o argumento: pressuposto, o método e a antítese .....	23
1.1.2 A subjetividade em questão: do ‘eu’ racional ao sujeito ético de Emmanuel Levinas....	30
<b>1.2 O processo penal e o caminho percorrido: entre a superação e a permanência de paradigmas</b> .....	53
1.2.1 O racionalismo iluminista e o processo de humanização das penas: do corpo para a mente .....	57
1.2.2 A ciência jurídica avaliativa: o delineamento da ‘isenção’ pelo positivismo jurídico ..	71
1.2.3 ‘Sistema’ processual misto e a junção do inconciliável .....	88
<b>1.3 (Re)situando o argumento: entre a inconsciente racionalidade à subjetividade ética infinita</b> .....	10
0	
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>CIRCUNSCRIÇÃO FORMAL E MATERIAL DA IMPARCIALIDADE: ANÁLISE DA APLICABILIDADE (IN)COMPLETA DE UM CONCEITO JURÍDICO</b> .....	105
<b>2.1 Parâmetros teórico-legislativos à imparcialidade e a atuação dos personagens da jurisdição</b> .....	105
2.1.1 Jurisdição, equidade e igualdade: uma digressão pela imparcialidade e suas conexões possíveis .....	108
2.1.2 Imparcialidade como elemento essencial à efetividade jurisdicional: a relação com princípios processuais correlatos .....	128
<b>2.2 A separação formal entre imparcialidade e neutralidade: o longo (e difícil) caminho da ciência à prática jurídica</b> .....	143
<b>2.3 Complementando o conceito: de elementos materiais até o Tribunal Europeu de Direitos Humanos</b> .....	155

2.3.1 O dever de imparcialidade em âmbito local: a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	100
2.3.2 A imparcialidade no Brasil e a exasperação do problema: as consequências da escassez de identidade jurídica.....	174
2.3.3 Os poderes instrutórios do juiz e a compulsão pela evidência .....	194
<b>2.4 A guisa de conclusões preliminares.....</b>	<b>207</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>O PROCESSO PENAL E CAMINHOS POSSÍVEIS: POR UMA IMPARCIALIDADE INTERDISCIPLINAR .....</b>	<b>210</b>
<b>3.1 Expandindo o debate: aportes interdisciplinares à imparcialidade material .....</b>	<b>210</b>
3.1.1 Teoria da Dissonância Cognitiva.....	216
3.1.2 Schünemann: o ‘juiz como um terceiro manipulado no processo penal’ .....	220
<b>3.2 A transposição inquisitorial na Itália e reforma processual penal .....</b>	<b>229</b>
<b>3.3 A democracia processual penal e a reforma chilena .....</b>	<b>243</b>
<b>3.4 A situação brasileira: entre inquisitorialidade, imparcialidade e as indispensáveis reformas processuais .....</b>	<b>249</b>
3.4.1 Procedimento: o caminho das melhores condições à imparcialidade.....	253
3.4.2 As transformações possíveis e a respectiva avaliação ‘econômica’ .....	255
3.4.3 A racionalidade ética e imparcialidade: uma mutação cultural necessária.....	264
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>273</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>282</b>

## INTRODUÇÃO

A complexidade humana expressa inúmeras significações e sentidos, bem como revela uma constante tensão nas conexões entre o ser e o outro, bem como entre o próprio indivíduo e seu entorno. Em consequência, investigações que envolvem a subjetividade inserem cada um desses elementos em uma relação indivisível, alimentada por constantes interpretações e reinterpretações. Inserida no contexto do direito, a subjetividade, considerando a obscuridade que lhe é inerente, precisa ser analisada em sede dos institutos jurídicos, a exemplo da imparcialidade.

Assim e a fim de que tal tarefa seja empreendida, é necessário um pensamento amplo, complexo. Entretanto, como o saber foi historicamente segmentado de forma disciplinar, a simplificação daí decorrente não se mostrou suficiente para a compreensão de fenômenos produzidos pela comunicação entre diferentes sistemas, como o jurídico e o social. Dessa forma, é incorreta a pretensão de que a ciência jurídica, isoladamente, possa avaliar situações que transcendam à estéril cognoscibilidade normativa.

O enfoque interdisciplinar a ser efetuado na esfera singular do processo penal, então, constitui uma alternativa possível à verificação ampliada da subjetividade pelo direito, pela psicologia, pela psicanálise e pela filosofia, instrumentos teóricos que podem embasar uma crítica construtiva acerca da adequação do conceito de imparcialidade aos procedimentos correlatos. Isto deve ser empreendido objetivando confirmar ou refutar a tese de que a noção jurídica instrumental acerca do instituto é inadequada, apesar de estabelecer e legitimar o fazer jurídico pela imagem de ‘algo que não é o que sustenta ser’. Em outras palavras, há uma profunda desarmonia entre a compreensão de imparcialidade como princípio fundamental do processo e as ferramentas processuais que deveriam albergar as garantias correspondentes. Essa defasagem, conseqüentemente, merece ser perscrutada, justamente para que seja possível vislumbrar horizontes aptos a transpor o quadro.

Cabe ressaltar, entretanto, que a discussão não se opõe à dupla faceta (obrigação e dever) de imparcialidade como traço essencial à atividade jurisdicional, mas à aplicabilidade desse elemento essencial por meio de pressupostos possivelmente equivocados. Assim, o debate a ser desenvolvido nas próximas páginas refere-se muito mais ao conteúdo operacional do conceito do que à sua legitimidade jurídico-filosófica. Desse modo e com base em uma releitura substancial do termo, a presente pesquisa pretende traçar seus limites possíveis e, a



contar deles, sugerir o procedimento pertinente à arquitetura processual no contexto democrático.

Nessa seara, muitos foram os problemas jurídicos que tornaram premente o debate, em especial, o questionamento adstrito à exequibilidade desse ‘valor’ constitucional quanto aos envolvidos em ação penal. Sobre esse ponto, importante referir que a violência (acepções física, psicológica, moral e até mesmo teórica), constitui, por si só, uma disfunção social de proporções suficientes para embasar infundáveis estudos relacionados ao potencial criminalizante que detém. Contudo, na presente investigação científica tal variável não será diretamente abordada, com exceção da reação estigmatizante que provoca. Opção esta que se explica porque, quando a onda de estereótipos envolve a jurisdição, a situação atinge proporções tão ou mais preocupantes do que o fenômeno isolado eis que agregada à dimensão do poder estatal que foi edificada para evitar arbitrariedades. É, porém, precisamente nesse cenário de contradições, que são determinados destinos de indivíduos, homens e mulheres duplamente rotulados, a depender da postura daqueles que são responsáveis por operacionalizar e instrumentalizar a justiça.

Nessa acepção, as investigações interdisciplinares e transdisciplinares são expressivas no que tange às repercussões, na sentença, de perspectivas subjetivas e eventualmente inconscientes, quanto ao ‘controle’ do crime e ‘combate’ à violência. Ademais e em termos conglobantes, importante assentar que a prestação jurisdicional pode também estar relacionada a outros aspectos psicológicos instintivos, que decorrem de posturas ideológicas relacionadas à economia, política e religião, entre múltiplos outros comportamentos inerentes ao mundo da vida, mas que transcendem ao produzido pelas partes nos processos judiciais. Daí que a imparcialidade surge como um dever do julgador, bem como um direito do jurisdicionado a uma decisão ponderada e equilibrada. Assim e relativamente à obrigação de inércia quanto aos interesses em questão, é significativo consignar que não se trata apenas de obstar predileções diretamente vinculadas a qualquer dos envolvidos, mas também de rechaçar que propensões subjetivas e análogas às dos implicados interfiram na democracia processual. Desse quadro desponta o caminho primevo à pesquisa, ou seja, a difícil combinação entre os planos presumido e tangível da imparcialidade.

Isso significa que a análise parte de algumas hipóteses fundamentais, como por exemplo, o fato de a imparcialidade constituir um pressuposto legítimo à jurisdição, tendo sido, contudo, delimitada por um modelo racionalizado de ciência jurídica que deve ser submetido à crítica teórico prática. Importante ressaltar, ainda, que a verificação do paradigma

racional em que inserido o dever de imparcialidade será procedida com base em sua antítese, ou seja, por um modelo de subjetividade ética que transcende a lógica puramente individual. A partir disso justifica-se não apenas o emprego do método dialético e a consideração da complexidade, mas também a adoção referencial das noções de sujeito, responsabilidade pelo outro e justiça, presentes no pensamento de Emmanuel Levinas.

Como consequência, é igualmente hipótese ao problema, a existência de uma profunda crise de identidade relativa à compreensão do que representam os direitos em face de estruturas arbitrárias de poder. Assim é que a primeira parte do trabalho destina-se à análise dessa conjectura, objetivando auxiliar na definição da conduta apartidária do juiz em termos de seu encadeamento existencial. Como já referido, o direito atual foi estruturado por um paradigma racional de ciência, fundado na crença do controle do homem sobre todas as coisas (inclusive sobre si mesmo). Nesse sentido, a cognoscibilidade passou a alicerçar a sociedade moderna por um raciocínio lógico sistemático que, inicialmente aplicado ao saber natural, transcendeu às ciências exatas para atingir os espaços sociais, econômicos e jurídicos, entre outros.

Isso circunscreveu uma compreensão singular de subjetividade: mecanicista e objetiva. Por conseguinte, a elaboração de conceitos e instrumentos de controle foi limitada a esta mesma visão. Assim e especificamente em sede do pensamento jurídico, o ideal de ciência racional foi conjugado a um processo de consolidação formal dos direitos individuais que persiste até hoje. Daí que a ‘idade das luzes’ e da racionalidade transmitiu uma acepção ‘evolucionista’ que marcou profundamente o direito e colocou o homem determinado no centro de todas as preocupações. Ademais, essa mesma circunscrição ontológica possibilitou também o desenvolvimento do positivismo jurídico, uma manifestação do modelo neutral de ciência que, com base em postulados genéricos, foi aplicado ao direito para aperfeiçoar a técnica normativa e dissociá-la de qualquer influxo humano irracional.

Em outras palavras, o capítulo I pretende mais do que demonstrar esse contexto. Sua tarefa é, além de definir o ambiente de elaboração de institutos jurídicos específicos, questionar sua respectiva adequação ético-democrática. Para tanto, outros pontos também integram a análise, a exemplo da conotação que tem o ‘sistema’ penal misto na definição da identidade (ou falta dela), em sede do processo penal hodierno. Aliás, outra hipótese fundamental à pesquisa diz respeito ao fato de que as ciências criminais estão inseridas em um universo que extrapola o jurídico e se situa em um intrínseco modelo social. No Brasil, especificamente, esse quadro esteve associado a relações de dominação e de controle de

subjetividades que fazem parte da história do país. Então, é também importante definir, por meio do cenário de estrita racionalidade (e de sua crítica), quais foram as respectivas implicações em sede dos institutos intrínsecos à dinâmica processual penal brasileira.

Na sequência e uma vez definido o cenário contextual da imparcialidade, a segunda parte do trabalho volta-se à configuração específica do conceito, definindo-se seus aspectos limitadores e principalmente a íntima relação com a jurisdição e isonomia. Aspectos como a separação do conceito em termos objetivos e subjetivos, além das vertentes interpretativas dos tribunais nacionais e internacionais também serão abordados. Então, e objetivando contrastar as realidades global e regional, o Capítulo II da pesquisa pretende, inicialmente, delinear teoricamente o conceito de imparcialidade para, depois, esmiuçar sua aplicabilidade prática.

Nesse sentido, dar-se-á primazia ao julgamento do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Supremo Tribunal Federal para, com suporte nos excertos obtidos, ser possível avaliar a dinâmica do assunto e as respectivas incongruências. Sobre o cotejo teórico-prático, cabe ressaltar que a primazia à adequação procedimental justifica-se, tanto pela originalidade científica instrumental (tendente à formulação de propostas consentâneas à problemática), quanto pela já existência de estudos acerca do conteúdo do conceito de imparcialidade. Em síntese, o Capítulo II, partirá do pressuposto de que os tribunais delimitam de forma insuficiente o assunto, causando um déficit de cidadania e democracia que transcende ao ‘locus’ processual penal.

Outro ponto a esclarecer, entretanto, reporta-se à extensão da verificação jurisprudencial já que as propostas procedimentais que a pesquisa pretende apresentar se relacionam ao Brasil. Ocorre que como a tese perpassa pela (des)harmonia entre teoria e prática e considerando que boa parte das reflexões conceituais hoje vigentes foram construídas externamente ao direito brasileiro, a ampla análise de precedentes (TEDH, CIDH e STF) mostra-se necessária. Isso acontece principalmente porque existe concatenação, ainda que sectária, entre o pensamento produzido localmente e os sistemas e informações de direito comparado. Ou seja, assim como a imparcialidade, na qualidade de instituto processual está permeada de seu contexto, também as orientações jurídicas sofrem influências do conjunto – tanto positivas quanto negativas. Assim e, além de um importante elemento de confrontação, são também os julgados de cortes supranacionais mecanismos de compreensão e equacionamento da controvérsia.

A última parte da pesquisa, por derradeiro, pretende, com base nos elementos dispostos nos capítulos I e II, rediscutir a imparcialidade em termos instrumentais e filosóficos. Basicamente, propõe-se uma releitura material da problemática, a fim de transcender a aspectos meramente formais e atingir o procedimento que melhor perfectibilize a essência do princípio propriamente dito, como também a exequibilidade de outros diretamente relacionados. Assim, e em termos exemplificativos, proceder-se-á a análise de estruturas processuais que sofreram modificações consideráveis nas últimas décadas, objetivando examinar a efetividade das alterações no âmbito da imparcialidade, além de averiguar se mudanças qualitativas são factíveis.

Para tanto, serão verificadas as transformações operadas em dois sistemas de direito comparado, um europeu e outro sul americano, mais especificamente Itália e Chile. Tal escolha não foi promovida aleatoriamente e se apoia no fato de que o último desses modelos está situado em espaço cultural, territorial e social semelhante ao brasileiro. A outra referência investigativa, apesar de geograficamente distante do país, guarda uma profunda identidade jurídica com o Brasil, tanto porque é a matriz da '*civil law*' - vertente inspiratória de muito do que consta no direito nacional - como porque o processo penal italiano, em especial, o antigo 'código Rocco', serviu como paradigma às ciências criminais locais. Demais disso, a análise se revela ainda mais expressiva quando se constata que a reforma italiana revogou expressamente dispositivos que, em analogia, continuam vigentes em terras verde e amarelas.

Ademais, a partir dessas amostras, busca-se-à dar efetividade à tese, pois somente pela análise comparativa entre o que já foi feito nas duas regiões, além da verificação da realidade específica, será aceitável entabular propostas. Estas, por sua vez, serão perscrutadas por dados oficiais tendentes a demonstrar, ao lado da questão teórica, a conjuntura operacional necessária para a prática transmutacional correspondente.

Em síntese: a certificação da tese acerca da inadequabilidade procedimental da imparcialidade no Brasil será explorada por meio de três hipóteses fundamentais: a primeira tocante à incompreensão substancial dos agentes jurídicos locais quanto à circunscrição material do termo, algo que é produto de uma cultura historicamente autoritária; a segunda relativa ao módico contributo exegético de tribunais supranacionais sobre a questão, o que não só prejudica a noção fundamental acerca da imparcialidade, como também alcança a aplicabilidade de princípios correlatos, a exemplo de contraditório e isonomia; a última, a seu tempo, é propositiva e desenrola-se tanto pela imprescindibilidade de alterações, quanto pela verificação de alternativas que possibilitem melhor acessibilidade à imparcialidade no país.

Importante estabelecer, ainda, que os pressupostos de pesquisa interligam-se, sendo todos eles influenciados por uma variável fundamental, que é correspondente à cultura jurídica. Sendo assim e ao final, promover-se-á uma releitura das conclusões da pesquisa, mediante uma perspectiva de racionalidade diversa da estritamente individual. Trata-se da verificação dos resultados sob a perspectiva de uma nova subjetividade, aquela da linguagem do outro e da alteridade, presente no pensamento de Emmanuel Levinas.

Ademais, a investigação vincula-se ao programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, mais especificamente à linha de pesquisa em Sistemas Jurídico-Penais. Nesse sentido, os estudos realizados pelo Grupo de Pesquisa Processo Penal Contemporâneo: Fundamentos, Perspectivas e Problemas Atuais não apenas embasam a discussão, mas conferem sustentação à tentativa de proporcionar coerência interna ao processo penal hodierno, identificando-o a valores constitucionais democráticos.

## CAPÍTULO I

### PROCESSO PENAL RACIONALIZADOR E OS FUNDAMENTOS CONTEXTUAIS À IMPARCIALIDADE

#### 1.1 O contraditório estado da arte: entre subjetividade e processo penal

O humano congrega dimensões tão indeterminadas quanto a subjetividade que lhe é inerente, o que torna extremamente obscuras as conexões correspondentes. Demais disso, há um constante antagonismo entre o próprio ser, como também entre o indivíduo e o seu entorno. Não obstante, a racionalidade positiva empreende análises limitadas sobre o assunto, apesar de aparentemente dirimir o problema. Em geral, as ciências jurídicas padecem com esta ambiguidade, o que inclusive pode ser verificado nas investigações sobre o juiz e o instituto jurídico da imparcialidade. Demais disso, esse quadro foi dificultado pela segmentação disciplinar do conhecimento bem como pela ausência de análise interdisciplinar desses fenômenos. Isso significa que ainda que a imparcialidade tenha sido definida como princípio supremo do processo<sup>1</sup>, ou tida como elemento fundamental à legitimidade da jurisdição<sup>2</sup>, da isonomia e da justiça<sup>3</sup>, existe um grande descompasso entre os atuais limites à atuação judicante e a efetividade substancial de julgamentos isentos.

Nesse sentido, as próximas páginas destinam-se a situar a subjetividade no contexto do processo penal e da filosofia jurídica, objetivando estabelecer parâmetros à formação e apreciação dos conceitos vigentes. Para tanto, parte-se do pressuposto de que as construções do direito não são isoladas e refletem relações de poder, configurações sociais, ideológicas e econômicas. Assim, a análise das condições à imparcialidade, necessária à verificação de sua (in)suficiência ao enfrentamento de conflitos jurídicos, requer a verificação primeira das matrizes e fundamentos do direito e do processo penal em que estão inseridas. Daí que caracterizar a trajetória percorrida pelo pensamento de uma época pode oferecer instrumentos crítico-reflexivos à compreensão dos problemas atuais, além de auxiliar no vislumbre de transformações possíveis. Em vista disso, a apreciação inicial voltar-se-á à racionalidade

---

<sup>1</sup> MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

<sup>2</sup> AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: Trirant Lo Blanch, 1999, p. 16

<sup>3</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2007, p. 1 e 45.

intrínseca à modernidade, suas consequências e limitações para, então, analisar as manifestações de tal construção teórica na circunscrição material da imparcialidade. Trata-se de análise conjunta de presente, passado e futuro que objetiva evitar ‘a tentação do determinismo’, ou rejeitar “uma mudança radicalizada: uma mudança valorizada por si mesma”<sup>4</sup>.

### 1.1.1 Situando o argumento: pressuposto, o método e a antítese

Há muito Coutinho<sup>5</sup>, Warat<sup>6</sup>, Portanova<sup>7</sup> entre outros, consignaram que o Direito é ideológico. No campo das ideias, isso pode significar uma abertura ao questionamento acerca do conteúdo do que se registra, aceita e compartilha como jurídico. A ‘bricolage’, como definiu Moraes da Rosa<sup>8</sup>, atinge não apenas a decisão penal, mas tudo aquilo que se define como “verdade” e que corresponde às crenças e convicções de seus interlocutores.

Não obstante as múltiplas definições do que seja ideologia em Marx, Sloterdijk e Zizek, entre tantos outros, o termo expressa, em termos gerais, um conjunto de concepções e ideias capazes de orientar ações políticas, econômicas ou sociais. A questão refere-se, principalmente, às relações que, de forma consciente ou ‘fantasiosa’, são estabelecidas entre o ‘real’ e os vínculos de poder. Marx, por exemplo, vê na ideologia estratégias de dominação que são ilusórias (uma falsa consciência), latentes aos meios de produção e ocultadas das

<sup>4</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Trad. de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 32.

<sup>5</sup> COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 30, ano 30, 1998, p. 172. O autor, citando Lyra Filho, manifesta a necessidade de se “reconhecer que o direito, de modo inegável, é ideológico”. Afirma, ademais, que a própria lei, mediante expressões como segurança, isonomia, liberdade, entre outras, define claramente uma tomada de posição. Isso transmite um importante alerta sobre a parcialidade jurídica, não apenas subjetiva, mas também normativa. Daí que a investigação respectiva requer uma discussão crítica sobre o Direito.

<sup>6</sup> WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 3, vol. 5, 1982, p. 49. Warat denuncia a necessidade de deslocamento epistemológico da ciência judicial, de forma que “a análise das verdades jurídicas exige a explicitação das relações de força, que formam domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e do próprio conhecimento”. O autor sustenta ainda que tal processo de ‘cientificação’ do direito é realizado na e pela própria *práxis*, através da legitimação de sentidos e significados como “uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme” p. 52.

<sup>7</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 17. O termo ideologia é retratado pelo autor como polêmico. Entretanto, é definido como “influências pré-jurídicas sobre significados, valores e fins humanos, sociais e econômicos, ocultos (ou não) que vão inspirar a decisão judicial”.

<sup>8</sup> ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 384-385. A decisão judicial é produto de uma atividade humana e como tal, revela os significantes e significados de cada julgador, em conformidade com cada sentido individual. Posturas arbitrárias (mesmo inconscientes) produzem “julgamentos” da mesma ordem, de maneira que “as tramas, versões” podem ser muitas e a escolha de poucos. Por isso que o ato decisório, para além da lógica, precisa atender às regras do jogo processual e estar permeado por uma ética material.

classes trabalhadoras<sup>9</sup>. Já Sloterdijk percebe o cinismo intrínseco ao instituto que, para o autor, fica evidente por meio de uma ‘falsa consciência ilustrada’, manifestada por ações supostamente impreteríveis e necessárias: “saben loque hacen, pero lo hacen porque las presiones de las cosas y el instinto de autoconservación, a corto plazo, hablan el mismo lenguaje y les dicen que así tiene que ser”<sup>10</sup>. Zizek, de outro lado, a despeito de concordar com as concepções do filósofo alemão, questiona tanto as noções de ideologia quanto sua crítica. Para tanto, alerta que “quando um processo é denunciado como ‘ideológico por excelência’ pode-se ter certeza de que seu inverso é não menos ideológico”<sup>11</sup>. Acerca destas discrepâncias interpretativas, Gloeckner identifica, com base em Zizek, que a ideologia, para o marxismo, pode ser resumida na máxima “eles não sabem o que fazem”, ao passo que na concepção de Sloterdijk constituiria “eles sabem o que fazem, mas mesmo assim o fazem”<sup>12</sup>. De qualquer forma, a consequência seria, para os autores, a naturalização das relações de influência, controle e subjugação.

Entretanto, o que releva, em termos da aproximação entre o direito e a ideologia, foi o definido por Derrida, ao deslindar o conteúdo da expressão ‘força de lei’. Com base nela, o autor franco-argelino aponta a utilização da coerção para ‘legitimar’ os excessos da justiça, que servem como ‘álibi’ de neutralidade a perspectivas que determinam a atuação de legisladores e julgadores.

Em outras palavras, as escolhas jurídicas, apesar de eventualmente iníquas, detêm aparente isenção “a lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados”<sup>13</sup>, o que encobre o risco substancial de contaminação tendenciosa. Sloterdijk faz um raciocínio semelhante, mas voltado ao necessário desnude da “unidade de verdade” ao referir: “por todas partes se descubren mecanismos extrarracionales del pensar: intereses, pasiones, fijaciones, ilusiones. Esto ayuda un poco a atenuar la escandalosa contradicción existente entre la postulada unidad de la verdad y la pluralidad realde las opiniones... cuando ya no se la puede suprimir”<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Trad. de Juarez Guimarães e Suzane Felicie Léwy. 8ª edição, São Paulo: Cortez, 2003, p. 101.

<sup>10</sup> SLOTERDIJK, Peter. **Crítica de la razón cínica** [1983]. Trad. de Miguel Ángel Veja, Madri: Ediciones Siruela, 2003, p. 40.

<sup>11</sup> ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um mapa da ideologia**. Trad. de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Contraponto, 1ª reimpressão, 1996, p. 10.

<sup>12</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2017, p. 70.

<sup>13</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. de Leyla Perrone-Moisés, 2ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 55.

<sup>14</sup> SLOTERDIJK, Peter. **Crítica de la razón cínica**. Op. cit. p. 57-58.



De qualquer forma e transcendendo a ideologia para atingir também outros aspectos teórico-práticos, o que se tem denunciado é a diversidade do Direito, dos elementos, sujeitos e instituições que o formam. Isto não significa que inexistem pontos de referência, mas importa interrogar qual a profundidade da análise teórica que os encerra ou, ainda e principalmente, se a diversidade das ciências e do homem foi considerada na sua formulação.

Nesse sentido, a modernidade e o racionalismo foram responsáveis por difundir a crença de que o Direito é absoluto por si só e, como tal, deve estar dissociado de convicções pessoais daqueles que o determinam, interpretam e aplicam. Ocorre que a subjetividade está presente em incontáveis nuances do que é jurídico, sendo perceptível em aspectos que vão desde as manifestações de poder e sujeição contidas no já referido ato de legislar, até às implicações recíprocas do controle que sociedade e Estado exercem sobre as pessoas a partir da jurisdição. Assim, considerando que não se trata de processos mecânicos e que cada uma destas esferas (individual ou coletiva) foram e são produto da dimensão humana, é impossível dissociar a multiplicidade psicossocial do sujeito no cotidiano do Direito, a exemplo dos preceitos relativos à imparcialidade objetiva do julgador (dever) e subjetiva (poder).

Por isso, relacionar Direito, subjetividade e imparcialidade, sendo a ideologia apenas uma das facetas funcionais<sup>15</sup> do dever de isenção judicial, constitui aspecto imprescindível à compreensão do tema. Em síntese, há um descompasso entre a natureza humana e a composição dos conceitos jurídicos fundamentais, de maneira que a tarefa é adequar os elementos, para compatibilizá-los materialmente ao conhecimento científico e à *práxis* cotidiana supostamente racional. Disso desponta a escolha do método dialético para orientar a pesquisa, uma vez que permite a busca do conhecimento por meio da análise de contradições e negações, em sede qualitativa, para a descoberta de transformações possíveis.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Sobre o assunto, colhe-se de Chauí: “a função principal da ideologia é ocultar e dissimular as divisões sociais e políticas, dando-lhes a aparência de indivisão social e de diferenças naturais entre os seres humanos. ‘Indivisão’: apesar da divisão social das classes, somos levados a crer que somos todos iguais porque participamos da ideia de ‘humanidade’ ou da ideia de ‘nação’ e ‘pátria’, etc. ‘Diferenças naturais’: somos levados a crer que as desigualdades sociais, econômicas e políticas não são produzidas pela divisão social de classes, mas por diferenças individuais dos talentos e das capacidades” In: **Convite à filosofia**. 14ª edição, 1ª reimpressão, São Paulo: Atlas, 2010, p. 218.

<sup>16</sup> Para Orlandi: “La ricerca non può né deve essere incapsulata in teorizzazioni metodologiche che pretendano di limitarla. La libertà è attributo essenziale della ricerca: questa o è libera o non è ricerca (nel senso che la cultura accademica occidentale attribuisce al termine)” E ainda: “Ma anche attenzione ai problemi pratici e alle questioni organizzative riguardanti la giustizia penale: ciò che richiede predisposizione al lavoro interdisciplinare e capacità di coltivare relazioni con esperti di altri settori disciplinari sia nell’ambito delle scienze giuridiche, sia nel campo delle scienze sociali e storico-filosofiche”. In: Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e l’apporto delle conoscenze extranormative. **Criminalia Annuario di scienze penistiche**, Edizioni ETS, 2014, p. 619-636. Disponível em [http://www.edizioniets.com/Priv\\_File\\_Libro /3050.pdf](http://www.edizioniets.com/Priv_File_Libro /3050.pdf). Acesso em 15 de julho de 2016.

Ao lado da dialeticidade, o paradigma da complexidade, retratado e difundido especialmente por Edgar Morin, assume, ainda que de forma limitada, relevância no trabalho. Isto porque a perspectiva complexa possibilita considerar o mundo de forma conjuntural e transdisciplinar. Para o autor, “o pensamento complexo não é um conceito manipulável, mas permite integrar em si próprio uma visão que busca a multidimensionalidade, a contextualização”<sup>17</sup>. Isso implica uma concepção integrada entre ser e objeto, no sentido de incluir à investigação a intervenção do sujeito, em uma proposta de interações mútuas entre o ponto de partida, a trajetória e o destino. Dito de outra forma, trata-se de uma abordagem que representa uma possibilidade de exame conectado e dinâmico de diversos aspectos da matéria estudada, visto que, regra geral, os fenômenos não ocorrem isoladamente. Daí que o método é dialético, mas o ‘olhar’ compreende o questionamento inter-relacional.

Nesse contexto, é relevante aludir a Morin, para quem o método de pesquisa, por exemplo, não constitui um programa ou caminho para determinado resultado, o que significaria respaldo à reflexão fechada em detrimento da primazia do processo ao desfecho. Por tudo isso, a complexidade é relacionada à teoria sistêmica, consubstanciada, em apertada síntese, na interação recíproca entre os conjuntos social, físico, matemático, biológico, etc, com o seu meio circundante, assim como e, principalmente, às trocas advindas dessas múltiplas relações. Dito de outra forma, a tarefa é “transformar a descoberta da complexidade em método da complexidade”<sup>18</sup>, permeado pela ideia de que todo conceito, toda teoria, e toda ciência devem comportar inúmeras possibilidades e interferências procedimentais.<sup>19</sup>

Conforme o autor, a concepção atual de método deve transcender a formulação clássica, pois não se trata mais de uma ‘receita’, ou de uma execução mecânica de premissas. O processo é dinâmico e estabelece “uma relação recorrente entre método e teoria. O método, gerado pela teoria, regenera-a”. De forma que o conjunto representa “a *práxis* fenomenal, subjetiva, concreta, que precisa da geratividade paradigmática/teórica”, mas que também experimenta a recriação intelectual permanente. Ou ainda “é a atividade pensante e consciente” que inverte a lógica do pensamento cartesiano, segundo o qual “o método é a arte

<sup>17</sup> MORIN, Edgar. **Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 57.

<sup>18</sup> MORIN, Edgar. **O método 1: a natureza da natureza** [1977]. Trad. de Ilana Heineberg. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 468.

<sup>19</sup> Neste sentido, depreende-se de Morin que “uma teoria não é o conhecimento, ela permite o conhecimento. Uma teoria não é uma chegada, é a possibilidade de uma partida. Uma teoria não é a solução; é a possibilidade de tratar um problema. Em outras palavras, uma teoria só realiza seu papel cognitivo, só ganha vida com o pleno emprego da atividade mental do sujeito. É essa intervenção do sujeito que dá ao termo ‘método’ seu papel indispensável”. In: **Ciência com consciência** [1982]. Trad. de Maria D’ Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. 15ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 335.

de guiar a razão nas ciências” para a crença de que “o método é a arte de guiar a ciência na razão”<sup>20</sup>.

Assim, alguns conceitos-chave ao pensamento complexo serão eventualmente empregados pela pesquisa, tais como sistemas, não linearidade e posição do observador como variável necessária ao conhecimento. Os referidos elementos são ligados à já mencionada teoria sistêmica, caracterizada pela interação dos componentes de uma ‘organização’ com seu meio, com base em processos de acoplamento que acontecem de forma auto-ordenada e autorregulada. A ‘teia’ que se estabelece em cada sistema, bem como na rede que os liga é responsável por mudanças decorrentes do processo de adaptação. Segundo Capra, “um sistema estruturalmente acoplado é um sistema de aprendizagem”, de forma que, para o autor, os sistemas vivos são evidenciados por desenvolvimento e evolução, marcha que tanto condiciona quanto é determinada pela estrutura de conservação interna<sup>21</sup>. Contudo, é significativo ressaltar que o modelo não se refere apenas aos sistemas vivos, inclui tanto ciências humanas quanto físico-biológicas e matemáticas<sup>22</sup>. Mais especificamente no que tange aos sistemas sociais<sup>23</sup>, Morin refere que são circunscritos a organizações e indivíduos que desenvolvem atividades complementares ou interdependentes devido a valores ou expectativas compartilhadas, suscetíveis de mudanças capazes de alterar e restabelecer o estado de equilíbrio<sup>24</sup>.

A não linearidade, por sua vez, pode ser compreendida pelo pensamento relacional, em teia, contrário ao difundido por Descartes (que propõe a ruptura de fenômenos ou objetos complexos em partes<sup>25</sup>, e se opõe às considerações associativas). Ainda sobre o assunto e integrando-o à intercessão do sujeito na elaboração do pensamento, Capra estabelece que “implicação importante da visão da realidade como uma rede inseparável de relações refere-se

<sup>20</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Ibidem, p. 336-339.

<sup>21</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos** [1996]. Trad. de Newton Roberval Eichemberg. 12ª edição, São Paulo: Cultrix, 2006, p. 177.

<sup>22</sup> MISOCZKY, Maria Ceci A. Da abordagem de sistemas abertos à complexidade: algumas reflexões sobre seus limites para compreender processos de interação social. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 01-17, ago. de 2003, p. 2-3.

<sup>23</sup>No âmbito dos sistemas sociais, o direito constitui um sistema que tem na comunicação seu elemento fundamental. Neste contexto, as expectativas jurídicas são evidenciadas através do que é lícito e ilícito, permitindo a estabilidade do sistema. Em outras palavras ou algo é permitido, ou proibido, sendo que ambas as categorias integram as diretrizes da organização estrutural. Daí que resta assegurada a autopoiese, processo pelo qual os sistemas conseguem alimentarem-se de forma fechada. Tais conclusões podem ser obtidas a partir da obra de Niklas Luhmann. In: **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Trad. para espanhol de Santiago López Petit e Dorothee Schmitz, Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

<sup>24</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Trad. de Eliane Lisboa, 3ª edição, Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 76.

<sup>25</sup> DESCARTES, René. **Discurso do Método** [1637]. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 23.

à concepção tradicional de objetividade científica. No paradigma científico cartesiano, acredita-se que as descrições são objetivas – isto é, independentes do observador humano e do processo de conhecimento<sup>26</sup>.

Em síntese, a ‘teoria’<sup>27</sup> da complexidade constitui um movimento transdisciplinar<sup>28</sup>, fundado na visão sistêmica e que procura unicidade entre natureza e seres humanos, a partir da análise integrada do todo e dos pedaços que o compõem<sup>29</sup>.

Nesses termos, a unidade da ciência preconizada por Morin não se confunde com simplificação, nem é possível “no quadro atual em que miríades de dados se acumulam nos alvéolos disciplinares cada vez mais estreitos e fechados, [...] só têm sentido se forem capazes de apreender, ao mesmo tempo unidade e diversidade, continuidade e rupturas”. Tal indivisibilidade decorre tanto do encadeamento teórico e material dos saberes e do mundo da vida, quanto na característica comum a todos os sistemas: a ordem na desordem, elementos que se excluem mutuamente, mas fazem renascer um ao outro (princípio dialógico), que transcende a relação de causa e efeito a partir de um ciclo autoconstitutivo (princípio da recursão organizacional).

Exatamente nesse ponto, o pensamento complexo recebe críticas quanto a sua utilização nas ciências humanas, principalmente relacionadas ao seu latente ‘biologismo’<sup>30</sup>. Em outras palavras, dada à coerência estrutural, inerente às concepções sistêmicas, os quadros

<sup>26</sup> CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Op. cit., p. 48. No mesmo sentido, depreende-se de Morin: “a separação do sujeito e objeto significando que nós temos o conhecimento objetivo porque eliminamos a subjetividade. Sem pensar que no conhecimento objetivo há, também, a projeção de estruturas mentais dos sujeitos humanos e, ainda, sob condições históricas, sociológicas culturais precisas” In: MORIN, Edgar. **Saberes globais e saberes locais**: o olhar transdisciplinar. Op. cit., p. 29.

<sup>27</sup> O sentido de que não existe um teoria da complexidade na obra de Edgar Morin, “mas uma complexificação da concepção mutilante de teoria”, extrai-se de BOEIRA, Sérgio Luís; KOSLOWSKI, Adilson. Paradigma e disciplina nas perspectivas de Kuhn e Morin. **Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis**. Florianópolis, vol. 6, n. 1, p. 90-115, jan/jul. 2009, p. 112.

<sup>28</sup> Em apertada síntese, as diferenças entre multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade confundem-se com o método que utilizam. Nesse sentido, multidisciplinaridade significa trabalho conjunto entre disciplinas que, inobstante, seguem compartimentalizadas. Interdisciplinaridade diferencia-se de multidisciplinaridade pelo grau de interferência e pela natureza da correlação entre os respectivos aspectos do conhecimento, permitindo complementações e trocas, inclusive existenciais. Segundo Morin, “transdisciplinar significa hoje indisciplinar”, para formar aquilo que o autor trata por ciência única, porém, distante de simplificações. In: **Introdução ao pensamento complexo**. Op. cit., p. 51. Sobre o assunto, ver também AMARAL, Augusto Jobim. **Violência e processo penal**: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3.

<sup>29</sup> Para Morin, “o todo é mais do que a soma das partes [...], o todo é menos do que a soma das partes [...] o todo é mais que o todo [...] assim, devemos apoiar a ideia de sistema num conceito não totalitário e não hierárquico do todo, mas, pelo contrário, num conceito complexo da ‘initas multiplex’, aberto às totalidades”. In: **Ciência com consciência**. Op. cit., p. 261-264. Ainda no sentido de diferenciar o modelo proposto por Morin e o holismo, tem-se que “a explicação holística é globalista, promove o todo mas rejeita as partes” In: PETRAGLIA, Izabel Cristina. **A educação e a complexidade do ser e do saber**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 52.

<sup>30</sup> SOUZA, Renato Santos de. O funcionalismo sistêmico nas teorias social e organizacional: evolução e crítica. **REAd - Revista Eletrônica de Administração**, Porto Alegre, vol. 7, n.1, mar. 2001.

circulares de retroalimentação reforçam “a visão de que o poder, como relacionalidade estrategizante, pressupõe uma vida que gera a operacionalização ordenada do próprio poder”<sup>31</sup> dissociando-o da indeterminação, própria à interpenetração com o homem.

Outra questão, também sujeita a uma análise mais detida, diz respeito ao espaço da ética e da justiça no âmbito da complexidade. Isso decorre da análise substancial das relações que denotam a permanência inata, bem como da constatação de que “a vida autorizada pela teoria da complexidade é a que decorre da inteligência, da sobrevivência, da flexibilidade e, é claro, do ajuste. Não é, jamais, da alteridade, da diferença, da imprevisibilidade, da responsabilidade e da justiça”<sup>32</sup>. Assim, para compreender a diversidade e heterogeneidade do social ou do subjetivo, a ‘teoria’ da complexidade e a abordagem sistêmica não necessariamente se mostram as mais adequadas. A questão refere-se à pluralidade e às múltiplas facetas da diferença, que geram ambiguidades e refletem particularidades interpretativas e substanciais, algo que não é suficientemente compreendido pela dinâmica circular.

Daí que concepções completivas e adicionais à complexidade permitirão a análise da do problema “imparcialidade” com base em de fundamentos deontológicos. Não se trata de simplificar a questão, mas de ampliá-la essencialmente a fim de permitir a verificação de fenômenos que, apesar de abrangidos pela teoria defendida por Morin, ainda não foram analisados satisfatoriamente.

Em consequência disso, e o método dialético aqui utilizado considera a complexidade inerente à imparcialidade do julgador. Porém, para efeitos de pressupostos epistemológicos, o estudo da subjetividade requer ainda maior profundidade, abrangência e especificidade. Em termos paradigmáticos, isso foi empreendido por Emmanuel Levinas, ao definir a conduta ética basilar do sujeito (motivada por uma alteridade intrínseca ao humano) e ao dissociar o agir ‘eu-outro’ de concepções ontológico/volitivas<sup>33</sup>. Desde já, então, é importante consignar que esta pesquisa tem no pensamento levinasiano sua base teórica. A escolha se justifica tanto

---

<sup>31</sup> MISOCZKY, Maria Ceci A. **Da abordagem de sistemas abertos à complexidade**: algumas reflexões sobre seus limites para compreender processos de interação social. Op. cit., p. 12.

<sup>32</sup> MISOCZKY, Maria Ceci A. **Da abordagem de sistemas abertos à complexidade**: algumas reflexões sobre seus limites para compreender processos de interação social. Ibidem, p. 12.

<sup>33</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Três teses sobre a violência**: violência e alteridade no contexto contemporâneo. **Civitas** – Revista de Ciências Sociais, vol.1, n. 2, p.7-10, jun. de 2001. Para Timm de Souza, Levinas vê na eticidade o foco de todos os problemas centrais de nossa transmutação civilizatória: “das grandes questões socioecológicas à manipulação genética, da distribuição da riqueza à renovação das formas do exercício da cidadania, em todas essas questões como em muitas outras que envolvem desde a nova compreensão do ser humano enquanto indivíduo e membro de uma comunidade até as bases epistemológicas mais profundas e decisivas da investigação científica e das aplicações técnicas, emerge de forma absolutamente incisiva a questão ética”.

pelo conteúdo transcendental da subjetividade em Levinas, quanto pelo tratamento que é dado pelo autor às liberdades individuais frente ao infinito.

A perspectiva de Levinas, nesse sentido, altera totalmente os pressupostos da subjetividade para fundá-la em elementos axiológicos que antecedem a liberdade do sujeito e estão situados para além do indivíduo. Assim sendo, é possível encontrar no pensamento levinasiano potencial e profunda alteração paradigmática. A questão é, portanto, verificar o alcance dessa concepção em sede do direito, bem como a adequação de tais postulados ao dever de imparcialidade judicial. Por isso, as próximas páginas dedicam-se a discorrer sobre a proposta levinasiana, pois a pesquisa parte da hipótese de que há uma flagrante incompatibilidade entre ela e as bases filosóficas que atualmente fundam os conceitos jurídicos. Daí que as linhas gerais de ambos os modelos serão expostos, objetivando tanto a verificação da proposta levinasiana, quanto de sua antítese.

### 1.1.2 A subjetividade em questão: do ‘eu’ racional ao sujeito ético de Emmanuel Levinas

Tanto em termos científicos (existe inclusive resistência teórica), bem como da ‘*práxis*’, o caminho para a subjetividade axiológico-valorativa formulada por Levinas ainda está sendo percorrido e exige a transposição de um abismo que é impulsionado e mantido pelo modelo racional de ciência.<sup>34</sup>

Isso significa que, a fim de compreender o que propõe o pensamento levinasiano, é necessário refletir sobre a matriz científica discordante da subjetividade ética, desenvolvida principalmente nos séculos XVII, XVIII e XIX<sup>35</sup>, mas que segue vigente<sup>36</sup>. Segundo Albuquerque de Miranda, as perspectivas majoritárias acerca da centralidade do ‘eu’ ainda se

<sup>34</sup> SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Trad. de Max Altman. 3ª edição, Rio de Janeiro: Record, 2006. São exemplos desta resistência o pensamento dos autores citados. Para estes, os ‘pós-modernos’ estariam cometendo abusos relacionados à superação do racionalismo e do determinismo, bem como à ausência de verdade do relativismo.

<sup>35</sup> Cabe ressaltar, segundo Pergentino Pivatto, que desde Aristóteles e com a divisão dos seres em animais, vegetais e minerais, o homem tem recebido o traço distintivo da racionalidade, como um elemento que o torna humano. “Na história do pensamento antropológico, o conhecimento voltado ao homem e sobre ele começa, após os pré-socráticos, com o redirecionamento do olhar do homem sobre si mesmo”. ‘Conhece-te a ti mesmo’, lembra o autor, referindo-se à mensagem do oráculo de Delfos e observando a primazia do ‘eu’ desde a antiguidade clássica. Nesse sentido, assevera: “Em vez de consultar horóscopos ou escutar pronúncios de pitonisas gregas e arúspices romanos, aconselha-se a descoberta do mundo da interioridade, o mergulho no abismo que cada um traz inexplorado em si mesmo”. In: A questão do humano e o animal rationale. **Veritas** – Revista de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, vol. 51, n. 2, 117-127, jun. de 2006.

<sup>36</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. Op. cit., p. 61.

encontram apoiadas na vontade racional do homem<sup>37</sup>, algo que pode ser explicado pela ‘razão’ inerente à modernidade e à ênfase no direito à liberdade<sup>38</sup>. A autonomia, inclusive, constitui um dos grandes fundamentos do hoje. A título de exemplo, no século XVIII, Descartes consolidou a máxima “penso, logo existo”, que demonstra a importância dada ao aspecto racional no universo individual<sup>39</sup>. É também de Descartes a seguinte afirmação: “pois, enfim, quer estejamos acordados, quer dormindo, nunca nos devemos deixar persuadir senão pela evidência de nossa razão e não de nossa imaginação, nem de nossos sentidos”<sup>40</sup>.

Do pensamento kantiano, por sua vez, extrai-se que o conhecimento é desenvolvido pelo sujeito pensante, consciente, concepção esmiuçada a partir da estrutura da subjetividade no contexto da razão. O ‘eu transcendental’, ultrapassa a validade meramente empírica dos conceitos e objetos (razão pura) para alcançar uma aceitação universal, formada pelo conhecimento que é produzido a partir da experiência. Significa, em síntese, na visão de Kant que a realidade objetiva é dada pela interferência do sujeito racional que aprende, conhece e escolhe agir segundo regras comuns. Nesse aspecto, o entendimento não se destina a simples representação de um objeto, mas torna possível a respectiva significação geral<sup>41</sup>. Daí que o saber não representa a simples e imediata percepção do sujeito, é reflexão intelectual, que permite a formação de postulados universais advindos do conhecimento transcendental.

Em outras palavras, como sujeito sensível, o homem recebe as influências externas, sintetiza-as e opta por, autônoma e livremente, agir segundo leis gerais estabelecidas por critérios racionais. A ética tem, nesse sentido, conteúdo emancipatório; a subjetividade papel central na cognição. Assim, a certeza, que até então se projetava apenas no âmbito objetivo, agora é também uma condição subjetiva (experiência acrescida de razão). Nesse âmbito,

---

<sup>37</sup> MIRANDA, José Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética: aproximações com o campo da educação. **Revista Brasileira de Educação**. vol. 19, n.57, p.461-475, jun. de 2014, p.463.

<sup>38</sup> O racionalismo foi precursor da ideia de que o homem é fundado na soberania do ‘eu’, capaz de determinar-se de forma autônoma e independente, definindo regras de convivência e orientando-se por imperativos autossuficientes que orientam seu agir moral. A respeito disso, afirma Albuquerque de Miranda que “com base na fundamentação da subjetividade como unidade integradora do sentido e da representação, podemos entender o sujeito moderno como grande legislador do mundo, isto é, o sujeito que atonomamente é capaz de seguir suas próprias leis. Um sujeito capaz de estabelecer critérios racionais de organização social aos diferentes modos de vida com vistas a garantir o melhor convívio entre as diferentes culturas e sociedades, além de instruir racionalmente e seguir livremente as normas que orientam seu agir moral”. In: Levinas e a reconstrução da subjetividade ética: aproximação com o campo da educação. *Ibidem*, p. 465.

<sup>39</sup> Os objetivos principais do método cartesiano são: assegurar a reforma do intelecto para possibilitar a descoberta da verdade; oferecer procedimentos para que a razão possa se autocontrolar; permitir a ampliação dos conhecimentos e controlar a natureza. In: CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. Op. cit., p. 166.

<sup>40</sup> DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Op. cit., p. 45.

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura** [1781]. 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Para Kant, “esta representação mediadora deve ser pura (sem nada de empírico) e, todavia, por um lado, intelectual e, por outro, sensível. Tal é o esquema transcendental”, p. 208.

Chauí sustenta que segundo estas concepções, a racionalidade constitui uma prerrogativa da realidade porque representa “um sistema ordenado de causalidades físico matemáticas, na qual prevalecem as relações de causa e efeito entre as coisas [...]. Todos os fatos da realidade (na astronomia, na física, na química, na psicologia, na política, nas artes, etc.), são percebidas pelo conhecimento que os produzem, os conservam ou os destroem”<sup>42</sup>.

Isso confere ao homem uma hegemonia absoluta, decorrente da crença de que, com base no método científico, tudo pode ser descoberto, dirigido e transformado. Então, para o racionalismo “existe também a convicção de que a razão humana é capaz de conhecer a origem, as causas e os efeitos das paixões e das emoções e, por meio da vontade orientada pela razão, é capaz de governá-las e dominá-las”<sup>43</sup>. Em outras palavras, o humano controla e é capaz de regular todas as coisas. Certeza essa que, não obstante, passou a ser gradativamente abalada (mas não eliminada) pela constatação de que o homem é muito mais indeterminado do que determinado.

Em síntese, o problema é que Kant, assim como a generalidade dos demais teóricos racionalistas<sup>44</sup>, não se ocupa de toda a complexidade da existência. Nem tudo pode ser medido e explicado, dada a obscuridade de inúmeras questões humanas fundamentais. Tais aspectos são videnciadas, inicialmente, pela verificação de que a interpretação de fatos e coisas é absolutamente variável ou, dito de outra forma: a razão reproduz o que a razão assimilou<sup>45</sup>, estabelecendo um círculo vicioso constante e que, contraditoriamente, varia de sujeito para sujeito.

Assim, a égide do racionalismo começa a ser questionada já a partir de mil e oitocentos pelo romantismo. Apesar de multifacetado, “os românticos de qualquer país tinham uma tendência para o misterioso e davam importância ao sentimento e expressão individuais”<sup>46</sup>, exploravam o lado oculto da vida, como os sonhos e o inconsciente. Foi dessa forma que, mesmo indiretamente, o pensamento romântico, dada a ambiguidade,

<sup>42</sup> CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. Op. cit., p. 61-62.

<sup>43</sup> CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**, Ibidem, p. 62.

<sup>44</sup> E assim como ele, outros expoentes do racionalismo defendem em maior ou menor proporção que o homem pode ser autodeterminado. “Os principais pensadores desse período foram Francis Bacon, Descartes, Galileu, Pascal, Hobbes, Espinosa, Leibniz, Malebranche, Locke, Berkely, Newton e Gassendi.” In: CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**, Ibidem, p. 62.

<sup>45</sup> Segundo Thomas Kuhn, ao refletir sobre as rupturas decorrentes de transições paradigmáticas: “o que um homem vê depende tanto daquilo que ele olha como daquilo que sua experiência visual-conceitual prévia o ensinou a ver” In: **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª edição, São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 148.

<sup>46</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno: séculos XIX e XX [1977]**. Trad. de Maria Manuela Alberty, Lisboa: Edições 70, 1990, p. 24.



subjetividade e misticismo que lhe foram inerentes, preparou o que foi apresentado, entre outros, por Karl Marx (final do século XIX) e Sigmund Freud (início do século XX), cada qual em seu campo de investigação.

Considerando a circunscrição temporal, Chauí entende que Marx abalou os alicerces do racionalismo ao revelar as nuances ideológicas que fomentam a hegemonia econômica e social, expondo que “temos a ilusão de estarmos agindo por nossa própria vontade de maneira racional e livre [...] porque desconhecemos as condições econômicas e sociais nas quais a classe que domina a sociedade exerce seu poder sob a mente de todos, fazendo com que suas ideias pareçam ser verdades universais válidas”<sup>47</sup>. Conforme já consignado neste texto, para Marx ideologia não é apenas um conjunto de convicções, são juízos especificamente empregados na manipulação das massas.

De outro lado, mas de forma complementar, Freud evidenciou o inconsciente humano, criando as bases da psicanálise, campo de investigação psicológica que se opõe fortemente às considerações da consciência como único elemento da vida<sup>48</sup>. Ao refletir sobre essa nova vertente de conhecimento, Freud identificou a obscuridade irracional patológica como fonte de muitos dos comportamentos e alertou para sua relação com o desconhecido: “estamos ainda muito longe para saber tudo que se requer sobre o conhecimento do inconsciente”<sup>49</sup>. Ainda, ao manifestar-se sobre as descobertas freudianas, colhe-se de Sloterdijk: “debajo de toda racionalidad y de toda conciencia se extiende un amplio espacio de irracionalismo y de programación inconsciente que se mezclan constantemente de una manera engañosa en el hablar y el obrar conscientes”<sup>50</sup>.

Além de Marx e Freud, a desestabilização dos “fundamentos ou as bases de sustentação da filosofia da subjetividade moderna, erguida na centralidade do eu”<sup>51</sup>, foi também realizada por estudos empreendidos por um conjunto de pensadores, a exemplo de Nietzsche, Heidegger e Foucault. Nietzsche, particularmente, decretou a morte de Deus para criticar a supremacia do homem e a crença em sua suposta razão extrema. Neste intuito, usou

<sup>47</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**, ibidem, p. 67.

<sup>48</sup> Especificamente no âmbito das ciências criminais, Freud identificou que o desejo de punição nasce no superego, a partir do sentimento de culpa. Assim, Freud desenvolve o conceito de ‘projeção’ da agressividade que atua como ‘bode expiatório’. In: FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição standard brasileira. Vol. XXI, Trad. de Jaime Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 2006. À respeito ver também: CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394 e 401.

<sup>49</sup> FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**: Leonardo da Vinci e outros trabalhos [1909-1910]. Trad. de Jaime Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 2006, p. 147.

<sup>50</sup> SLOTERDIJK, Peter. **Crítica de la razón cínica** [1983]. Op. cit.. p. 102.

<sup>51</sup> MIRANDA, José Albuquerque de. **Levinas e a reconstrução da subjetividade ética**: aproximações com o campo da educação. Op. cit.. p. 467.

a metáfora de um ‘louco’ que sai à rua gritando “Deus está morto”, quando as pessoas lhe perguntam em tom jocoso, “quem matou Deus?”, o ‘louco’ responde: “nós o matamos, vocês e eu”; e conclui: “não deveríamos nós mesmos nos tornarmos deuses, para ao menos parecer dignos dele?”<sup>52</sup>. Disso é possível concluir que a questão não é, para Nietzsche, se existe um Deus, mas como o homem passou a acreditar que domina todas as coisas e todas as emoções, como senhor absoluto do seu eu.<sup>53</sup>

Heidegger foi igualmente responsável por desestabilizar as associações onipotentes entre controle e sujeito, ao rejeitar a metafísica da subjetividade paralisada no tempo. De forma simplificada, a mensagem de Heidegger traduz uma existência contingente e influenciada pela “mundanidade do mundo”<sup>54</sup>, o que foi responsável por redimensionar as possibilidades humanas de previsibilidade e direcionamento. Para Heidegger, o ser existe pelo que é, sendo diretamente influenciado pelas circunstâncias da vida.

Foucault, por sua vez, também constitui um bom exemplo da crítica ao ser integralmente racional. Suas pesquisas elaboradas com base nas relações de poder consignaram a estrutura opaca e difusa do controle e da disciplina. O autor ainda sustentou que normalmente o poder conflui no Estado, apesar de não se tratar de exclusividade oficial<sup>55</sup>, pois se apresenta também na família, escola, religião, entre outros. Para Foucault, o perigo dos alicerces do poder reside na junção entre força sob a aparência de legitimidade<sup>56</sup>, o que

<sup>52</sup> NIETZSCHE, Frederick. **A gaia ciência**. [1882/1885]. Trad. de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 138.

<sup>53</sup> Na literatura, referência semelhante à de Nietzsche (respeitados os contextos e as diferenças interpretativas entre os autores), é realizada por Dostoiévski, em *Irmãos Karamazov*, texto em que o personagem Ivã questiona frequentemente a extensão da liberdade humana. Ainda, é do mesmo texto ficcional; “toda a ciência do mundo não vale as lágrimas das crianças”, no sentido de discutir todas as mazelas que a crença na racionalidade absoluta provocou à humanidade. In: DOSTOIEVSKI, Fiodor. **Os irmãos Karamázovi** : texto integral. São Paulo: Nova Cultural, 1995, p. 195-217 e p. 200.

<sup>54</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** [1927]. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª edição, Petrópolis: Vozes, 2005, p. 108.

<sup>55</sup> MACHADO, Roberto. **Introdução**. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder** [1979]. 22ª edição, Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. x. Nesse sentido, é do prefácio: “não existe algo global chamado poder, mas unicamente forças díspares, heterogêneas, em constante transformação. O poder não é um objeto natural, uma coisa; é uma prática social e, com tal, construída historicamente”. No mesmo sentido, para Cohen, o poder está sistematicamente ligado às diversas formas de controle social, encrando um conceito difuso, impreciso, superficial e variável. In: COHEN, Stanley. **Visiones del controle social**. Trad. para o espanhol de Elena Larrauri, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988, p. 23.

<sup>56</sup> Sobre legitimidade, extrai-se de Luhmann e em sede do sistema político, que se trata de “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição da Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 30. Em entendimento semelhante, Habermas assegura que a legitimidade configura o acolhimento discursivo, que é obtido através da relação entre os direitos individuais e o poder organizado do Estado ou entre o nexo interno que existe entre a autonomia privada e a pública. Daí que “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade” In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172.

acontece no caso do poder estatal, que reúne as condições necessárias ao exercício do poder justificável, dificultando a identificação de arbitrariedades e condicionamentos.

Foucault também demonstrou a questão ao relacionar poder, direito e verdade, sustentando que formam um triângulo de faces interdependentes que, ao longo da história, serviu tanto para delimitar o poder quanto para legitimá-lo: “todos conhecem o papel famoso, célebre e sempre lembrado dos juristas na organização do poder real”<sup>57</sup>. E ainda, a respeito da dicotomia existente entre a juridicidade do controle e a sua demarcação, Foucault sustentou que ou o direito moderno serviu ao poder do soberano ou, no mesmo compasso, apresentou as balizas ao seu funcionamento<sup>58</sup>. Em outras palavras: “servidores do rei ou seus adversários, é sempre do poder real que se fala nesses grandes edifícios do pensamento e do saber jurídico”.

Igualmente sobre a interlocução entre a formação de verdades jurídicas e sua correspondência com modelos velados de sujeição, Foucault perguntou sobre “que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade?” Ou ainda: “Em uma sociedade como a nossa, que tipo de poder é capaz de produzir discursos de verdade dotados de efeitos tão poderosos?” As questões são nevrálgicas e revelam o quanto a crença no racionalismo livre é insuficiente para responder a todas as questões da vida humana.

Ainda sobre o absolutismo de determinados discursos jurídicos legais ou em decorrência dos fundamentos interpretativos de textos legislativos, é importante ressaltar que inclusive em sede da antiguidade clássica, Aristóteles consignou em suas discussões sobre verdade, bem como acerca da interferência do sujeito na definição das coisas: “a verdade está no todo, mas ela não pode, pelo homem, ser apreensível [...], a não ser por uma, ou alguma das partes que o compõem”<sup>59</sup>.

Sobre o assunto, tem-se que para Aristóteles, o real existe, porém, “o que é não determinado ou indefinido não é o ser verdadeiro, mas a distribuição dos valores de

---

<sup>57</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Op. cit., p. 179.

<sup>58</sup> É também de Foucault: “[...] nos últimos anos, o meu projeto geral consistiu, no fundo, em inverter a direção da análise do discurso do direito a partir da Idade Média. Procurei fazer o inverso: fazer sobressair o fato da dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação. Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social”. In: **Microfísica do poder**. Ibidem, p. 181.

<sup>59</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Op. cit., p. 191.

verdade”<sup>60</sup>. Do que é possível concluir, que apesar das múltiplas ideias acerca do real, tanto o direito quanto a ciência, limitam-se a configurações que podem expressar escolhas parciais e seletivas. Particularmente, em sede do processo penal, o assunto vem sendo discutido em termos da ambição pela verdade aliada aos poderes instrutórios<sup>61</sup> e à atuação de ofício do juiz, assuntos que o presente trabalho abordará, de forma mais detalhada, mais à frente.

Também em sede do contexto histórico-cronológico, acrescenta-se que, no início do século XX a Escola de Frankfurt elaborou, no âmbito do que futuramente se chamou de Teoria Crítica<sup>62</sup> duas formas distintas da razão: instrumental e crítica. A primeira é constituída pela razão técnico-científica, que faz das ciências e das técnicas um meio de intimidação e vigilância. A segunda, por sua vez, é aquela que analisa e interpreta os perigos do pensamento instrumental e afirma que as mudanças sociais, políticas e culturais somente se justificam se voltadas à vida humana emancipada e não às diretrizes de controle e dominação<sup>63</sup>. Trata-se de uma tentativa de discutir a razão cega. Os alertas, entretanto, não foram ainda suficientes para contrapor a centralidade do “eu” e o culto da consciência, o que possivelmente se deve à ilusão de controle, que é intrínseca a tais postulados.

Isto significa que, a despeito das reflexões e descobertas de Marx e Freud, entre muitas outras, a essencialidade do eu pensante não foi totalmente suplantada no mundo da vida. Nesse contexto, a concepção de paradigma e da correspondente crise paradigmática, inicialmente elaborada por Kuhn, é pertinente ao denotar a dificuldade de transposição de perspectivas, projetos e concepções do que seja o homem, algo que segue, ainda que de forma titubeante, tanto em termos científicos, como também empírico-cotidianos<sup>64</sup>. Dito de outra

<sup>60</sup> BARBOSA FILHO, Balthazar. Nota sobre o conceito aristotélico de verdade. **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**. Campinas, vol. 13, n. 2, p. 233-244, jul-dez, 2003, p. 239.

<sup>61</sup> KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>62</sup> A Teoria Crítica foi uma formação teórica elaborada por autores como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Erich Fromm e Herbert Marcuse, entre outros. In: CHAÚÍ, Marliena. **Convite à filosofia**, ibidem, p. 297. Ainda sobre referido movimento, o já citado Peter Sloterdijk, faz a seguinte analogia, utilizada para confrontá-la ao racionalismo iluminista: “dado que la soberanía de las cabezas siempre resulta falsa, la nueva crítica se apresta a descender desde la cabeza por todo el cuerpo. La Ilustración quiere ir de arriba abajo...”. In: **Crítica de la razón cínica** [1983]. Op. cit., p. 23. Vinculado à universidade de Frankfurt, o ‘Instituto para a Pesquisa Social’ originou o movimento. O pensamento crítico, representa a “oposição à todo pensamento da identidade, da não contradição, típico da filosofia desde Descartes”. In: MATOS, Olgária. **A escola de Frankfurt**: luzes e sombras do iluminismo. São Paulo: Moderna, 1993, p. 12.

<sup>63</sup> CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. Ibidem, p. 64-65.

<sup>64</sup> A perspectiva de Kuhn refere-se ao âmbito científico, não abrangendo diretamente o conjunto de ideias defendidas pelo senso comum. Porém, esse texto transcende a noção de Kuhn, para refletir, também, acerca da reprodução dessas mesmas concepções (‘científicas’) em meio ao tecido social. Sobre o assunto, ver WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 3, volume 5, p. 48-57, 1982, bem como ANDRADE, Vera. **Iusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

forma, o racionalismo e o funcionalismo ainda não foram superados, o que se deve a capacidade que ainda detêm de fazer previsões e cálculos, estabelecer relações lineares de causa e efeito e, principalmente, oferecer respostas que aparentam domínio sobre as coisas.

Então, a teor do pensamento kuhneano, paralelo à fantasia de equilíbrio, o conflito e a denúncia estão igualmente presentes, já que na transferência das estruturas racionais da ciência natural à social, foram excluídas dimensões humanas importantes, cuja ausência dificulta a compreensão de problemas que são, também, fruto da racionalidade extrema.

Outro aspecto revelado por Kuhn e que, igualmente exprime a dificuldade de superação do quadro, encontra-se no fato de o termo paradigma aparecer relacionado às expressões comunidade científica e ciência normal, representando o que os membros de um grupo partilham. Daí que não é possível um paradigma formado por um homem só<sup>65</sup>. Em outras palavras, determinado pensamento científico é considerado válido quando seus postulados bem como a forma de descrição dos fenômenos são aceitos coletivamente.

Disso decorrem as noções de continuidade e permanência, diretamente relacionadas à metodologia utilizada por cada qual, quanto à confirmação de resultados antecipadamente esperados. Isto significa que dentro de uma mesma concepção, aquilo que será pesquisado e seus respectivos efeitos serão moldados segundo as diretrizes do paradigma, alimentando e realimentando as teorias de base. O problema, então, reside justamente na limitação intrínseca à configuração dessa ‘ciência normal’, pois, para Kuhn: “uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível”<sup>66</sup>.

Sendo assim, em sede do pensamento kuhneano, os paradigmas desenvolvem um potencial de autodefesa existencial com base em sua linha de atuação já que “ao assegurar que o paradigma não será facilmente abandonado, a resistência garante que os cientistas não serão perturbados sem razão”<sup>67</sup>. Contudo, não se tornam totalmente imunes às ‘anomalias’, ou perguntas inicialmente sem resposta, propulsoras de certa inquietação, ao serem dissipadas internamente, dentro dos limites do “modelo”. Segundo Kuhn, “essa consciência da anomalia

---

<sup>65</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Op. cit., p. 30. No mesmo sentido: “o conhecimento científico, como a linguagem, é intrinsecamente a propriedade comum de um grupo ou então não é nada. Para entendê-lo, precisamos conhecer as características essenciais dos grupos que o criam e o utilizam”. Ibidem, p. 257.

<sup>66</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Ibidem, p.60.

<sup>67</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Ibidem, p.92.

inaugura um período no qual as categorias conceituais são adaptadas até o que inicialmente era considerado anômalo se converta no previsto”<sup>68</sup>.

Dito de outra forma, uma vez consolidado um paradigma, as críticas que transcendem a ele, ainda que provoquem certa turbulência, serão suficientemente enfrentadas e cooptadas, a fim de relegitimar o pensamento base. Em alguns pontos, entretanto, isso não será viável, instalando-se a crise que provoca tensões paragnáticas, ou na linguagem kuhniana ‘revoluções científicas’, que são o processo facilitador de mudança nas matrizes até então observadas<sup>69</sup>.

Assim, a transição para um novo paradigma é constituída por “aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”<sup>70</sup>. Nesse contexto, importante perceber que Kuhn não acredita no ‘convencimento’ ou conversão daqueles que compartilhavam as premissas até então vigentes. Ele estabelece que o novo é impulsionado por pessoas “habitualmente tão jovens ou tão novos na área em crise que a prática científica comprometeu-os menos profundamente que seus contemporâneos à concepção de mundo e às regras estabelecidas”<sup>71</sup>. Ou seja, os atos de compreender e descrever estão normalmente condicionados a regras e modelos somente superáveis por quem ainda não foi totalmente aliciado, por isso há grande resistência ao novo, e as mudanças ocorrem apenas de forma circunstancial.

Acrescente-se ainda que, apesar de possível, a transformação é lenta, principalmente no que diz respeito às perspectivas humanas e sociais. Para tanto, e em um sentido gramsciano, “a crise consiste justamente no fato de que o velho morre e o novo não pode

---

<sup>68</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**, Idem, p.91

<sup>69</sup> Para Kuhn, “as crises podem terminar de três maneiras. Algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar do problema, que provoca crise, apesar do desespero daqueles que o viam como o fim do paradigma existente. Em outras ocasiões o problema resiste até mesmo a novas abordagens aparentemente radicais. Nesse caso, os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área de estudo. O problema recebe então um rótulo e é posto de lado para ser resolvido por uma futura geração que disponha de instrumentos mais elaborados. Ou, finalmente, o caso que mais nos interessa: uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma e com uma subsequente batalha por sua aceitação. A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas.” In: **A estrutura das revoluções científicas**. Ibidem, p. 116.

<sup>70</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Idem, p.125.

<sup>71</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Idem, p.182-183.

nascer<sup>72</sup>, até porque, nesse âmbito, a situação normalmente extrapola o saber teórico, implicando a tentativa de reconstrução da sociedade segundo parâmetros diferentes do ‘*status quo*’. A dificuldade daí decorrente, em geral, advém de duas ordens: a mudança por si só, além do grande distanciamento entre a ciência e o senso comum. A oscilação gerada provoca divisão social “em campos ou partidos em competição, um deles procurando defender a velha constelação institucional, o outro tentando estabelecer uma nova. Quando ocorre essa polarização, os recursos de natureza política fracassam<sup>73</sup>. Dessa forma, entretanto, mediante maior ou menor perturbação, as metamorfoses são exequíveis para Kuhn.

Não obstante, apesar de o pensamento kuhniano abordar as questões sociais apenas tangencialmente e mesmo o autor tendo retificado o conceito de paradigma nas edições posteriores da sua obra (como no ‘posfácio’ publicado a partir de 1969), para o de matriz curricular e “exemplar”, o conteúdo substancial da expressão foi mantido: “o termo ‘paradigma’ aparece nas primeiras páginas do livro e a sua forma de aparecimento é intrinsecamente circular. Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma<sup>74</sup>.”

Da mesma maneira, o que também perdura até hoje é o impacto que a terminologia kuhniana representa nas investigações científicas, tanto que Morin apropriou-se da expressão e, com base nela, formou sua respectiva noção paradigmática. Assim, para a complexidade, um paradigma transcende a ciência e constitui “a pedra angular de todo um sistema de pensamento”, afetando, ao mesmo tempo, a ontologia, a metodologia, a epistemologia, a lógica e, por consequência, a prática, ao que interfere na sociedade e na política<sup>75</sup>. Tratar-se-ia, então, de um paradigma global e multifacetado.

Tal dimensão pode explicar a configuração da sociedade hodierna e a divergência existente quanto a transposição (já operada ou ainda em curso) entre modernidade e pós-modernidade. A despeito da inexistência de unicidade, Boaventura de Souza Santos sustenta que o quadro é esperado e produto da peculiaridade das investigações que encerra: “é impossível nomear com exactidão a situação actual. Talvez seja por isso que a designação inadequada de ‘pós-moderno’ se tornou tão popular. Mas, por essa mesma razão, este termo é

---

<sup>72</sup> GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 184.

<sup>73</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Op. cit., p.182-183.

<sup>74</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Ibidem, p. 219 e 227.

<sup>75</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Op. cit., p. 54.

autêntico na sua inadequação”<sup>76</sup>. A mesma dificuldade de definição também é suscitada por Bauman que, a despeito de identificar a época corrente como ‘pós-moderna’, registra reverses em assinalar a mesma descrição em todos os espaços.<sup>77</sup>

De qualquer forma (crise da modernidade ou pós-modernidade consolidada), e relativamente à construção teórica do ‘eu essencialmente pensante e de absoluto controle’, o próprio Kuhn aponta a amplidão e o equívoco que lhe é inerente, responsável por contaminar método científico: “o paradigma iniciado por Descartes [...] serviu tanto à Ciência como à Filosofia [...], produziu uma compreensão fundamental que talvez não pudesse ser alcançada de outra maneira”. Afirma, ainda que, apesar de tal extensão, “as pesquisas atuais que se desenvolvem em setores da Filosofia, da Psicologia, da Linguística e mesmo da História da Arte, convergem todas para a mesma sugestão: o paradigma tradicional está, de algum modo, equivocado”<sup>78</sup>.

Feita essa breve digressão sobre o racionalismo moderno e voltando à relação de distanciamento entre tal matriz de conhecimento e o pensamento de Emmanuel Levinas, é importante perceber que o filósofo judeu-franco-lituano<sup>79</sup> deslocou o foco do ‘sujeito soberano’ e passou a conceber a subjetividade com base na ética que pressupõe respeito e responsabilidade pelo outro: a ética da alteridade. Antes, porém, de formular as matrizes da nova perspectiva, é importante entender que Levinas teve contato<sup>80</sup> com a fenomenologia de

---

<sup>76</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000, p. 49.

<sup>77</sup> Para Bauman: “não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é numa época que Anthony Giddens chama de ‘modernidade tardia’, Ulrich Beck de ‘modernidade reflexiva’, Georges Balandier de ‘supermodernidade’, e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de ‘pós-moderna’: o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a ‘nossa parte do mundo’).” In: BAUMAN, Zygmunt. **O malestar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 30.

<sup>78</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Op. cit., p.156. No mesmo sentido: “Três séculos após Descartes, nossa esperança que isso ocorra [transição paradigmática] ainda depende exclusivamente de uma teoria da percepção e do espírito. Por sua vez, a experimentação psicológica moderna está fazendo com que proliferem rapidamente fenômenos que essa teoria [cartesiana] tem grande dificuldade em tratar.”. Ibidem, p.162.

<sup>79</sup> Emmanuel Levinas “é um pensador judeu-lituano-francês. Judeu, porque nascido desse povo. Lituano porque nasceu em Kaunas, na Lituânia. Francês porque adotou a cidadania francesa [...]. Lévinas nasceu no dia 25 de dezembro de 1905 e faleceu em 25 de dezembro de 1995. Emigrou para a França em 1923. Deste ano até 1930 estudou filosofia em Estrasburgo, participando em 1928-1929 de seminários com Husserl e Heidegger [...]. O judeu Emmanuel Levinas foi prisioneiro em campos de concentração nazista de 1939 a 1945”. Sua família foi morta durante a guerra. In: CINTRA, Benedito Eliseu Leite. Emmanuel Lévinas e a consciência do infinito. **Revista Margem**, São Paulo, n. 16, p. 108-117, 2002.

<sup>80</sup> Segundo o próprio Levinas, de Husserl extraiu a “intencionalidade axiológica [...] o caráter de valor não se chapa nos seres após a modificação de um saber, mas resulta de uma atitude específica da consciência, uma intencionalidade não teórica”. No pensamento heideggeriano, por sua vez, Levinas encontrou a versatilidade da palavra ser, “como se as coisas e tudo o que existe se ocupassem de estar a ser”. LEVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Trad. de João Gama, Lisboa: Edições 70, 2013, p. 19 e 24.



Edmund Husserl e as profundas reflexões sobre o ser de Martin Heidegger, o que interferiu profundamente em suas concepções.

A fenomenologia basicamente estuda os processos de formação de sentido pela consciência. Conforme esta concepção, o que importa não é a descrição das coisas como são, mas a sua assimilação por cada indivíduo<sup>81</sup>. Nesse aspecto, “a percepção é considerada originária e parte do conhecimento humano, tendo uma estrutura diferente do conhecimento intelectualista, que opera ideias”<sup>82</sup>. Isso significa que perceber diverge de pensar racionalmente, mas também não é uma forma confusa ou descabida de representação. Trata-se de uma relação que se assemelha a um acontecimento ou uma vivência corporal e mental produzida pelo próprio sujeito, para além do conhecimento propriamente dito. Isto porque “consciência é um ser consciente de alguma coisa, e consciência de algo é o reconhecimento de algo em determinado contexto e, ao mesmo tempo, extração de algo ‘deste’ contexto, em um processo de ‘abstração’ da contextualidade necessária do objeto”<sup>83</sup>. Segundo o próprio Levinas, “a fenomenologia é a evocação dos pensamentos, das intenções subentendidas [...], não respondendo apenas à pergunta de saber ‘o que é?’, mas à pergunta ‘como é o que é, que significa que ele seja?’”. Ou ainda: “o acesso ao ser pertence ao acesso ao próprio ser”<sup>84</sup>.

Nesse contexto, é importante atentar que, apesar de contrário ao empirismo, neokantismo e psicologismo, Husserl estabeleceu que o ‘valor’ das coisas não se resume à consciência. Para tanto, “o caráter de valor não se chapa nos seres após a modificação de um saber, mas resulta de uma atitude específica da consciência, de uma intencionalidade não teórica, irreduzível, no seu todo, ao conhecimento”<sup>85</sup>. Isto é, existem características humanas que simplesmente situam-se em um espaço diferente do saber ou da involuntariedade.

Com base em Heidegger, por sua vez, Levinas compreendeu o ‘ser’ como verbo, ou o “estar a ser”, em detrimento da definição usual de ‘o ser’ ou melhor, ‘um ser’ como substantivo, que encerra um conteúdo ético definido por sua própria permanência ativa. Segundo Levinas, as análises heideggerianas acerca da angústia, da preocupação e do ser-para-a-morte visam a “descrever o ser ou o existir do homem – não a sua natureza [...]. A

<sup>81</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sujeito, ética e história**: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 42. Ainda segundo Ricardo Timm “consciência é o ‘ser consciente de alguma coisa’ e a consciência de algo é reconhecimento de algo em um determinado contexto e, ao mesmo tempo extração de algo ‘deste’ contexto em um processo de ‘abstração’ da contextualidade necessária do objeto”.

<sup>82</sup> CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. Op. cit., p. 177.

<sup>83</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sujeito, ética e história**: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental. Ibidem, p. 42.

<sup>84</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Op. cit., p. 18-19.

<sup>85</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Ibidem, p. 20

intencionalidade que anima o próprio existir e toda uma série de ‘estados da alma’ que antes da fenomenologia heideggeriana passavam por ‘cegos, por simples conteúdos’<sup>86</sup>. Dito de outra forma, Heidegger ofereceu a Levinas os elementos iniciais à compreensão do humano pelo fazer, estabelecendo um sentido essencial à vida. Nesse aspecto, é de Heidegger: “a analítica existencial da presença tem como tema orientar a constituição fundamental desse ente, o ser-no-mundo. A sua meta mais imediata consiste em explicitar fenomenalmente a estrutura originária do ser na presença que determina ontologicamente suas possibilidades e modos ‘de ser’<sup>87</sup>.”

Contudo, para além dos mestres, Levinas desenvolve ainda mais o significado do viver, para dissociar totalmente racionalidade de subjetividade ética. Nela, o comportamento a partir e pelo ‘outro’ não é volitivo pois antecede à liberdade. Em Levinas, alteridade não é opção, já que é condição intrínseca ao humano<sup>88</sup>. Para Pelizzoli, “a característica própria do outro é de ser realmente outro, fora da razão do mesmo, da totalidade [...] trata-se daquilo que atravessa o eu que não tem seu centro em si, mas é corporeidade, ‘inconsciente’<sup>89</sup>.” No mesmo sentido e segundo Albuquerque de Miranda, “ao reconstruir a subjetividade, Levinas cria a possibilidade de edificação de um novo humanismo – um humanismo do outro homem. Um homem que, antes de ser livre e autônomo é responsável e capaz de acolher o outro<sup>90</sup>.”

Em outras palavras, parte da relevância do pensamento kantiano reside na relação entre subjetividade, consciência e razão, capazes de produzir, pela experiência, o conhecimento do que derivam leis universais. Levinas, por sua vez, separa a razão da ética, para deslocá-la de uma atitude pensada e conscientemente opcional a uma resposta inerente ao agir e que pressupõe toda e qualquer conduta. Diferente de Kant, os vínculos estabelecidos por Levinas são mais contundentes no que se refere à alteridade, à axiologia e à renúncia. Em Kant há propensão ética, em Levinas, essa é uma consequência essencial do humano.

Assim, para a compreensão do pensamento levinasiano, uma modificação no conceito de ontologia é fundamental. Segundo Kuiava, o compromisso com a alteridade significa uma nova explicação sobre os limites da subjetividade e a centralidade do sujeito soberano. Em outras palavras, “a determinação do que seja a racionalidade e seu modo de explicar a

<sup>86</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Ibidem, p. 25

<sup>87</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª edição, Petrópolis: Vozes, 2005, p. 184.

<sup>88</sup> MIRANDA, José Albuquerque de. **Levinas e a reconstrução da subjetividade ética: aproximações com o campo da educação**. Op. cit., p. 469.

<sup>89</sup> PELIZZOLI, Marcelo Luiz. **Levinas: a reconstrução da subjetividade**. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 246.

<sup>90</sup> MIRANDA, José Albuquerque de. **Levinas e a reconstrução da subjetividade ética: aproximações com o campo da educação**. Op. cit., p. 202.

realidade passa pela proposição do que o ser é. Essa anteposição consiste na crença no ser como um predicado essencial e real das coisas, como um pressuposto com base no qual a racionalidade filosófica se articula”<sup>91</sup>. É justamente esse requisito existencial que Levinas propõe mudar: do racional para o ético e do egocentrismo para o alocentrismo.

Para tanto, a alteridade constitui um elemento ético indissociável da subjetividade, representando a responsabilidade pelo outro<sup>92</sup>. Frise-se: não há escolha, porque a ética representa um elemento que define a própria essência do sujeito “ou seja, a responsabilidade é o elemento que antecede a liberdade do humano e constitui a própria subjetividade”. Por meio dessa descrição, “a soberania do sujeito é tencionada e colocada em questão: o eu é deposto de seu reinado absoluto [...] com base no sujeito sujeitado, que se constitui como refém do Outro”<sup>93</sup>.

Dito de outra forma, o sujeito não opta por ser responsável pelo diferente de si, ele é. Daí desponta a ideia de infinito em contraposição à totalidade, que compõe o somatório de objetos, pessoas e sentimentos. O todo não se abre ao novo porque já possui as respostas e, portanto, encontra-se estagnado no limite da ontologia.

A totalidade<sup>94</sup>, nesse sentido, tem uma relação com o absoluto e toda a indiferenciação daí decorrente. Timm de Souza explica a totalidade em Levinas a partir do encontro com o outro e a diferença que é intrínseca a essa relação. O autor estabelece que, ao perceber o discordante, o dissentimento pela constatação das particularidades faz surgir o trauma que deriva da detecção de que todas as convicções, ideias e princípios do eu são insuficientes para lhe fazer justiça. Daí a insegurança, mas também a oportunidade de um recomeço, uma tentativa de compreender o mundo de forma plural. Com isso, o encontro abre a possibilidade de questionar “na irrupção do outro o que meu mundo significa” e mais, “o ético exige, por

---

<sup>91</sup> KUIAVA, Evaldo Antônio. Sobre a neutralização da diferença. In: KUIAVA, Evaldo Antônio; BONFANTI, Janete (Orgs). **Ética, política e subjetividade**: homenagem a Cecília Pires. Caxias do Sul: Educs, p. 201-214, 2009, p. 207.

<sup>92</sup> Para Bauman, a relação ética levinasiana que nasce do confronto entre o ‘eu’ e o ‘outro’ tem um fundamento moral. No mesmo sentido a justiça. Os conceitos versariam, então, acerca da microética (moral) e macroética (justiça). In: **O mal estar da pós-modernidade**. Op. cit., p. 90.

<sup>93</sup> MIRANDA, José Albuquerque de. **Levinas e a reconstrução da subjetividade ética**: aproximações com o campo da educação. Op. cit., p. 470.

<sup>94</sup> KUIAVA, Evaldo Antônio. **Sobre a neutralização da diferença**. Op. cit., p. 202. Ainda sobre o assunto: “Dirigir-se à totalidade significa, desde a origem da filosofia, percorrer os confins extremos, para além do qual NADA existe, e vislumbrar a reunião em conjunto das coisas mais diferentes e mais antiéticas numa sociedade absoluta; unidade esta ilacerável do pensamento, cuja obstinação ontológica se encarna e se obstina no retorno ao mesmo. O critério para pensar o todo consiste na exclusão de qualquer realidade que possa ser encontrada no seu exterior. O todo é o limite intransponível no interior do qual ficam confinadas todas as extremidades que a investigação filosófica consegue alcançar; um limite que permite apenas visualizar os contornos e os perfis de sua própria forma”.

assim dizer, uma outra lógica que a lógica do logos”<sup>95</sup>. Portanto, a qualquer saber ético deve opor-se a totalidade, abrindo-se novas perspectivas. Saber não significa englobar a realidade, mas permitir a transposição constante ao desconhecido.

Para explicar tal raciocínio, Levinas o exemplifica por meio da imagem da guerra, confrontando-a à lucidez que representa a “abertura do espírito ao verdadeiro”. Assevera que “a guerra produz-se como a experiência pura do ser puro” e permite que “a arte de prever e ganhar por todos os meios a guerra – a política – impõe-se então, como o próprio exercício da razão”<sup>96</sup>. Tal alegoria representa a maleabilidade do ser em função das circunstâncias, bem como a característica tendencial do pensamento. Ademais, a guerra é também referida por Levinas devido à representatividade que detém no âmbito da filosofia ocidental, que se apropria do conflito apenas para desvendar a essência do ser<sup>97</sup>.

Para Levinas, o problema dessa ordem de pensamento encontra-se no raciocínio totalizante, já que o importante não é apenas o humano, mas a relação entre ele e o que está no seu exterior. Nesse sentido, o autor elege a subjetividade como foco de estudo, todavia ressalva, em ‘Totalidade e Infinito’, que a defende, porém “não a captará ao nível do seu protesto puramente egoísta contra a totalidade, nem na sua angústia perante a morte, mas como fundada na ideia de infinito”<sup>98</sup>. Assim sendo, a oposição do todo é a imensidão da sensibilidade como aspiração, que se abre entre o ser e o outro e é permitida pela hospitalidade e aceitação. Então, a subjetividade admitida pelo autor é a que está fundada na ética da alteridade. Está presente em cada um, além de se tratar de uma postura dissociada da razão instrumental e da consciência egocêntrica, pois antecede a esses elementos e os altera.<sup>99</sup>

O poder transformador da presença é considerado por Levinas na definição da subjetividade, afinal o ser não vive só e esse vínculo o define e redefine constantemente. Daí surge a abstração do ‘rosto’, que constitui “o modo pelo qual o Outro se apresenta,

---

<sup>95</sup> SOUZA, Ricardo Timm. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 111-137, 2004, p. 124.

<sup>96</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Trad. de José Pinto Ribeiro. 3ª edição, Lisboa: Edições 70, 2015, p. 7.

<sup>97</sup> Levinas afirma que “para a tradição filosófica, os conflitos entre o Mesmo [ontologia racionalista e totalizante] e o Outro, resolvem-se pela teoria em que o Outro se reduz ao Mesmo ou, concretamente, pela comunidade do Estado em que sob poder anônimo, ainda que inteligível, o Eu reencontra a guerra na opressão tirânica que sofre da parte da totalidade. In: **Totalidade e Infinito**. Ibidem, p. 34.

<sup>98</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Ibidem, p. 12.

<sup>99</sup> Sobre a sensibilidade em Levinas, ver DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. de Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth, 4ª edição, Petrópolis: Vozes, 2012, p. 367. Estabelece ainda o autor: “o amor à vida não ama o ser, mas a bondade do ser”.

ultrapassando a ideia do Outro em mim”<sup>100</sup>. Ou seja, trata-se de uma expressão que encerra a janela ao conhecimento e ao saber, independente da experiência.

Ao referir-se ao assunto, o autor o relaciona à bondade e à generosidade, do que decorre, também, uma revisão do conceito de justiça: “filosofia do poder, a ontologia, como filosofia primeira que não põe em questão o Mesmo [o outro em mim, em detrimento do outro pelo outro] é a filosofia da injustiça”<sup>101</sup>. Kuiuava também discorre sobre o assunto e o liga à neutralização da diferença, quando estabelece que “fora do ser só resta o não ser, que não é e não pode ser. Assim, tudo é reduzido a mesmidade. O mesmo é a totalidade pensada como uno”<sup>102</sup>. Então, na totalidade o indivíduo é parâmetro à igualdade, no infinito, por sua vez, a pessoa só é referência para a abertura à heterogeneidade.

Desse modo e com base na constatação de que o problema da filosofia foi destinar à ontologia o foco das investigações<sup>103</sup>, Levinas percebe um campo inexplorado, nascido das relações coletivas. O autor verifica, também, que existe a necessidade de regulação desse espaço, algo que acontece por meio da ética. A questão, entretanto, não se opera no plano individual e faz com que a justiça pressuponha a disparidade. Por isso a autonomia não têm lugar nesse campo. Se o humano é naturalmente marcado pelo viver em conjunto, a única possibilidade de convivência em paz requer uma atitude de respeito substancial ao que vem além do ‘eu’. Não existe alternativa à ética, já que ela condiciona a existência de uma sociedade viável<sup>104</sup>.

Especificamente quanto ao conceito de justiça, para circunscrevê-lo, é necessário compreender também a responsabilidade infinita, que é desencadeada pela corrente de vínculos interpessoais e personificada pela figura do ‘terceiro’. Quando este se apresenta, interferindo na relação entre dois indivíduos, também é merecedor de um tratamento ético, constituindo-se como o ‘outro do outro’<sup>105</sup>. Esse conjunto de conexões cria vínculos de

---

<sup>100</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Op. cit., p. 38. Objetivando esclarecer que o rosto é mais do que o aspecto físico, o filósofo sustenta que a “relação com o rosto pode, sem dúvida ser dominada pela percepção, mas o que é especificamente rosto é o que não se reduz a ele”. In: **Ética e Infinito**, Op. cit., p. 69.

<sup>101</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Ibidem, p. 34.

<sup>102</sup> KUIJAVA, Evaldo Antônio. **Sobre a neutralização da diferença**. Op. cit., p. 209.

<sup>103</sup> Inclusive Heidegger é criticado por Levinas no que tange ao apego à ontologia. Para tanto, é de ‘Totalidade e Infinito’: “a ontologia heideggeriana que subordina a relação com o outrem à relação com o ser em geral – ainda que se oponha à paixão técnica, saída do esquecimento do ser escondido pelo ente – mantém-se na obediência do anônimo e leva fatalmente a um outro poder, à dominação, imperialismo, à tirania. Op. cit., p. 34.

<sup>104</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável**: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. Op. cit., p. 111-137, 2004.

<sup>105</sup> Ver também AMARAL, Augusto Jobim. **Violência e Processo Penal**: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo. Op. cit., p. 163.

proximidade e torna o ser responsável não apenas pelo outro, mas também por aquele que está ao seu lado. A justiça, assim, corresponde à responsabilidade de todos por todos, de forma que a subjetividade ética de um interessa aos demais, porque o bem-estar do grupo depende disso. Nesse sentido, é de Levinas: “a ordem da justiça dos indivíduos responsáveis uns pelos outros, surge não para estabelecer esta reciprocidade entre o eu e seu outro, mas por causa do terceiro que, ao lado deste me é um outro, me é ‘também um outro’”<sup>106</sup>.

Nessa acepção, a legitimidade do Estado surge da perspectiva de delegação do cuidado, exigindo-se dele a justiça, ou a responsabilidade ética pelo ‘outro do outro’, infinitamente. Assim, a junção entre as pessoas antecede o Estado, que se manifesta a partir desse laço, dada a necessidade de substituição e tutela na responsabilidade mútua.

Se não houvesse ordem de Justiça, não haveria limite para minha responsabilidade. Há uma certa medida da violência necessária a partir da justiça; mas, se falamos de justiça, é necessário admitir juízes, é necessário admitir instituições como o Estado; viver num mundo de cidadãos, e não só na ordem do face-a-face. Mas, em contrapartida, é a partir da relação com o rosto ou de mim diante de outrem que se pode falar da legitimidade do Estado ou de sua mão legitimidade. [...] Quando, como na visão de Hobbes, o Estado sai, não da limitação da caridade, mas da limitação da violência, não se pode fixar limite ao Estado.<sup>107</sup>

Com base nessas palavras, a revisão da justiça é fundamental, vez que traz consigo um conteúdo ético substancial não relacionado ao mero conjunto de regras. Justiça é muito mais, pois representa a permanente compatibilização da assimetria que decorre da proximidade e do ‘face a face’. Ao interpretar a justiça em Levinas, Derrida afirma que a relação com o outro é a justiça, definida como “como ‘direiteza da acolhida feita ao rosto’. [...] Levinas fala de um direito infinito: naquilo que ele chama de ‘humanismo judaico’, cuja base ‘não é o conceito de homem’, mas o de outrem”. Segue afirmando que equidade não se confunde com igualdade, ou proporcionalidade calculada, mas a dessimetria absoluta<sup>108</sup>. Então, justiça é uma missão articuladora das diferenças, tem como objetivo atingir todos os outros (nós), para além daqueles que o ser alcança. O ‘eu’ é incondicionalmente responsável também pelo terceiro, mas como não pode ‘tocá-lo’ diretamente, a justiça o fará: “é para o distante que a justiça necessita nova modalidade. O distante é sempre um terceiro, é aquele que não está na imediatez da relação, são os muitos ‘eles’”<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Trad. de Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 293. Ver também em Dussel o conceito de ‘norma boa’. In: **Ética da Libertação na idade da globalização e exclusão**. Op. cit., p. 569.

<sup>107</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Ibidem, p. 145-146.

<sup>108</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. de Leyla Perrone-Moisés, 2ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 42.

<sup>109</sup> SUSIN, L. C. **O homem messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas**. Porto Alegre: EST/Vozes, 1984, p. 412.

Isso significa que o pensamento de Levinas realmente muda o foco da filosofia ontológica, já que o humano não importa a si, mas interessa a todos os demais, formando-se um círculo de cuidado ético. Essa mesma disposição, entretanto, requer a proteção em um novo patamar, o das instituições. Assim, para Levinas “atrás das singularidades, é preciso entrever indivíduos do ‘gênero’, é preciso compará-los, julgá-los e condená-los. Sutil ambiguidade de individual e de único, de pessoal e de absoluto, da máscara e do rosto. Eis a hora da justiça inevitável que a própria caridade todavia exige”<sup>110</sup>. Portanto, não é apenas o fundamento da subjetividade que muda no pensamento levinasiano, já que se altera, também, o sentido de justiça como entidade pública e valor. Em detrimento da proteção dos direitos de cada um, a justiça é desenvolvida para garantir as prerrogativas do outro, dentro do contexto encadeado de responsabilidade.

Dito de outra forma, não é o Estado ou o Direito que definem as relações sociais, mas são elas que os fundamentam. O vínculo ‘eu-outro’ constitui o laço original, nada existe antes dele, estabelecendo-se a causalidade da justiça e seu efeito consequencial. Daí que a noção de limites ao Estado<sup>111</sup> está conectada ao motivo de existência de todas as instituições: a alteridade, a dedicação infinita que se contrapõe à violência e aos excessos. Em Levinas, a lógica fica invertida, pois o que tradicionalmente partia do universal (justiça com base em leis gerais), no pensamento levinasiano decorre do singular (liame eu-outro), que se estende ao coletivo, porque sempre há um ‘outro do outro’, o terceiro, de cuja existência nasce a justiça.

Sobre os direitos, Susin, interpretando Levinas, esclarece: “se há, pois, direitos, estes são os direitos do outro, antes mesmo que eu os reconheça: os direitos do outro estão antes de minha liberdade e de minha benevolência”<sup>112</sup>. Nesses termos, ainda que em Levinas “simplesmente o ser não é razão de ser”<sup>113</sup>, a titularidade de um patrimônio jurídico é indistinta em termos gerais. Se o ser existe pelo outro, a recíproca também é verdadeira e o singular detém também direitos, mas não a partir de si, já que tudo acontece tendo como referencial a responsabilidade que vem de fora. Então, apesar de a igualdade não ser uma

<sup>110</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Op. cit., p. 293.

<sup>111</sup> De forma semelhante, no âmbito da criminologia crítica, enquanto o conjunto de pensamentos que questionam o poder penal estatal, Alessandro Baratta formula importante concepção à limitação dos instrumentos tradicionais da justiça penal a partir dos direitos humanos, trata-se de uma dupla função: devem representar tanto os objetos jurídicos a proteger, como também a fronteira legítima de atuação destes mesmos instrumentos, afinal, não se justifica uma violência para combater outra. Cf. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. **Revista Doutrina Penal**, Buenos Aires, Depalma, n. 10-40, p. 623-650, 1987. Ainda, o mesmo raciocínio sobre a manutenção de garantias como limite positivo à atuação do sistema penal pode ser encontrado em **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 2ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 206.

<sup>112</sup> SUSIN, L. C. **O homem messiânico**: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas. Op. cit., p. 408.

<sup>113</sup> SUSIN, L. C. **O homem messiânico**: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas. Ibidem, p. 408.

preocupação da filosofia de Levinas, ela está intrínseca em seu pensamento, advindo das relações transcendentais, como produto e não causa do zelo multilateral<sup>114</sup>.

Em síntese, a subjetividade ética é intrínseca, representa a uma condição ao humano e dela derivam todas as coisas, a exemplo do Estado e da Justiça. A alteridade, dessa forma, afastará o desprezo e promoverá a aceitação da diferença como condição primeira da existência. Para tanto, mais um aspecto relevante do pensamento levinasiano é significativo: a linguagem. Em termos comunicativos, Levinas representa as vicissitudes entre totalidade e infinito na interlocução contida entre o ‘dizer’ e o ‘dito’, ou na expressão usada por Timm de Souza, em meio ao “dizer indizível e a indiscrição do dito”<sup>115</sup>.

Neste contexto, o ‘dito’ não é neutro, pois representa um retorno do ser, a sua essência. Trata-se do sentido, da identificação dada pelo humano às coisas, o que implica a relação direta com a sua limitação totalitária. Já o ‘dizer’ ultrapassa o dito e compreende a significação indeterminada do infinito. Segundo Timm de Souza, “o dizer é a linguagem original do outro”<sup>116</sup>. Em outras palavras e, em síntese, trata-se ou da alternância entre o sentimento de alteridade ou de individualismo, pelos quais se permite associar o ‘dito’ à ontologia e o ‘dizer’, à ética, que pressupõe um conteúdo transcendental específico.

Para o autor, entre o adjetivo e o verbo, a primeira acepção encerra um “enunciado sobre o real, entendendo-se por real o que quer que se encontre como correlato de um pensamento que ‘busque’ a realidade”, ao passo que a segunda corresponde “a linguagem enquanto linguagem que acontece no tempo”<sup>117</sup>, objetivando exprimir a multiplicidade de interpretações que a temporalidade permite. Assim, “não há convivência pacífica possível entre o Dito e o Dizer, pois o Dito só é possível se significar propriamente uma detenção – uma ‘interdição’ – do Dizer imponderável que não cabe nele, no Dito”<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> É de Susin: “Entre o outro homem e o terceiro há novas relações de proximidade e de responsabilidade, relações que se complexificam numa pluralidade imensa de proximidade e de responsabilidade, pois eles não são semelhantes entre si, como não são meus semelhantes, mas próximos entre si e meus próximos. A relação por “semelhança” tornaria todo o relacionamento rígido e afinal terminaria na fixidez da imagem, englobaria todos num ‘alter ego’ e numa totalidade. Mas uma relação de proximidade ‘plural’ fazendo justiça à singularidade de todos, introduz necessariamente a ‘igualdade’: eles merecem igualmente toda minha responsabilidade. Trata-se de uma igualdade ética, não de uma igualdade ontológica. In: **O homem messiânico**: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas. Ibidem, p. 411.

<sup>115</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sujeito, ética e história**: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental. Op. cit., p. 129.

<sup>116</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sujeito, ética e história**: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental. Ibidem, p. 130-135.

<sup>117</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Kafka**: a justiça, o veredicto e a colônia penal. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 16. Em sentido semelhante: “a própria razão e a linguagem surgem a partir da relação ‘face a face com o outro, anterior à representação”. In: DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**. Op. cit., p. 367.

<sup>118</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Kafka**: a justiça, o veredicto e a colônia penal. Op. cit., p. 23.



Isso significa que para Levinas o diálogo tem função fundamental nas relações humanas. De maneira que, no pensamento levinasiano, a comunicação pressupõe a abertura ao ouvir, franqueando-se aos vínculos comunicativos os infinitos sentidos expostos pelo outro. Para Stan Van Hoff, “se o diálogo é básico para a realidade humana, se é um aspecto do nosso modo de ser mais primordial então esse modo de ser inclui a postura de abertura e respeito aos outros que está resumida em ouvi-los”<sup>119</sup>.

É justamente em função dessa característica interlocutiva do ser que Levinas elabora a já mencionada distinção entre o ‘dito’ e o ‘dizer’, alertando para a necessidade de “desvinculação” de si mesmo na integralidade relacional. É importante, porém, perceber que a palavra não tem conotação exclusivamente oral, já que não se trata da comunicação ontológica, consciente. Tanto é que assim como o ‘rosto’ retrata mais do que o personificado, o ‘olhar’ fala<sup>120</sup>, expressando uma linguagem ética em que o ‘dizer’ até pode estar contido no ‘dito’, mas jamais estará esgotado nele. Expondo de outra maneira, o ‘dito’ preconiza a mensagem submetida aos filtros de tradução do sujeito que interpreta o outro a partir de si. O dizer, por sua vez, está vinculado ao infinito e à temporalidade porque representa a reunião hipotética de todas as dimensões e interpretações possíveis de algo que nunca será totalmente compreendido (reunindo passado, presente e futuro). Ou seja, o ‘dizer’ manifesta o fundamento da subjetividade ética, e o ‘dito’ é o que deve ser superado.

Em resumo, linguagem, percepções, pensamentos e vivências integram um conjunto de características formativas da subjetividade humana. Para tanto, Pivatto distingue as diferentes concepções do ser com fundamento no ‘eu’ ou no ‘outro’, e sustenta que os referenciais interpretativos do viver influenciam o sujeito substancialmente. Nesse sentido, o quadro elaborado pelo autor pode ser assim disposto:

A tensão do viver interpretada como inclinação espontânea sobre si mesma é ato segundo, ato este que foi privilegiado pela tradição ocidental e tem gerado um modo de viver e coexistir que leva a uma sociedade de luta e de guerra, já que a espontaneidade que flui do viver como egoísmo é tida como natural e inquestionável. A subjetividade, por sua vez, decorre desta própria visão da vida. Se a vida é auto-expansão e busca de si e por si mesmo, o sujeito é aquele que faz dessa luta seu próprio viver como condição de sobrevivência. Mas se a vida for interpretada, na sua arcké, como gozo, como generosidade e gratuidade a perder de vista, a própria subjetividade pode assim receber uma nova interpretação, a partir da análise da sensibilidade/encarnação.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> HOOFF, Stan Van. **Ética da virtude**. Trad. de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 152-153.

<sup>120</sup> SUSIN, L. C. **O homem messiânico**: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas. Op. cit., p. 207.

<sup>121</sup> PIVATTO, Pergentino. A questão do humano e o animal rationale. **Veritas** – Revista de Filosofia da PUCRS, Porto Alegre, vol. 51, n. 2, 117-127, jun. de 2006, p. 125.

Ocorre que, na filosofia e no cotidiano, a ruptura paradigmática proposta por Levinas não é tarefa fácil, principalmente quando se destina à transposição do universo teórico em direção à *'práxis'*. Não obstante, a racionalidade ética, a teor do que defende Timm de Souza<sup>122</sup>, alicerça uma proposta carismática. Assim, entre a complexidade de proposições supostamente inexequíveis e/ou utópicas, o conflito entre alteridade e razão como definição primeira do que é o homem, mostra-se fundamental para circunscrever a subjetividade contida no dever de imparcialidade do julgador, bem como à formulação de caminhos possíveis ao diálogo jurídico<sup>123</sup>.

A dificuldade basicamente refere-se a transpor conceitos e princípios tão bem delineados por pensadores como os já citados Kant e Descartes. Afinal, o método cartesiano ou a lógica dos *'a priori'* kantianos confere legitimidade ao agir humano que, pela experiência ou em função dela, produz conhecimento. Em consequência, o controle que a razão presumivelmente assegura ao homem atrai um número significativo e resistente de adeptos, talvez e contraditoriamente, em decorrência de enredos inconscientes<sup>124</sup>, mas que são o bastante para obstaculizar a ruptura paradigmática.

De qualquer forma, Kuhn sinaliza para diretrizes conciliatórias quando escreve: “penso que não se perde nada de importante ao reconhecer que aquilo a que nós, na maioria das vezes, referimo-nos como teorias distintas, de fato intersectam-se ocasionalmente em aplicações importantes”<sup>125</sup>.

Isto significa que não há problema em compatibilizar razão e subjetividade ética, desde que os elementos não impliquem posturas excludentes. Em outras palavras, a liberdade pode ser limitada pela responsabilidade, mas jamais autorizar a escolha pelo poder arbitrário. Ainda, a ética da alteridade como característica vinculada ao humano não impede sua aceitação legitimante. Ademais, tais pontos de contato existem, a exemplo de o próprio

---

<sup>122</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável**: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. Op. cit., p. 111-137.

<sup>123</sup> No contexto deste trabalho, utopia tem o sentido da expressão difundida por Thomas More na obra que consagrou a terminologia em 1516. Trata-se do espírito transcendental do desejo pelo porvir. More escreve ao final de sua obra (sobre uma ilha “Utopia” em que as pessoas desenvolveram um tipo de civilização humanitária, sem utilizar dinheiro e baseada no bem viver): “há muita coisa na República de Utopia que eu desejaria ver imitada em nossas cidades - coisa que mais desejo do que espero”. In: MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. Anah de Melo Franco, Brasília: Editora UnB - Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 132. Ou seja, Thomas More sabe que tal sociedade possivelmente não será factível, por isso não a espera, mas deseja.

<sup>124</sup> Sobre o assunto, Freud sustentou: “O orgulho da consciência que chega, por exemplo, a desprezar os sonhos pertence ao forte aparelhamento disposto em nós de modo geral contra a invasão dos complexos inconscientes”. In: **Cinco lições de psicanálise**: Leonardo da Vinci e outros trabalhos. Trad. de Jaime Salomão, Op. cit., p. 51.

<sup>125</sup> KUHN, Thomas. **O caminho desde a estrutura**: ensaios filosóficos. Trad. de Cesar A. Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 226.

conceito de infinito formulado por Levinas ter tido origem cartesiana e na ideia de infinito que não provenha do sujeito<sup>126</sup>.

Entretanto, o que é impossível harmonizar diz respeito ao conteúdo hegemônico do ‘eu’ racional, quando utilizado para afastar a diferença ou, ainda, para falsear processos de escolhas direcionadas. Em sede do direito, lamentavelmente, a racionalidade tem ocupado espaço significativo na manutenção de círculos de poder, tal como denunciado por Foucault e já consignado nas páginas anteriores. Sobre o assunto, Chignola constata a relação existente entre liberdade, disciplina e governança para alertar sobre o cenário em que as pessoas são levadas a crer na autonomia e a aceitar passivamente a lógica da rejeição e da exclusão. Para o autor, trata-se de uma “forma de disciplinamento e de captura da vida”<sup>127</sup>, utilizada para condicionar a adaptabilidade do sujeito ao ambiente do mercado e descartar levemente o diferente. Com isso, o Estado suprime qualquer responsabilidade que não a de caráter humanitário, misericordioso, como se inexistisse um encadeamento profundo de causa e efeito.

Em termos das ciências criminais, universo em que esta pesquisa se situa, o quadro de vigilância e servilismo também é aparentemente perceptível<sup>128</sup>, motivo pelo qual as próximas páginas destinam-se a avaliar a reprodução, pelo processo penal, dos círculos de poder que orientam o direito ocidental nos últimos séculos e, em tese, simplificam o dever de

---

<sup>126</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sujeito, ética e história**: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental. Op. cit., p. 82

<sup>127</sup> CHIGNOLA, Sandro. A vida, o trabalho, a linguagem: biopolítica e biocapitalismo. **Cadernos IHUideias**, São Leopoldo, Unisinos – Instituto Humanitas Unisinos, vol. 13, n. 228, p. 3-19, 2015, p. 16-17. Nesse sentido, é do autor: “Permitam-me concluir esta apresentação com algumas observações. A primeira diz respeito ao que se obtém desta específica forma de disciplinamento e de captura da vida. Isso não significa apenas fazê-lo [o sujeito] investir em si mesmo, responsabilizando-o pela sua própria liberdade, mas significa, acima de tudo, subordinar as suas características antropológicas e animais [...] ao regime de acumulação posto em prática como uma resposta à ‘insubordinação’ operária dos anos 70. A segunda está ligada ao descarte. Isto é, o resultado deste processo no qual a governamentalidade liberal não assume as responsabilidades, delegando-as à autonomia do mercado e dos indivíduos que nele agem, mesmo quando estes se tornam trabalhadores, precários, devedores ou assumem posições subordinadas. Aqueles que permanecem à margem, o fazem por ‘vontade’ próprias e a vontade é o pivô do processo disciplinar que cria o indivíduo como uma empresa, ou ainda como incapaz, isto é, como ‘vida’ que será tratada em termos simplesmente humanitários. Uma crítica relativa à razão humanitária – se a razão humanitária significa tratar as desigualdades e as suas causas não em termos de conflito, mas como um veículo para a proliferação da intervenção compassiva do governo em vista da sobrevivência do indivíduo e, com este, a criação dos mesmos mecanismos que as desigualdades e as emergências geram e reproduzem – me parece urgente a crítica da soberania construída sobre o paradigma do homo sacer”.

<sup>128</sup> Sobre o assunto, manifesta-se Peter Sloterdijk: “O pensamiento conservador mantiene al respecto una actitud positivista. Sin preguntarse en primer lugar por los contextos, con harta frecuencia comprueba que los hombres se comportan de una manera bastante egoísta, destructora, codiciosa, tonta y anticomunitaria. Precisamente por eso era y es para todo conservadurismo tan sumamente importante la criminalidad: porque el “pensamiento breve” encuentra en ella la prueba convincente de una concepción pesimista del ser humano, que, por su parte, suministra la base para una política autoritaria y fuertemente disciplinante”. In: **Crítica de la razón cínica** [1983]. Op. cit., p. 108.

imparcialidade do juiz, reduzindo-o a mero mecanismo de controle formal. Isto é importante porque a conduta do julgador insere-se nesse contexto teórico-prático e qualquer tentativa de investigação a respeito deve considerar os respectivos pressupostos constitutivos.

Em outras palavras, a configuração das ciências criminais do hoje é produto de muito do que se fez no passado, de forma que não há como isolar posturas e entendimentos de seu contexto formativo. Ademais, esse encadeamento define o ‘estado da arte’ do que foi construído, até aqui, acerca da equidistância, alheamento ou imparcialidade do juiz em sede das ciências criminais. Por isso, a reflexão subsequente refere-se à configuração do processo penal da atualidade, objetivando definir o cenário de inserção da imparcialidade como elemento estrutural. Em termos metafóricos, Heidegger, há muito, discorreu sobre a essência da obra de arte, evidenciada na relação ontológica empreendida pelo artista:

‘Origem’ significa aqui aquilo a partir do qual e pelo qual algo é aquilo que é e como é. Aquilo que algo é, como é, chamamos a sua essência. A origem de algo é a proveniência da sua essência. A pergunta pela origem da obra de arte pergunta pela proveniência da sua essência. De acordo com a concepção habitual, a obra tem origem a partir da e pela actividade do artista.<sup>129</sup>

Dito de outra forma, se a obra de arte em Heidegger é muito mais que um ente ou um utensílio, porque sua existência expressa a presença do artista que a criou, o conceito de imparcialidade também sofre interferências de seu autor, um processo penal contraditório, formado por inúmeras ‘mãos’ e mentes que, ao logo da história, têm sido responsáveis por resguardar tanto as relações de poder, quanto a proteção de direitos. Assim sendo, que a definição desses elementos pode contribuir para a configuração paradoxal da própria imparcialidade. Então, a verificação temporal das matrizes teóricas do instituto implica a determinação de “vínculos com o futuro e, assim, servindo de mecanismo para a mudança ou até mesmo servindo de resgate mnemônico quando existe a oposição a uma modificação”<sup>130</sup>. O problema, adverte Gloeckner, é transformar essa ‘aliança temporal’ em determinismo. Para tanto, assegura o autor: “se é certo que o passado não deve ser esquecido, também a repetição compromete a estrutura temporal que permeia sociedade e direito”<sup>131</sup>.

Em sentido complementar, Ost aponta que a grande dificuldade para a construção do hoje, com base na análise crítica do ontem, decorre do fato de que “a memória contemporânea

<sup>129</sup> HEIDEGGER, Martin. **Caminhos de Floresta**. Trad. de Irene Borges-Duarte, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 7.

<sup>130</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 36.

<sup>131</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Ibidem, p. 45.

é uma memória em migalhas”. Ao passo que o direito “escraviza a memória social”, dada a sua concepção fragmentária e totalizante. Ainda, é do autor: “qualquer lei pressupõe um conjunto de contextos interpretativos que lhe preexistem, envolvem-na e lhe sobrevivem sem que estas leis sejam aptas a afetá-las de modo radical”<sup>132</sup>.

Disso implica que, para esta pesquisa, a questão conjuntural diz respeito à compreensão das trilhas de sentido, ideológicas ou não, que trouxeram o processo penal ao hoje, não para reproduzi-las, porém para auxiliar nas escolhas, abandonos e permanências do amanhã.

## 1.2 O processo penal e o caminho percorrido: entre a superação e a permanência de paradigmas

Como referido acima, o processo penal do hoje foi edificado por muitas mentes. Ou, no dizer filosófico de Heidegger, por muitos ‘artistas’ e estilos. Não obstante, a construção teórico-prática atual é relativamente recente (desenvolvida principalmente na Europa dos séculos XVII e XVIII), se comparada a tudo que a humanidade trilhou ao longo da história<sup>133</sup>. O referido norte, entretanto, está longe de significar que, apesar de todos os processos de rompimento de ideias, a ‘modernidade’, ‘pós-modernidade’ ou mesmo ‘contemporaneidade’<sup>134</sup> expressam tudo que é novo. Nesse sentido, recordem-se as ilações de Bauman e Souza Santos, consignadas nas páginas precedentes e que abalizam a afirmação de que a distinção acima não é unívoca.

<sup>132</sup> OST, François. **O tempo do Direito**. Ob cit., p. 54, p. 84 e p. 94. Ainda, o autor situa a ciência do direito como “limiar do tempo futuro”. Para tanto, exemplifica a questão através do mito de Prometeu - “promessa, projeto, progresso”, o imortal que roubou o fogo dos deuses para entregá-lo aos homens, tornando-os poderosos. Em consequência, Prometeu foi castigado por Zeus e, acorrentado, teve o fígado devorado por uma águia durante o dia, apesar de o órgão regenerar-se todas as noites. Ao final, Prometeu foi libertado, o que representa a força da transgressão, da recusa, presente na ciência do direito. Implica também o aprendizado entre passado e futuro: “Pelo sofrimento, a humanidade aprende a constância de seus reveses, ensaia a ser vitoriosa. Ei-la agora que inscreve seu projeto no tempo, mais do que precipitá-lo na temporalidade da utopia”. Ididem, p. 191-192.

<sup>133</sup> Para Coutinho, “todo conhecimento é histórico e dialético. Histórico porque é sempre fruto de determinado momento de uma certa sociedade. Dialético porque, além de ser reflexo das condições materiais de seu tempo, atua sobre esta materialidade, alterando-a. Em outras palavras, todo saber é condicionado e condicionante”. In: Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Op. cit., p. 171. Em sentido semelhante, Walter Benjamin resignifica a história para dotá-la de uma dimensão humana abrangente, em detrimento do historicismo, categoria acrílica que deixa de narrar o todo, em nome do relato dos vencedores. In: MATE, Reyes. **Meia noite na história**: comentários às teses de Benjamin “sobre o conceito de história”. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 203

<sup>134</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 13ª ed., São Paulo: Cortez, 2010, p. 76-80 e 135-140. É intrínseca à modernidade a existência de promessas relacionadas à regulação e à emancipação. O problema daí advindo refere-se principalmente à ênfase da primeira em detrimento da segunda, tolhendo-se, então, subjetividades e racionalidades. Em outras palavras, muito do Direito atual reflete mais do ‘mesmo’, apesar da apresentação em diferentes roupagens.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a vinculação histórica oitocentista é perfunctória e não implica ausência de processo penal nos períodos anteriores, mas apenas sugere que os alicerces do modelo presente foram fixados de forma mais marcada em tal lapso temporal. Entretanto, é também relevante esclarecer que apesar de tal delineamento e, a despeito de ter havido nos dois últimos séculos significativas modificações, aqui também não houve singularidade de concepções. O que se quer ponderar, portanto, é que tal diversidade igualmente define o atual sistema de controle social.

Nessa linha de pensamento, um aspecto importante a consignar refere-se ao fato de que as ciências criminais são compostas por uma junção de conteúdos, em tese, autônomos, como criminologia, direito penal, política criminal e processo penal propriamente dito. A individualização de cada um desses ramos do conhecimento é, por si só, bastante intrincada<sup>135</sup>. Contudo, tal encadeamento possui fontes comuns, além de evidenciar constantes e extensos pontos de contato. Assim, a compreensão de todo o quadro fornecerá dados importantes à análise pormenorizada e diferencial.

Em consequência, a discussão que será empreendida, a partir deste momento da pesquisa, pode, em certos aspectos, estar situada mais em sede do direito material do que em termos dos aspectos processuais propriamente ditos. Contudo, frise-se: o caminho percorrido pelo processo penal é, também, uma manifestação da conexão existente entre todas as facetas da matéria criminal, principalmente no que tange às percepções acerca da violência e do direito de punir, bem como de seus respectivos fundamentos de legitimação, aplicação e execução. Sobre o assunto, colhe-se de Lopes Jr.:

O sistema penal (material e processual) não pode ser objeto de uma análise estritamente jurídica, sob pena de ser minimalista, ingênua até. O processo penal não está em um compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômicos. A violência é um fato complexo que decorre de fatores biopsicossociais. Logo, o processo, enquanto instrumento, exige uma abordagem interdisciplinar, a partir do caleidoscópio, isto é, devemos visualizá-lo desde vários pontos e recorrendo a diferentes campos do saber.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> Para Carvalho, “após o desenvolvimento das disciplinas penal e processual no século XVIII [...], nasce, no plano geral do direito, a ciência dogmática, identificada como modelo cognitivo cuja tarefa seria sistematizar conceitualmente a interpretação das normas estatais (objeto de pesquisa e trabalho)”. Entretanto, dada a noção positivista de ciência e a necessidade de adaptação às ciências criminais das concepções de causa e efeito, continua o autor sustentando que “no final do século XIX, foram colonizadas pela nascente criminologia, a qual, desde o marco do positivismo etiológico, reivindicou para si o estatuto científico do estudo do crime e da criminalidade” In: **Antimanual de criminologia**. Op. cit., p. 37. Isso significa que, para além da segmentação natural das ciências, resultado direto do cartesianismo, houve um histórico embate entre a dogmática e a criminologia, sendo vencedora a primeira, consoante se verá neste trabalho, no ponto sobre o positivismo jurídico.

<sup>136</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39-40.

Dito de outra forma, o processo penal se mescla às estratégias de enfrentamento da violência e com elas se confunde. Em síntese, o que se quer demonstrar é que, nos dois últimos séculos, tal tarefa (controle da violência) foi empreendida de forma a contaminar de maneira bastante imperativa (apesar de contraditória) a generalidade das ciências criminais do agora. Em vista disso, a verificação histórico-filosófica que se segue, é motivada por tal perspectiva transdisciplinar, porque somente ela será capaz de situar as condições de suplantação ou conservação paradigmática.

Ademais, todo esse panorama de interdependência recíproca significa que, a par de avanços e retrocessos, tanto a cientificidade quanto a coloquialidade do que se é e pensa hoje em ciências criminais possui uma marca indelével: a da complexidade, já referida no início deste texto e aqui utilizada não como método de pesquisa, mas como uma perspectiva integradora do conhecimento. Naquele momento, consignou-se que o modelo proposto por Morin estabelece que “a complexidade não compreende apenas quantidades de unidades e interações que desafiam nossas possibilidades de cálculo: ela compreende também incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios”<sup>137</sup>. Em outras palavras: ao lado do aspecto formal da diversidade, desponta também o conteúdo substancial e polêmico, que nasce da união de tudo que é múltiplo.

Talvez esse seja um dos impeditivos à ruptura definitiva de paradigmas tanto no que se refere aos momentos antecedentes e subsequentes aos dois últimos séculos, quanto entre a modernidade e a pós-modernidade<sup>138</sup>. Nessa perspectiva, Souza Santos afirma que “para a subjetividade paradigmática, o passado é a metonímia de tudo o que fomos e o que não fomos. E o passado que nunca foi exige uma reflexão especial sobre as condições que o impediram de alguma vez ser”<sup>139</sup>, no sentido de nunca ter ocorrido, em termos materiais, a efetivação de direitos, circunstância marcada pelo desequilíbrio entre regulação e emancipação. Em outras palavras, esse movimento gerado entre passado, presente e futuro, é responsável por interpretações e reinterpretções da heterogeneidade do que o ser humano é, assim como pela manutenção do ‘*status quo*’ nas ciências criminais.

Partindo desse pressuposto, é importante perceber que nessa marcha para a transição, a concretude do ‘novo’ e das controvérsias fáticas estiveram latentes na sociedade do final do

---

<sup>137</sup> MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Ob. cit., p. 35. Estabelece também o autor: “a complexidade não se reduz a incertezas, é a incerteza no seio dos sistemas ricamente organizados”.

<sup>138</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Op. cit., p. 75.

<sup>139</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. Op. cit., p. 347.

século XVIII, apesar de que, naquele momento, ainda não se estruturara, ao menos em termos teóricos, o que agora se chama de pensamento complexo (recorde-se que, para Morin, um paradigma transcende ao científico e atinge, também, esferas do cotidiano social), ou antes mesmo do desenvolvimento da ‘teoria crítica’, também aqui apresentada pela sua contraposição ao racionalismo. Tais pontos e contradições podem ser verificados na dicotomia entre a defesa de direitos formais e o descompasso social correspondente, ou entre a racionalidade punitiva e os limites protetivos ao humano que coexistiram no período.

A título exemplificativo, a época oitocentista conviveu com ‘alguma crítica garantista’<sup>140</sup> principalmente consubstanciada no declínio das penas cruéis e sanguinolentas, além da publicização dos procedimentos - como se verá no próximo tópico, mas também aceitou o ‘refluxo do passado’, restituindo, de forma quase concomitante, elementos totalitários do medievo<sup>141</sup> (por meio do sistema processual penal misto, item igualmente disposto a seguir) .

Em vista de antíteses, como as referidas acima, Cassara caracteriza o processo penal da atualidade pela estrutura mitológica<sup>142</sup>, descrevendo uma série de crenças e metáforas que autorizam a “simultaneidade de paradigmas”. Para o autor, isso “permite compreender porque, em um regime democrático, subsistem mitos que, sem serem submetidos à crítica, reforçam os caracteres autoritários da sociedade [...] e a presencialidade do passado”<sup>143</sup>. Entre os mitos elencados por Cassara, há destaque à “filosofia da consciência, enquanto “*habitat* dos novos mitos”, além da neutralidade e imparcialidade, verdade real e livre convencimento. Em sua acepção, uma das características de tais crenças é a pluralidade de significantes, que encerram tanto discursos declarados quanto funcionalidades reais, normalmente voltados à seletividade do sistema penal.

Ademais, o referido processo de escamoteamento é responsável por consolidar defesas ao conteúdo autoritário de certos discursos jurídicos<sup>144</sup>, a exemplo da própria lei, que detém coerção, embora não necessariamente encerre mandamentos hígidos ou justos. Sobre isso,

---

<sup>140</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal. São Paulo: Almedina, 2014, p. 106.

<sup>141</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal. Ibidem, p. 111.

<sup>142</sup> Nesse sentido, é do autor: “se, para alguns, a modernidade é o fim dos mitos, para outros, é a ‘perfeição do mito’. A permanência dos discursos mitológicos, por si só, revela a importância desse fenômeno e a funcionalidade do uso. O (re)curso do mito só persiste porque é útil. In: **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 35-36.

<sup>143</sup> CASSARA, Rubens. R. R.. **Mitologia processual penal**. Ibidem, p. 31.

<sup>144</sup> CASSARA, Rubens. R. R.. **Mitologia processual penal**. Ibidem, p. 32-33.



sustenta Cassara: “a autoridade das leis repousa no crédito que lhes concedemos”, simplesmente porque são leis<sup>145</sup>.

Então, ao se referir ao processo penal do ontem e do hoje, ambiente de desenvolvimento das noções de subjetividade e imparcialidade do julgador, é essencial atentar para fortes antagonismos, visto que tal vertente do conhecimento não se encontra isolada do mundo da vida e da ciência. Consequentemente, inúmeras variáveis, a exemplo de questões legislativas, econômicas, políticas e sociais<sup>146</sup>, entre outras, deverão ser abalizadas no diagnóstico, sob pena de a análise tornar-se unilateral e parcial. De outro lado, o quadro também revela que profusas referências transmitiram um pouco de si ao pensamento jurídico atual e analisá-las possivelmente conceda indicativos do que ainda há a construir em sede de um direito justo e equânime. Contudo, para efeitos deste trabalho e ‘sem a pretensão de esgotar’ cada uma delas, a análise será empreendida no contexto do racionalismo iluminista e seus reflexos na metodologia punitiva, do positivismo jurídico, além do sistema processual misto. Isso se justifica porque, além de constituírem fortes manifestações gerais, são também conteúdos teórico-práticos da organização jurídica atual.

### 1.2.1 O racionalismo iluminista e o processo de humanização das penas: do corpo para a mente

Como já referido nas páginas precedentes, o processo penal da atualidade foi edificado sobre concepções elaboradas, principalmente, no ambiente europeu dos séculos XVII e XVIII. Tal período foi marcado por uma importante modificação social e política que, inicialmente difusa em termos teórico-científicos, manifestou-se concretamente na França em mil setecentos e oitenta e nove, estendendo-se, posteriormente, em maior ou menor proporção, para a generalidade das sociedades do mundo ocidental; tanto que, para Eric Hobsbawm, a

---

<sup>145</sup> CASSARA, Rubens. R. R.. **Mitologia processual penal**. Ibidem, p. 35. No mesmo sentido ver DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Op. cit., p. 26, consoante já referido neste texto.

<sup>146</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 273-274, sustentam que “o sistema social existente, com sua necessidade de racionalização, não apenas restringe a extensão de uma política penal repressiva, quanto também estabelece limites para a reforma do programa. O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas as suas leis especiais. É parte integrante de todo o sistema social e compartilha suas aspirações e seus defeitos”. Continuam os autores: “há um paradoxo no fato de que o progresso do conhecimento humano tornou o problema do tratamento penal mais compreensível e mais perto de uma solução, enquanto a questão de uma revisão fundamental na política penal parece estar mais longe hoje do que nunca, por causa de sua dependência funcional a uma dada ordem social”.

Revolução Francesa foi ‘a’ revolução do seu tempo<sup>147</sup>. Daí que toda a trajetória transformadora merece ser compreendida para que seja possível avaliar suas representações no direito criminal que se estende até os dias atuais.

Nesse sentido, o mesmo racionalismo que foi referido por este texto em termos de contraposição à subjetividade ética levinasiana, foi uma das características marcantes das proposições da referida época histórica. Então, tudo aquilo que se dispôs antes pode ser transposto a este momento da pesquisa, eis que os elementos estão inteiramente relacionados. Assim, a difusão do ‘eu’ racional integra o contexto do panorama oitocentista<sup>148</sup>, responsável que foi pela identificação de tal momento histórico como idade ‘da razão’, ‘das luzes’ ou ‘da felicidade’<sup>149</sup>.

Entretanto, é relevante atentar, no contexto do racionalismo, que o Iluminismo foi marcado pelos mesmos contrastes já aludidos neste texto. Em consequência, ao lado de sua intrínseca insuficiência ontológica, deteve (e detém) uma mensagem de esperança na transformação jurídico-social. Assim, pensamentos como os de Voltaire, Montesquieu e Rousseau<sup>150</sup>, conviveram com as obras de Locke, Hobbes e Adam Smith<sup>151</sup>. Ademais, a ‘Declaração dos Direitos do Homem’, foi responsável pela consolidação de novos referenciais acerca do indivíduo e do Estado, com base no que se desenvolveu o liberalismo<sup>152</sup>. Em termos criminais, o quadro possibilitou a obra de Beccaria, ‘Dos delitos e das penas’, marco da principiologia humanista no controle do crime. Acerca das ideias de Beccaria, aponta Carvalho que: “legalidade dos delitos, proporcionalidade das penas, jurisdicionalização dos conflitos a partir do devido processo legal e da presunção de inocência, são temas reiterados

<sup>147</sup> HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 73

<sup>148</sup> Segundo Souza Santos “o modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constitui-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios no século XVIII, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. In: **Um discurso sobre as ciências**. 7ª edição, São Paulo: Cortez, 2010, p. 20-21.

<sup>149</sup> MATOS, Olgária. **A escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo**. São Paulo: Moderna, 1993, p. 33.

<sup>150</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII** [1977]. Trad. de Maria Manuela Alberty, Lisboa: Edições 70, 1990, p. 248-249.

<sup>151</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII**. Ibidem, p. 253.

<sup>152</sup> Para Baumer, “o liberalismo é uma palavra do século XIX e não do século XVIII. O liberalismo, no entanto, surgiu antes de haver uma palavra para ele [...] O liberalismo não era uma coisa estática e foi acumulando novos significados à medida que o século avançava. [...] Embora todos esses significados tenham algum mérito, tendem a obscurecer o movimento liberal, que se centrava na reforma da ordem estabelecida e acentuava a liberdade e igualdade dos indivíduos”. Ademais, “havia diferenças de opinião em quase todas as questões: quanto à melhor forma de governo, se a reforma deveria partir de cima ou de baixo, se a reforma deveria ser realizada dentro das estruturas da sociedade e quanto à forma de equilibrar a liberdade com igualdade, o indivíduo com a comunidade e assim por diante. Deve notar-se, no entanto, que as diferenças de opinião tinham mais a ver com os meios do que com os fins. Havia acordo quanto a alguns fins fundamentais, enquanto, por outro lado, havia total desacordo quanto aos meios. In: **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII**. Ibidem, p. 253-254.

na tentativa de aniquilar a base inquisitória do direito penal e processual penal, pouco harmônica com os ideais das luzes”<sup>153</sup>

Antes, porém, de abordar a questão penal específica, importante estabelecer que o período das ‘luzes’ não nasceu profusamente revolucionário, mas adveio de uma reação ao saber eclesiástico e à escatologia, característico do medievo, o período anterior. Esse foi um dos motivos pelos quais a razão foi difundida com tamanha expressividade: havia algo significativo a contrapor, a exemplo do misticismo e da lógica do juízo final – manifestado a partir da crença no ‘fim do mundo’ inevitável, convicção capaz de fomentar a posição dominante da religião sobre tudo e paralisar novas descobertas pela explicação divina<sup>154</sup>. Diante disso, é compreensível a mensagem de progresso e desenvolvimento existente nos princípios que despontavam do movimento reformador e que se baseavam no controle do homem sobre o mundo<sup>155</sup>. Em outras palavras, para serem válidas, as coisas deveriam ser explicadas lógica e racionalmente.

Dito de outra forma, “a razão iluminista prometeu conhecimento da natureza através da ciência, aperfeiçoamento moral e emancipação política. A consciência de uma época se reconhece na metáfora da luz [...], iluminismo e esclarecimento remetem a um mundo inteiramente iluminado”<sup>156</sup>. Inicialmente, a irradiação do pensamento respectivo foi fomentada por explorações e inventos no âmbito das ciências naturais, mas o otimismo logo compreendeu também a análise social, pois “tal como foi possível conhecer as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade”<sup>157</sup>.

---

<sup>153</sup> CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Op. cit., p. 37.

<sup>154</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. [1918]. Trad. de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 76.

<sup>155</sup> MATOS, Olgária. **A escola de Frankfurt**: luzes e sombras do iluminismo. São Paulo: Moderna, Op. cit., p. 30, 46 e 48. Para a autora, “que fez a ciência moderna? Transformou a natureza em um gigantesco juízo analítico, obrigou-o a falar a linguagem do número, matematizando-a, formalizando-a. Em outras palavras, se o iluminismo pretendeu desmistificar a natureza, desenfeitá-la, desencantá-la – pelo recurso à razão explicadora e dominadora dos fenômenos naturais - o resultado foi uma triunfante desventura”. O desejo de dominação do homem sobre a natureza, originário de Descartes “aboliu o mito e a magia e instaurou a racionalidade dominadora, controladora”. Ademais “a racionalidade que separa sujeito do objeto, corpo e alma, eu e mundo, natureza e cultura, acaba por transformar as paixões, as emoções, os sentidos, a imaginação e a memória em inimigos do pensamento. Cabe ao sujeito, destituído de seus aspectos empíricos e individuais, ser o mestre e conhecedor da natureza; ele passa a dar ordens à natureza, que deve aceitar sua anexação ao sujeito e falar sua linguagem – linguagem das matemáticas e dos números. Só assim, a natureza poderá ser conhecida, isto é, controlada, dominada, o que não significa ser compreendida em suas dissonâncias em relação ao sujeito e nos acasos que ela torna manifestos”.

<sup>156</sup> “O conhecimento da natureza se emancipa do mito e o conhecimento da sociedade deve, também, fundar-se na razão. A razão esclarecida é uma razão emancipada”. In: MATOS, Olgária. **A escola de Frankfurt**: luzes e sombras do iluminismo. São Paulo: Moderna. Ibidem, p. 33.

<sup>157</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. Op. cit., p. 32.

No sentido em questão, os pensamentos de ‘Copérnico, Galileu, Newton’<sup>158</sup>, ‘Locke, Montesquieu, Rosseau (já citados na página precedente)’<sup>159</sup>, Descartes<sup>160</sup> e Bacon<sup>161</sup>, entre outros, foram fundamentais.

Basicamente, o conjunto das descobertas científicas circunscreveu o desenvolvimento da confiança no controle do homem sobre todas as coisas, bem como sobre si mesmo, por meio do conhecimento. Sobre o assunto, referiram Adorno e Horkheimer que “o programa do esclarecimento era o desencantamento do mundo. Sua meta era dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber”<sup>162</sup>. O problema é que disso decorreu o surgimento de novas alegorias, substancializadas pela necessidade de observação, neutralidade e abstração, pois: “o sujeito que enfrenta a natureza abstrata é, ele também, abstrato, destituído de psicologia e memória, pois as paixões humanas, bem como o mundo cultural e histórico, são fontes de engano e ilusão”<sup>163</sup>.

Horkheimer, especificamente, aprofunda a discussão acerca do ‘entendimento’ no Iluminismo, quando divide o conceito de razão em objetiva e subjetiva. Para o autor, a primeira é compreendida pela tendência humana de justificar as ações pelos seus fins éticos gerais, como bem, justiça, liberdade e igualdade. Ainda, “o termo razão objetiva pode também designar o próprio esforço e capacidade de refletir tal ordem”<sup>164</sup>. De outro lado, a segunda encerra a primazia dos meios sobre as metas, direcionando-os ao benefício do sujeito e apenas

---

<sup>158</sup> Copérnico desenvolveu a teoria heliocêntrica, em contraposição ao geocentrismo. Copérnico compreendeu que a terra não é o centro do sistema solar, posto ocupado pelo sol. Galileu, por sua vez, formulou uma importante teoria relacionada ao movimento dos corpos e a partir dela, elaborou o princípio da inércia, ideia precursora do pensamento newtoniano. In: **Um discurso sobre as ciências**. Ibidem, p. 22.

<sup>159</sup> Locke, Rosseau e Montesquieu, por sua vez, transpuseram para o social a noção mecanicista de análise da natureza e implementaram fundamentos para os limites ao Estado, pelas noções de ‘contrato social’, à consolidação do direito à liberdade. Segundo Baumer, “a ciência dava a esperança de maior previsão e controle, na sociedade bem como da natureza, de uma engrenagem política desenvolvida para proteção da liberdade e da felicidade do homem” In: BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII**. Op. cit., p. 246 e 113.

<sup>160</sup> Segundo Matos, foi Descartes que, “no ‘Discurso do método’ pretendeu que o humano, graças à técnica e por meio dela, deveria tornar-se ‘mestre e senhor da natureza’. Essa dominação patriarcal da natureza supunha que aqueles capazes de dominar o mundo primeiro se mostrassem capazes de se dominar”. Continua ainda a autora: “Para Descartes, os sentidos são fontes de enganos, erros e ilusões, introduzindo perturbações no processo do conhecimento objetivo da natureza”. In: **A escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo**. Op. cit., p. 40 e 41.

<sup>161</sup> Distanciado do pensamento matemático, Bacon voltou-se ao estudo do homem. O autor o colocava “dentro e acima da natureza” e, assim como Deus, o homem poderia interferir nela, modificando-a segundo sua necessidade. Por isso o método científico, a experimentação e a lógica da indução. In: Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII**. Op. cit., p. 115.

<sup>162</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Trad. de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985, p. 19.

<sup>163</sup> MATOS, Olgária. **A escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo**. Op. cit., p. 40.

<sup>164</sup> HORKEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Trad. de Sebastião Uchoa Leite. 7ª edição, 1ª reimpressão, São Paulo: Centauro, 2010, p. 16.

ao seu bem-estar individual. Isso, em sua acepção, desvirtua o sentido da razão, embora não impeça a existência de preceitos comuns, a exemplo dos legislativos, mas redundam em mandamentos destituídos de conteúdo. Para tanto, sustenta que “quanto mais emasculado se torna o conceito de razão, mais facilmente se presta à manipulação ideológica e à propagação das mais clamorosas mentiras”<sup>165</sup>, porque as pessoas, em tese, justificam suas ações, no entanto ocultam seu verdadeiro objetivo. Ademais, sustenta ainda Horkheimer que “o avanço do iluminismo dissolve a ideia de razão objetiva, dogmatismo e superstição; mas com frequência a reação e o obscurantismo tiraram muito proveito desta evolução”<sup>166</sup> porque permitiram a explicação racional das coisas, franqueando o formalismo superficial verificado em situações desproporcionais, a exemplo da falta de efetividade dos direitos, divisão da sociedade em classes, etc.<sup>167</sup>

Então, ao lado do mito da neutralidade, Horkheimer defende que a razão iluminista, ou subjetivamente neutra, foi responsável por difundir ilusões consubstanciadas na naturalização das contradições sociais. Em outras palavras, difundiu-se a crença de que seria irrelevante o espaço entre o exercício da igualdade, liberdade, bem como o acesso a direitos, pois a mera formalização de textos normativos racionalizava o espaço legiferante. Nesse sentido, Bauman sustenta: “todo tipo de ordem social produz determinadas fantasias dos perigos que lhe ameaçam a identidade. Cada sociedade, porém, gera fantasias elaboradas segundo sua própria medida - segundo a medida da ordem social que se esforça em ser”<sup>168</sup>.

Ademais, voltando à Revolução Francesa em si, como a crítica ao facciosismo atingiu a igreja, a qual detinha uma relação íntima com o Estado, o complexo de reivindicações do processo de ‘esclarecimento’ atingiu a política e foi também responsável pelo declínio de um modelo de organização do poder. A começar pela ‘Reforma’, responsável pelo parcial enfraquecimento do catolicismo, até então hegemônico em matéria religiosa, cultural e escolar<sup>169</sup>, o racionalismo iluminista intensificou o processo de fragilização do controle

<sup>165</sup> HORKEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Ibidem, p. 29.

<sup>166</sup> HORKEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Ibidem, p. 29.

<sup>167</sup> Aduz Horkheimer: “quais são as consequências da formalização da razão? Justiça, igualdade, felicidade, tolerância, todos os conceitos que, como já se disse, foram os séculos nos séculos precedentes julgados inerentes ou sancionados pela razão, perderam as suas raízes intelectuais. Ainda permanecem como objetivos e fins, mas não há mais uma força racional autorizada para avaliá-los e ligá-los a uma realidade objetiva. Endossados por veneráveis documentos históricos, podem ainda gozar de certo prestígio, e alguns estão presentes nas leis supremas dos maiores países. Contudo, falta-lhes a confirmação da razão em seu sentido moderno”. In **Eclipse da razão**. Ibidem, p. 28. Em um sentido figurado, a razão concedeu concretude formal, escrita a determinados direitos, mas também fez desaparecer seu conteúdo intrínseco.

<sup>168</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Op. cit., p. 52

<sup>169</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Op. cit., p. 76.

clerical e motivou a propagação de um novo modelo de Estado, já que os monarcas detinham legitimidade na ‘origem divina’, fé e misticismo.

Na França, considerando as peculiaridades do momento histórico vivido pelo país<sup>170</sup>, a reação inicial foi também religiosa, mas se estendeu rapidamente à política. Para tanto, segundo Althusser “a Revolução Francesa teve, antes de mais nada, como objetivo e resultado não apenas a transferência do poder do Estado da aristocracia feudal para a burguesia capitalista-comercial [...], mas o ataque ao aparelho ideológico do Estado n. 1 [número um]: a igreja”<sup>171</sup>.

Foi assim que na França revolucionária,<sup>172</sup> os ingredientes antirreligiosos, econômicos, sociais e filosóficos confluíram em um espírito de emancipação humana mais abrangente. Segundo Hobsbawn, “a Revolução Francesa pode não ter sido um fenômeno isolado, mas foi muito mais fundamental do que os outros fenômenos contemporâneos e suas consequências foram, portanto, mais profundas”<sup>173</sup>. Além de constituir o estado europeu mais populoso (um de cada cinco europeus era francês<sup>174</sup>), o movimento foi mais radical que em outros países da Europa, além de amplamente extensivo às massas<sup>175</sup>.

Em síntese, isso aconteceu porque as reações iniciais à participação eclesial na política, confluíram na oposição à tradicional divisão social em estágios desiguais: terceiro estado, composto por burguesia e camponeses; primeiro, representativo do clero; e o segundo, formado pela nobreza. Disso se originou o conflito por equivalência de sufrágio entre os representantes de cada classe, já que, em sede parlamentar, o poder de decisão ficava adstrito aos dois primeiros segmentos, apesar de o último ser muito mais numeroso. Após a vitória inicial, relativa a isonomia no parlamento, a monarquia tentou manipular a representatividade popular e nomeou apenas camponeses simples para ocupar os novos postos. Porém, como a reação burguesa foi imediata, o propósito aristocrático não se concretizou e as ideias

<sup>170</sup> HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. Op. cit., p. 73.

<sup>171</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Op. cit., p. 76.

<sup>172</sup> Sobre o conceito de ‘revolução’, é importante atentar às ponderações efetuadas por Koselleck que: “o conceito semântico do termo ‘revolução’ não é unívoco. Ele varia desde sangrentos movimentos de deposição e/ou movimentos políticos e sociais até inovações científicas decisivas, podendo significar tudo ao mesmo tempo, ou apenas um desses sentidos exclusivamente [...]. A revolução, com certeza, não mais conduz de volta a situações anteriores”. In: KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto (Ed. PUC-Rio), 2006, p. 62 e 68.

<sup>173</sup> HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. Op. cit., p. 72

<sup>174</sup> HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. Ibidem, p. 72

<sup>175</sup> A respeito da revolução Francesa, Koselleck alerta ao significado próprio que o termo recebeu à época. Para o autor, a partir de 1789, o futuro mostrou-se desconhecido, pois o que houve na França, não pode ser explicado por meio de situações similares. In: KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Op. cit., p. 69.

revolucionárias foram ligeiramente disseminadas entre as pessoas mais humildes, agora representadas. Isso fez com que a insurreição atingisse amplitude massiva e, agora, oficial.<sup>176</sup>

Ainda a partir de Hobsbawm até esse ponto histórico, tratar-se-ia apenas de mais um levante, contudo o diferencial foram as ideias, já que, segundo o autor, “os ‘filósofos’ podem ser, com justiça, considerados responsáveis pela Revolução. Ela teria ocorrido sem eles; mas provavelmente constituíram a diferença entre um simples colapso de um velho regime e a sua substituição rápida e efetiva por um novo”<sup>177</sup>. Assim sendo, o período marcou o desenvolvimento não só de novas ideologias, mas também a sua inoculação em instâncias oficiais, pois foram propagadas no exercício do poder institucionalizado a fim de confluir em diferentes formas de organização estatal.

No sentido da definição do que é o Estado, Althusser sustenta que compreende duas frentes<sup>178</sup>: um aparelho especializado consubstanciado na política, nos tribunais e nas prisões, além de toda a força coercitiva contida no exército e na polícia. Sobre esse conjunto estão os entes universalizados, como chefe de Estado, do Governo e a Administração<sup>179</sup>. Ainda para Althusser, o quadro é complexo, porque, além da divisão acima, o funcionamento estatal abrange os aparelhos repressivo e ideológico, o que implica, no primeiro caso, controle organizado e centralizado pelo emprego da violência (inclusive física). Já no segundo, importa difusão de ideias por meio da moldagem de mentes, o que pode ser deliberado ou não. Especificamente no que tange ‘aos aparelhos ideológicos’, o autor elenca que são “múltiplos, distintos e relativamente autônomos”<sup>180</sup>, manifestando-se em sede escolar, familiar, jurídica, política, sindical, informativa e cultural.

Ademais, para Althusser, “todo o Aparelho do Estado, seja ele repressivo ou ideológico, ‘funciona’ tanto através da violência como através da ideologia”<sup>181</sup>, a diferença, entretanto, reside na metodologia de atuação (central ou profusa, respectivamente). No caso do direito, o autor expressamente refere sua dupla função: repressiva e ideológica.

---

<sup>176</sup> HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. Op. cit., p. 73-80.

<sup>177</sup> HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções**. Ibidem, p. 77.

<sup>178</sup> Importante referir que, para Althusser, a divisão do Estado como ente público como contraposição às instituições privadas não tem lugar, já que “o Estado, que é o Estado da classe dominante, não é público nem privado, ele é, ao contrário, a condição de toda a distinção entre o público e o privado”, o estado é, neste sentido a formação originária, ou seja, as pessoas que o compõem. In: **Aparelhos ideológicos de Estado**. Op. cit., p. 69.

<sup>179</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Ibidem, p. 62.

<sup>180</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Ibidem, p. 73.

<sup>181</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Ibidem, p. 70.

Dito de outra forma, relacionando a concepção estatal althusseriana com a revolução ocorrida na França e a conseqüente propalação das ideias do novo paradigma, todas as estruturas, oficiais ou não, passaram a funcionar a partir da lógica simplificada do racionalismo iluminado (estado, escola, direito, imprensa, etc). Daí que a noção de conhecimento redentor motivou a percepção iluminista de que o saber salva, mas não qualquer definição dele: tratava-se do entendimento relacionado ao ato de dominar para transformar. Assim, “só há duas formas de conhecimento científico – as disciplinas formais da lógica e da matemática e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais – as ciências sociais nasceram para ser empíricas”<sup>182</sup>. Por conseguinte, como havia a necessidade de superação da abstração, “conhecer significa quantificar [...] o que não é quantificável é cientificamente irrelevante”<sup>183</sup>.

Entretanto, é importante estabelecer que mesmo dentro desse contexto básico europeu, revolucionário e esclarecido, é possível encontrar dissidências ou mesmo definições do período como “vários séculos em um”, já que o lapso temporal teria representado uma época de fortalecimento diversificado e destoante<sup>184</sup>. Ainda na esteira da complexidade, observação importante é feita por Franklin Baumer, no sentido de que, apesar do significativo giro teórico, é excessivo creditar ‘toda’ uma época ao paradigma iluminista. Afirma, ainda, que o “exagero veio da focalização demasiada estreita no Iluminismo, como se constituísse a única parte do pensamento do século XVIII que valesse a pena mencionar”, ou ainda, no sentido de que foram exagerados “alguns aspectos do próprio pensamento”<sup>185</sup>.

Não obstante, segue o autor afirmando que o Iluminismo “era a esquina em que as nações da Europa viraram da Idade Média para os tempos ‘modernos’, evidenciando a passagem de um tipo de pensamento sobrenaturalista-mítico-autoritário, para um tipo naturalístico-científico-individualista”<sup>186</sup>. Embora bem delimitado ideologicamente, constituiu um “alvo móvel [...], subitamente diferente em vários países e fases anteriores e posteriores

---

<sup>182</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. Op. cit., p. 33. Essa necessidade de quantificação atingiu as ciências sociais e foi denominada ‘física social’, assim “por maiores que sejam as diferenças entre os fenômenos naturais e os fenômenos sociais, é sempre possível estudar os últimos como se fossem os primeiros [...]. Para estudar os fenômenos sociais como se fossem fenômenos naturais, ou seja, para conceber os fatos sociais como coisas, como pretendia Durkheim, o fundador da sociologia acadêmica, é necessário reduzir os fatos sociais às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis”. O exemplo dado pelo autor é o estudo do suicídio, quando não se buscam razões internas, mas dados objetivos como sexo, número de filhos, etc. Ibidem, p. 35

<sup>183</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. Ibidem, p. 27 e 28.

<sup>184</sup> BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno: séculos XVII e XVIII**, vol 1. Lisboa: Edições 70, 1990, p 163-183.

<sup>185</sup> BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno...** Ibidem, p. 163.

<sup>186</sup> BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno...** Ibidem, p. 164 (grifo do autor).



[...], crivado por dúvidas frequentes, mudanças de espírito e divisões internas” que, de algum modo, marcaram o período pelo debate de ideias sobre o ser humano, sua relação com a natureza, a sociedade e o poder<sup>187</sup>.

Isto significa que, a par do racionalismo iluminista e também em função dele, o século XVIII foi um período de crítica que, além de todas as nuances antes dispostas, foi direcionado a um extenso processo de ‘humanização’ consubstanciado, principalmente, na consolidação de direitos individuais. Dito de outra forma, a proposta do esclarecimento representou uma reação ao período anterior, que era autoritário e dogmático<sup>188</sup>. Como referido por Althusser, a resposta que se evidenciou representava “uma solução simples: por culpa dos padres ou dos déspotas, eles forjaram belas mentiras para que, pensando em obedecer a Deus, os homens obedecessem de fato aos padres ou aos déspotas, que na maioria das vezes aliavam-se na sua impostura”<sup>189</sup>.

Assim, em resposta ao arbítrio, o homem foi chamado à centralidade, dando-se primazia à sua capacidade de conhecer e autodeterminar-se<sup>190</sup>. Essa transição revelou o questionamento do poder governamental geral, como referido acima, tendo-se estendido, também, quanto ao controle da violência em termos específicos. Disso decorreu, em sede das ciências criminais, uma mudança na essência da punição, manifestada pela transferência da sanção oficial do corpo à mente.

A fim de compreender esse quadro, importa recordar que a dominação no medievo, basicamente, resumia-se à contenção sangrenta<sup>191</sup>, algo que o novo paradigma propunha alterar e dominar. Então, ao demonstrar a referida passagem, Foucault refere que “a marca a ferro quente foi abolida na Inglaterra (1834) e na França (1832); o grande suplício dos traidores já a Inglaterra não ousava aplicá-lo plenamente em 1820 (Thistlewood não foi

<sup>187</sup> BAUMER, Franklin L., **O pensamento europeu moderno...**, Idem, p. 164-165, cita tanto o neoclassicismo quanto o romantismo como manifestações não necessariamente derivadas do iluminismo.

<sup>188</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência das prisões**. 22ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p.30-56.

<sup>189</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Op. cit., p. 86.

<sup>190</sup> KANT, Immanuel. **Textos Seletos**. Petrópolis: Vozes, 2ª edição (blingue), 1985, p. 110.

<sup>191</sup> A título de exemplo, narra Michel Foucault uma execução criminal anterior ao período oitocentista: “uma criada de Cambrai, que matara sua senhora, é condenada a ser levada ao lugar do suplício numa carroça usada para retirar as imundícies em todas as encruzilhadas, lá haverá uma forca a cujo pé será colocada a mesma poltrona onde estava sentada a senhora Laleu, sua patroa, quando foi assassinada. Sendo colocada lá, o executor da alta justiça lhe cortará a mão direita e, em sua presença a jogará no fogo e lhe dará imediatamente depois quatro facadas com a faca utilizada por ela [...] a primeira e a segunda na cabeça, a terceira no antebraço esquerdo e a quarta no peito. Feito o que, será pendurada e estrangulada na dita forca até a morte e depois de duas horas, seu corpo será retirado [...] a cabeça separada e estrangulada na dita forca até a morte e depois de duas horas, seu corpo será retirado [...] a cabeça separada com a mesma faca que ela utilizou para assassinar sua senhora [...] a cabeça exposta sobre uma figura de vinte pés fora da porta da dita Cambrai [...]”. In: **Vigiar e punir**. Op. cit., p. 40.

esquartejado) [...] de modo geral, as punições tornaram-se pudicas<sup>192</sup>. No mesmo sentido, sustenta Jobim do Amaral que “os panfletos, como os de Voltaire, circulavam aos quatro ventos discutindo a justiça penal (de 1762 a 1777 o autor escreveu quatorze trabalhos sobre o assunto) [...], em 1780 é abolida a tortura preparatória, em 1788 proíbe-se o banco dos acusados<sup>193</sup>”.

Isso se deu, em um primeiro momento, em razão da crescente noção de liberdade, segundo a qual o homem esclarecido poderia dominar e escolher seus atos, respaldando-se tanto a legitimação da responsabilidade criminal pela retribuição, quanto o desenvolvimento de uma justiça mais sensata e menos ‘irracional’. De outro lado, Rusche e Kirchheimer afirmam que a “reforma do sistema penal assumiu repentinamente uma posição de tema central nos problemas políticos<sup>194</sup>, vez que:

A questão da natureza da pena afetava primordialmente as classes subalternas. Entretanto, o problema de uma definição mais precisa de direito substantivo e do aperfeiçoamento dos métodos do processo penal foram trazidos para o centro do debate pela burguesia, que ainda não havia ganho sua batalha pelo poder político e que procurava obter garantias legais para sua própria segurança.<sup>195</sup>

Para tanto, sustenta Baratta que o sistema criminal, baseado em preceitos iluministas, voltou-se inicialmente à teorização desenvolvida pela ‘escola clássica’, em que o crime era visto como ente jurídico e “o delito surgia da livre vontade do indivíduo<sup>196</sup>”. Em síntese, para o classicismo, o crime derivava do livre arbítrio e, em consequência, o aspecto volitivo livre legitimava a sanção<sup>197</sup>.

Daí que, sendo a sanção decorrente de uma escolha autônoma, a represália também deveria sê-lo, de forma que a violência dos espetáculos públicos não combinava com o modelo ponderado e coerente, então em desenvolvimento. Segundo Baratta, “as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do ‘*ancién régime*’, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio da humanidade, princípio de legalidade, princípio de utilidade)<sup>198</sup>”. Dito de outra forma, como o novo modelo negava a

<sup>192</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Ibidem, p. 14.

<sup>193</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal**. Op. cit., p. 108-109.

<sup>194</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social** ..., Op. cit., p. 101.

<sup>195</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social** ..., Ibidem, p.101.

<sup>196</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 31.

<sup>197</sup> ANDRADE, Vera. **Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Op. cit., p. 56.

<sup>198</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Ibidem, p. 31.

barbárie e propunha a afirmação da civilização, não havia compatibilidade entre a pena e a selvageria punitiva<sup>199</sup>.

Ademais, dentro do contexto racional, o classicismo logo cedeu espaço ao positivismo, vertente de pensamento que buscou aliar às perspectivas de causa e efeito a intervenção criminal. Nesse sentido, “o delito é, também para a ‘escola positiva’, um ente jurídico, mas o direito que qualifica este ato humano não deve isolar a ação do indivíduo da totalidade natural e social”<sup>200</sup>. Assim, a liberdade criminal plena passou a ser questionada e foi substituída pelas ‘causas’ do desvio, que estariam relacionadas a fatores bioantropológicos (Lombroso) ou sociológicos (Ferri)<sup>201</sup>. Essas ideias foram importantes para transformar as investigações penais em científicas, já que, como visto, o único conhecimento válido era o que pudesse quantificar e transformar. Tal possibilidade interventiva fez surgir outro elemento fundamental naquele período histórico: a noção de penal criminal baseada na ‘ressocialização’. Em outras palavras, tratava-se de “individualizar as medidas adequadas para removê-las, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo)”<sup>202</sup>.

Em consequência, as execuções públicas<sup>203</sup> foram gradativamente substituídas pela ênfase a sanções penais baseadas na proporcionalidade e coerência, matrizes mais harmonizadas com a nova ordem de sociabilidade. Por conseguinte, surge também, de forma institucionalizada e legalizada, a pena de privação de liberdade, importante para operacionalizar as características mediadoras e corretivas das sanções. Entretanto, para Foucault, o que foi definindo, “não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados [...], quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e inteligente”<sup>204</sup>, alicerçada em disciplina e obediência<sup>205</sup>, em detrimento de grandes e sanguinolentos eventos em praça pública.

A partir disso, gradativamente, foi sendo desenvolvida a ideologia da defesa social, basicamente fundada na utilidade (prevenção e ressocialização) e necessidade da pena. Em

<sup>199</sup> CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Op. cit., p. 26.

<sup>200</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Ibidem, p. 38.

<sup>201</sup> ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Op. cit., p. 60.

<sup>202</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Op. cit., p. 30.

<sup>203</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Op. cit., p. 9-18

<sup>204</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Ibidem, p. 66.

<sup>205</sup> Segundo Kirchheimer e Rushe: “Beccaria e Voltaire estavam também cientes das razões de ordem pragmática para o uso do encarceramento. Ambos consideravam os efeitos das execuções públicas, especialmente em França, onde as execuções injustas de servos domésticos por roubos pequenos eram frequentes e levavam a distúrbios sociais perigosos”. A defesa era, portanto, contra atos individuais, mas também contra a revolução social. In: **Punição e estrutura social...**, Op. cit., p. 104.

outras palavras, pela sanção, a sociedade poderia e deveria agir contra o criminoso, tanto para defender-se quanto para buscar sua modificação, transformando e dominando a natureza delituosa<sup>206</sup>. Nesse sentido, segundo Baratta, “a ideologia da defesa social nasceu contemporaneamente à revolução burguesa e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal”<sup>207</sup>. O autor afirma, complementarmente, que a função justificante e racionalizante da tutela criminal coletiva foi também amparada pelo elemento técnico legislativo. Tal conjunto (legalidade e legitimidade) foi responsável por conferir à defesa social adaptação formal e material.<sup>208</sup>

Com isso, os limites e possibilidades da nova articulação foram definidos de forma objetiva e sistematizada, por meio da normatividade racional. Assim, como referido, além da limitação que é inerente à legalidade<sup>209</sup>, também foi alargado e institucionalizado o próprio poder de punir, de forma aparentemente mais moderada do que a propalada até então. Contudo, reprise-se: “não se trata de uma nova sensibilidade, mas de uma política em relação às legalidades”<sup>210</sup>. Em outras palavras, apesar de a nova repressão mostrar-se mais branda, foi também mais abrangente, uma vez que “punir menos é o mesmo que punir melhor, com maior necessidade e universalidade”<sup>211</sup>.

Assim, as novas metodologias punitivas perpassavam pela ostentação do poder e da disciplina criminais. Daí que a figura arquitetônica do ‘panoptismo benthaniano’ traduz a dominação humana não mais pelo sangue, mas pela vigilância. Para tanto, o novo modelo propunha: “na periferia, uma construção em anel; no centro, uma torre; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção [...]. Basta então colocar um vigia na torre central e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário, um escolar”<sup>212</sup>, para que fosse possível ‘ressocializá-lo’.

Então, o controle efetuado pela lei penal era aliado à exclusão e ao ‘tratamento’ que se direcionava à dissolução de subjetividades. Em outras palavras: trava-se de induzir o preso a

---

<sup>206</sup> Segundo Vera Andrade, “os positivistas deram ao criminoso um passado – de periculosidade – e um futuro – a recuperação, abrindo as portas das prisões e dos manicômios, mas também dos tribunais, para especialistas não jurídicos doravante encarregados de seu tratamento” In: **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Op. cit., p. 70.

<sup>207</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Op. cit., p. 41.

<sup>208</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Ibidem, p. 43.

<sup>209</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 6, n. 2, p. 565-582, jul/dez 2010.

<sup>210</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Op. cit., p. 70.

<sup>211</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Ibidem, p. 70.

<sup>212</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Ibidem, p. 166-167.

um estado consciente e permanente de visibilidade com fins a uma demonstração velada de força e poder. Surge daí uma figura de controle social que expressamente adota as noções de normal, anormal, bem e mal.

Ademais, esse quadro foi legitimado pela ênfase a um processo penal de “julgamentos públicos, livre escolha de advogados, proteção contra encarceramento ilegal, supressão da tortura, normas definidas para as provas [...] e independência do judiciário”.<sup>213</sup> Isto significa que o processo penal, como integrante das ciências criminais, acompanhou o movimento social e político reformador, para assumir uma feição aparentemente regulatória e racionalizada. Ocorre que, como referido acima, apesar dos supostos avanços relativos ao poder de punir (do corpo para a mente), as contradições existentes na sociedade, na generalidade do direito e no pensamento da época, também o alcançaram, já que incongruências foram perceptíveis em vários aspectos, demonstrando que a transposição de ideias não foi totalmente linear ou evolutiva.

Uma dessas disparidades está relacionada à igualdade e à efetividade, em virtude de que integrantes dos extratos sociais mais baixos da população seguiram recebendo punições arbitrárias, sendo-lhes frequentemente inobservadas as novas regras de procedimento. Acerca do assunto, afirmam Rusche e Kirchheimer que “as classes subalternas raramente podiam desfrutar da máquina judicial complicada criada pela lei tanto para elas quanto para os ricos, por não disporem do saber ou dos recursos econômicos necessários”.<sup>214</sup> Para Cordero, o desenvolvimento específico das regras processuais foi acometido de “ritardo culturale”, daí uma das possíveis respostas à inadequação entre teoria e prática.<sup>215</sup>

Aliás, tal discrepância pode ser descrita como o grande paradoxo da racionalidade iluminista: promessas descumpridas. O que não implica, ressalta-se negatividade de todas as modificações da época, mas representa a limitação do modelo de dominação e autodominação racional, além de manifestar um déficit de efetividade entre o legal e o real. Baseado em Souza Santos, é possível concluir que esse quadro se explica pelo desequilíbrio entre os pilares de regulação e emancipação<sup>216</sup>, consubstanciado principalmente pela redução do direito à legalidade estrita, algo que, ontem e hoje, segue fomentando uma falsa percepção de isonomia.

<sup>213</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social** ... Op. cit., p. 107.

<sup>214</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. Ibidem, p. 107.

<sup>215</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Milano: Giufrè Editore, 2012, p. 96.

<sup>216</sup> A respeito, ver nota n. 134, em que se discute, com base em Souza Santos a ausência de o déficit de regulação, em detrimento da emancipação. Trata-se de uma relação direta entre lei ou “leis” e cidadania.

De forma mais contundente, Adorno e Horkheimer aliam o processo de racionalização à dominação, sustentando que “o esclarecimento comporta-se com as coisas como o ditador se comporta com os homens. Este conhece-os na medida em que pode manipulá-los”<sup>217</sup>. Mais uma vez, recorde-se da distinção feita por Horkheimer entre a razão objetiva (ética e geral) e a razão subjetiva (individual e egoística)<sup>218</sup>, esta última, predominante tanto no período oitocentista quanto no atual. Por isso, a denúncia dos autores, relativamente ao conhecimento iluminado, lógico e individualmente ‘livre’, volta-se à perpetuação de vínculos de poder. Em outras palavras, foram modificados os comandos, mas o controle seguiu inalterado, apesar de ter sido realizada uma extensa reforma de instrumentos formais e metodológicos.

Em síntese, o período de humanização das penas foi revolucionário no sentido de que acompanhou a modificação social e política de toda uma época, a partir de sua crença no saber e em toda a transformação daí decorrente. O processo, em consequência, evidenciou a condição humana e passou a questionar formas extensivas de dominação na política e no direito, a partir do que esboçou forte reação à ‘selvageria’ do medievo, bem como definiu um novo marco civilizatório. Não obstante, seus postulados foram insuficientes para desvendar as estruturas de poder mais veladas e, contraditoriamente, serviram à continuidade de vínculos de subserviência do homem sobre o próprio homem. Nesse sentido, a teor de Althusser e suas representações entre Estado e ideologia<sup>219</sup>, bem como a releitura do conceito de revolução empreendido por Koselleck<sup>220</sup>, o papel ‘esclarecido’ da iluminação merece ser questionado em sede dos institutos jurídicos da pós-modernidade que, apesar da roupagem libertária e garantística, foi responsáveis pela legitimidade reducionista do ontem, no panorama ‘evolucionista’ do hoje.

Dito de outra forma, seria imprudente desacreditar totalmente as manifestações da época, porém, é também insuficiente encarar o modelo como totalmente ‘evolutivo’. O homem de fato foi levado à centralidade e existiram críticas importantes acerca dos limites à atuação estatal e ao humanismo. Contudo, a mesma razão que instrumentalizou tais denúncias, foi também responsável pela deficiência na interpretação da condição humana e pela ascensão do individualismo. O direito, nesse contexto, mostrou-se primordial, porque além de legitimar a nova realidade política e social, dissociou a existência das regras jurídicas

---

<sup>217</sup> ADORNO, Theodor, HORKHEIMER. **Dialética do esclarecimento**. Op. cit., p. 24

<sup>218</sup> HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Op. cit., p. 9-62.

<sup>219</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do estado**: notas sobre os aparelhos ideológicos do estado. Op. cit., p. 82-85.

<sup>220</sup> KOSELLECK, Reinhardt. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Op. cit., p. 71.

de sua efetividade material. Isso se explica, em grande parte, pelo positivismo jurídico, item a ser exposto a seguir.

### 1.2.2 A ciência jurídica avalorativa: o delineamento da ‘isenção’ pelo positivismo jurídico

Outro aspecto relevante na caracterização do processo penal, por meio da trajetória percorrida pelo direito no decorrer do tempo, diz respeito ao positivismo e ao culto à ciência, difundidos principalmente no século XIX, quando se desenvolveu o método científico de forma peculiar: “a partir da década de 1820, até a década de 1880 e, na verdade, para além desta. ‘Cientificismo’ significa não só o crescimento da própria ciência, mas a tentativa para [a partir dela] responder todas as questões”.<sup>221</sup>

Ocorre que o desdobramento do método positivo, na época, limitou seu significado, já que a “ciência referia-se à espécie de conhecimento associado às ciências da natureza, especialmente a física”. Isto implicou a difusão da crença de que a credibilidade das ‘ciências morais’ (como por exemplo, política, teologia e história), somente seria possível com a aproximação de seus respectivos métodos das ciências lógico-físicas.<sup>222</sup>

Neste ponto de vista, alerta Löwy que toda a teorização positiva, apesar de propagar a neutralidade, está também relacionada a elementos ideológicos. Para tanto, o autor compreende que o surgimento do positivismo — ocorrido no final do oitocentismo e início do novecentismo —, esteve diretamente relacionado à crítica revolucionária burguesa ao regime absolutista.<sup>223</sup> Contudo, a referida construção teórica tornou-se “no decorrer do século XIX, até nossos dias, uma ideologia conservadora identificada com a ordem (industrial/burguesa)

---

<sup>221</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**: volume II, séculos XIX e XX. Trad. de Maria Manuela Alberty, Lisboa: Edições 70, 1990 (1977), p. 63. Também sobre o paradigma científico do século XIX, Boaventura de Souza Santos estabelece que “sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. É esta sua característica fundamental e a que melhor simboliza a ruptura do novo paradigma científico com os que o precedem [...] As ideias que presidem à observação e à experimentação são as ideias claras e simples a partir das quais se pode ascender a um conhecimento mais profundo e rigoroso da natureza. Essas ideias são as ideias matemáticas. A matemática fornece à ciência moderna, não só o instrumento privilegiado de análise, como também a lógica da investigação, como ainda o modelo de representação da própria estrutura da matéria. In: **Um discurso sobre as ciências**. Op. cit. p. 21 e 27.

<sup>222</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. Op. cit., p. 64

<sup>223</sup> Neste sentido, o autor afirma que “o positivismo moderno nasceu como legítimo descendente da filosofia do Iluminismo” e, a exemplo de Condorcet, seu objetivo era o de “emancipar o conhecimento social dos ‘interesses e paixões’ das classes dominantes”. O que não se previu, foram os efeitos paralelos de desubjetivação. In: **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Op. cit., p. 20.

estabelecida”<sup>224</sup>. Aliás, a lógica neutral conjuga dois elementos: as ideias e a ciência. Assim sendo, o autor sustenta que o positivismo está fundado em premissas que o estruturam como um “sistema coerente e operacional”, basicamente adstritas à: a) a sociedade é regida por leis naturais invariáveis, independentes da ação humana; b) a sociedade pode ser epistemologicamente assimilada pela natureza; c) as ciências da sociedade, a exemplo daquelas que investigam o meio ambiente, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, “livres de julgamentos de valor”<sup>225</sup>.

Muitos foram os filósofos positivistas e múltiplos, também, foram seus fundamentos. Entretanto, o positivismo teve no francês Auguste Comte<sup>226</sup> e no inglês John Mill os principais mentores. Desde a defesa da lógica como instrumento ao conhecimento em todas as áreas, foram responsáveis em maior ou menor escala pelo realce de um novo tipo de crença, uma espécie de ‘religião’ que se opunha ao misticismo e estava fundada na ‘humanidade’. Essas concepções eram eminentemente agnósticas (Comte) e substituíam toda a teologia pela antropologia individualista baseada no direito à liberdade (Mill).<sup>227</sup>

Para Löwy, “não é por acaso que Auguste Comte seja considerado o fundador do positivismo. De fato, é ele que inaugura a transmutação da visão de mundo positivista em ideologia, quer dizer, em um sistema conceitual e axiológico que tende à defesa da ordem estabelecida”. Nesse sentido, Comte descreveu seus precursores<sup>228</sup> e estabeleceu que “a descoberta das leis sociológicas” fora, até então, interdita pelo que chamou de “preconceitos revolucionários” e, inclusive, manifestou “absoluta oposição” à propensão subversiva dos teóricos que lhe precederam. Daí que os fenômenos econômicos, como a concentração de riquezas, por exemplo, foram referidos por Comte como expressão dessas leis invariáveis.<sup>229</sup>

Comte, especificamente, classificou as ciências em abstratas (teóricas ou gerais) e concretas (particulares ou especiais). As primeiras englobariam o estudo dos fenômenos universais da natureza, como a matemática, a astronomia, a física, a química, a biologia e a sociologia. As segundas, por sua vez, não foram classificadas pelo autor, pois seriam de uma

<sup>224</sup> LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Ibidem, p. 18.

<sup>225</sup> LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Ibidem, p. 9 e 17.

<sup>226</sup> LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Ibidem, p. 22-23.

<sup>227</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**. Op. cit., p. 72-87.

<sup>228</sup> Refere-se especificamente a Condorcet e Saint Simon.

<sup>229</sup> LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Op. cit., p. 23-24.



complexidade e especificidade maior<sup>230</sup>. Nesse contexto, o direito integraria a física social<sup>231</sup>, já que considerado um fenômeno geral, semelhante aos fatos da natureza. Ainda, afirmava Comte, que o jurista “não podia inventar leis”, eis que produto intrínseco do funcionamento social<sup>232</sup>.

Assim, a “compleição positiva consistia em ver para poder prever, estudando o que é, para então construir o que será”<sup>233</sup>, tudo a partir do já mencionado “dogma geral da invariabilidade das leis naturais”<sup>234</sup>. Em outras palavras, o positivismo primava pela objetividade, e tinha como fim um modelo de ciência dissociado do relativismo. A neutralidade do observador, assim, constituía um pressuposto investigativo, porque o examinador e o objeto de avaliação deveriam ser “tão imunes aos interesses e paixões, quanto a física e a matemática”<sup>235</sup>.

Como referido anteriormente, o positivismo, gradativamente, atingiu a ciência do direito<sup>236</sup>. Segundo Bobbio, até o final do século XVIII, era tido como composto tanto pelo direito positivo quanto pelo direito natural. Entretanto, a partir daquele momento evidencia-se a compreensão de que somente o primeiro (positivo) poderia caracterizá-lo, de maneira que o direito natural deixou de integrar o que é jurídico. Por conseguinte, foi estimulado o processo de codificação avalorativa, já que a lei estéril representava a técnica e a manifestação da precisão no direito. Ademais, segue Bobbio afirmando que, para o positivismo “é habitual

<sup>230</sup> COMTE, August. **Curso de filosofia positiva**: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo (catecismo positivista). Trd. José Arthur Gianotti e Miguel Lemos, 5ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 161-163.

<sup>231</sup> Sobre a análise sociológica supostamente neutra, Theodor Adorno sustenta que “a sociologia generalizadora e diferenciadora age como se zombasse da realidade. Ela não se envergonha diante de formulações como essa: ‘sem levar em conta a concentração e centralização de capitais...’”. Esses cortes abstratos não são neutros. A qualidade de uma teoria é determinada pelo que ela leva ou não em conta” In: ADORNO, Theodor. *Prismas: crítica cultural e sociedade*. Trad. de Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida., 1ª edição, 2ª reimpressão, São Paulo: Ática, 2001, p. 35.

<sup>232</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Op. cit., p. 69 e 70.

<sup>233</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Ibidem, p. 70.

<sup>234</sup> COMTE, August. **Curso de filosofia positiva**: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo (catecismo positivista). Op. cit., p. 54. Neste sentido, é de Comte: “sabe-se, ademais, que essa concepção geral da ordem natural das coisas constitui diretamente a base indispensável de toda a sistematização real dos atos humanos, que só comportam eficácia, em virtude de sua conformidade permanente ao conjunto dessa irresistível economia”.

<sup>235</sup> LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Op. cit., p. 19.

<sup>236</sup> Neste contexto, importante atentar para o fato de que a noção originária de Direito positivo não distinguia normas de regras jurídicas. Para Streck, “o positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) [...] separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito”. In: **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 4ª edição, 2013, p. 85. Em sentido semelhante, trata-se de separar, ou não (para o positivismo), o conteúdo – normas e princípios, do enunciado normativo – regras. Esta diferenciação estrutural do Direito é feita por ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. para o espanhol de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edição (1ª reimpressão), 2008.

distinguir e separar nitidamente o conceito de validade daquele de valor (pode, de fato, haver um direito válido que é injusto e um direito inválido que é justo – por exemplo o direito natural, que é inválido)”<sup>237</sup>.

Nesse ponto, necessário estabelecer a distinção entre jusnaturalismo e juspositivismo. Isto porque, para o novo modelo, apesar de as regras derivarem da contemplação do que existe (natureza e meio ambiente social), não se confundem com elementos universais e imutáveis por si só. Ambos estão fundados em critérios racionais, mas o positivismo detém o diferencial da interferência do Estado, ou seja, traduz uma declaração de vontade genérica, mantendo-se alheio às vontades particulares e, principalmente, coercitivo. Segundo Bobbio, “o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”<sup>238</sup>. Por isso há a necessidade da perfeição, visto que os mandamentos oficiais precisam sintetizar cânones derivados da observação, que expressem normas amplamente exigíveis.

Assim, no contexto da disseminação do princípio da legalidade<sup>239</sup>, o positivismo encontrou ambiente fecundo nos séculos XIX e XX em muitos países europeus e latino-americanos<sup>240</sup>. Esse processo reverenciou a ‘necessidade’ de se buscar uma maneira para tornar ‘científico’ e técnico<sup>241</sup> o processo de normatização<sup>242</sup>. É importante, contudo, referir a diferença entre legalidade, como garantia (que consolida apenas formalmente conquistas sociais e individuais) e o positivismo como instrumento de encolhimento do que é jurídico (como ocorre em organizações estatais modernas que estabelecem um sistema hierarquizado das fontes do direito, tendo a lei como elemento supremo<sup>243</sup>).

Outra característica importante da ciência jurídica pretensamente neutra diz respeito ao critério de validade, de forma que uma regra jurídica é considerada válida se ‘existe’ no

<sup>237</sup> BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico** [1909]. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26 e p. 137.

<sup>238</sup> BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico** [1909]. Ibidem, p. 23.

<sup>239</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Panorama do princípio...** Op. cit, p. 568.

<sup>240</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92.

<sup>241</sup> O processo lógico dedutivo de criação da lei compreende um encadeamento normativo. Assim, “uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somo reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida em conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta.” Assim, o processo de validade é silogístico e pressupõe a consonância entre premissa maior e premissa menor. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 260 e 226.

<sup>242</sup> Para Luis Roberto Barroso, “o positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva fundada em juízos de fato. Mas acabou se convertendo em uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não só um modo de *querer* o Direito. Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo, serviram de disface para autoritarismos de matizes variadas. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positividade da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem” In: **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241.

<sup>243</sup> BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico** [1909]. Op. cit., p. 192-166.

mundo do direito, independente de seu conteúdo (bom ou mal) ou sua efetividade. Dito de outra forma, não há pertinência entre os mandamentos positivos e a axiologia dos princípios jurídicos de conotação material. No mesmo sentido, a eficácia não se relaciona à observância ou salvaguarda do núcleo existencial humano que é, na hipótese, irrelevante, vinculando-se o direito apenas ao aspecto descritivo das leis<sup>244</sup>.

Ademais, em que pese as diferentes concepções de positivismo<sup>245</sup> desenvolvidas por muitos autores<sup>246</sup> e em vários espaços geográficos<sup>247</sup>, a ideia teve em Hans Kelsen e Herbert L. Hart já no século XX, importantes expoentes<sup>248</sup>. Hans Kelsen, por exemplo, defendia que a ciência jurídica compreendia apenas regras abstratas, devendo restar destituída da instabilidade que provém da interferência humana direta na interpretação do direito. Isto significa que, para o autor, as relações subjetivas não detém conteúdo científico imediato, representando mero exaurimento das regras:

Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas.<sup>249</sup>

<sup>244</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico**. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 47-48.

<sup>245</sup> STRECK, Luiz Lenio. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate ‘positivismo (neo) constitucionalismo’. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Orgs). **Diálogos Constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**, São Paulo: Renovar, 2006, p. 268. “A discussão sobre o positivismo e os vários positivismos apresenta-se extremamente complexa. A par da classificação que Bobbio faz do positivismo como metodologia, como teoria e como ideologia, o positivismo tem assumido várias formulações, como positivismo moderado, positivismo inclusivo, positivismo ético, para citar apenas algumas formas”. No mesmo sentido, para Pedro Aragonese Alonso: “la dirección del positivismo jurídico ofrece dos manifestaciones en orden al origen del Derecho: para unos autores, el Derecho es una obra artificial y consciente, confundiendo las ideas de Derecho y Ley. Para outra dirección, el Derecho es el resultado de un proceso natural de formación, es decir, un hecho histórico-social, el producto de una obra colectiva; de esta forma, dentro del positivismo jurídico, ha de diferenciarse una dirección de tipo formalista y una dirección de tipo social. Sin embargo, ambas coinciden, al carecer de un principio filosófico y sociológico, em tomar como base de la definición del Derecho los caracteres externos de la norma jurídica”. In: **Proceso y Derecho Procesal (Introducción)**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 363-364.

<sup>246</sup> Norberto Bobbio, por exemplo, situa o positivismo em diferentes países europeus e, para além de Kelsen e Hart, cita Bentham, Austin, Jhering e Ross, entre outros, como grandes autores positivistas. In: BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Op. cit., p. 96, 105, 122 e 155.

<sup>247</sup> No Brasil, o positivismo encontrou uma recepção maior do que a que teve na própria Europa. Um dos principais difusores foi, em sua gênese, Benjamin Constant Botelho de Magalhães, figura histórica de relevo no país. In: ARANTES, Paulo Eduardo. O positivismo no Brasil: breve apresentação do problema para um leitor europeu. **Revista Novos Estudos**, CEBRAP, n. 21, jul. 1988, p. 185-194.

<sup>248</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

<sup>249</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** [1960]. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79. No mesmo sentido: “Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”, Ibidem, p. 1.

Dessa forma, há uma graduação normativa na teoria kelseniana existindo uma norma superior responsável pela conformidade dos preceitos inferiores. Então, a base do sistema é uma norma fundamental, que orienta a produção de todas as demais e define, em tese, os parâmetros de justiça e adequação axiológica. Por isso, o aplicador não detém função ativa, já que o acerto e a justiça são intrínsecos à lei e o ápice da pirâmide normativa constitui o sustentáculo de todo o sistema<sup>250</sup>. Assim, afirma o autor: “se se pergunta qual o fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental”<sup>251</sup>. Ademais e em vista de tais postulados, o problema, em Kelsen, encontra-se justamente na adequação entre a teoria e o plano de aplicação do direito, que possui vicissitudes particulares ensejadoras da participação dinâmica do intérprete e que, no caso do pensamento kelseniano, é destituído das prerrogativas necessárias para tal.

Hart, por sua vez, compreende as proposições kelsenianas, mas aprofunda a questão da validade. Para tanto ele a vincula à aceitação da norma pelo grupo ao qual se direciona, porém não necessariamente a critérios de justiça material (à semelhança de Kelsen). Ademais, o autor avança, prevendo a organização jurídica com base em um conjunto de regras: primárias (estabelecem deveres de conduta); e secundárias (reconhecimento, alteração/modificação e adjudicação)<sup>252</sup>. Isso possibilita tanto a determinação do processo legislativo, quanto define competências à modificação e ajustes normativos. Além do mais, no que tange à validade, Hart sustenta que “dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto como uma regra do sistema”<sup>253</sup>. O reconhecimento, por sua vez, abrange a correspondência à constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa além de precedentes jurisprudenciais<sup>254</sup> e significa a harmonização entre a criação da lei e problemas sociais previamente definidos.

---

<sup>250</sup> É importante estabelecer que referida norma fundamental, em Kelsen, não necessariamente se confunde com a constituição, que detém conteúdo estático (assim como todas as regras e refere-se à conduta dos indivíduos que sempre deverá estar em conformidade com os preceitos jurídicos), mas pode ser com ela compatível. Isso acontecerá (equivalência entre constituição e norma fundamental), quando for produzida através do costume e da aceitação globais. Neste sentido, a norma fundamental é dinâmica e pressuposta a todas as outras, bem como detém sentido de pressuposição lógica transcendental formulado a partir de Kant. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 224 e 225. Ver também: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar., 2001.

<sup>251</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 222.

<sup>252</sup> HART, Herbert, L. **O conceito de Direito** [1961]. Trad. de Armindo Ribeiro Mendes. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 91.

<sup>253</sup> HART, Herbert, L. **O conceito de Direito**. Ibidem, p. 114.

<sup>254</sup> HART, Herbert, L. **O conceito de Direito**. Ibidem, p. 112.

No que tange à efetividade, é importante estabelecer que a concretização de direitos não é uma preocupação. Nesse sentido, para Hart, “se por eficácia se quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há uma relação necessária entre a validade de uma norma concreta e a ‘sua’ eficácia”<sup>255</sup>. Daí um enorme problema, já que as questões subjacentes ao Direito como continente e conteúdo da lei não apenas são suprimidas da investigação jurídica, como lhes tolhem o conteúdo valorativo. Disso também decorre o desprezo pela atividade do intérprete na adequação do Direito à dinamicidade da vida.

De qualquer forma, a atenção do juspositivismo é muito mais com a segurança jurídica, do que quaisquer elementos valorativos e éticos. Claro que é necessário considerar que as teorias são produtos do seu tempo e, em períodos de instabilidade política ou posteriores a ela, é natural que as formulações sejam adequadas a demandas específicas, como foi o caso do absolutismo autoritário e o período dos grandes genocídios mundiais. O problema do positivismo é que, a par do seu conteúdo técnico, assumiu, no decorrer da história, facetas ideológicas importantes, assim como retirou do direito sua vinculação imediata a ideais de justiça e transformação social.

Especificamente quanto às ciências criminais, o positivismo relacionou-se diretamente à formação da moderna dogmática penal. Assim, com base nas discussões empreendidas por Rocco, na Itália, desenvolveram-se profundamente as noções de tecnicismo jurídico e a ciência do direito penal, que defendiam a interpretação literal e lógica dos fenômenos jurídicos penais, bem como a separação entre dogmática e política criminal<sup>256</sup>. Não obstante, o grande infortúnio reside na constatação de que, apesar de o modelo estar, ao menos academicamente obsoleto, segue sendo aplicado no cotidiano de execução do direito. Para Donini, o positivismo:

[...] rappresenta solo un linguaggio, una componente del discorso scientifico, che vive di attori non accademici, di destinatari che devono motivare decisioni per il cittadino e per l’opinione pubblica, di fonti molteplici anche non nazionali, di saperi non giuridici: qualsiasi sapere scientifico penalistico, oggi, deve potere rappresentare quel dialogo, non la sola voce di uno degli attori (per es. solo legislatore, sola accademia, sola avvocatura, sola magistratura inquirente o giudicante, sola voce del cittadino imputato potenziale, o vittima potenziale).<sup>257</sup>

<sup>255</sup> HART, Herbert, L. **O conceito de Direito**. Ibidem, p. 115.

<sup>256</sup> ANDRADE, Vera. **Ilusão de Segurança Jurídica**. Op. cit., p. 85

<sup>257</sup> DONINI, Massimo. Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario. **Criminalia Annuario di scienze penalistiche**. Edizioni ETS, 2010, p. 127-178. Disponível em <http://www.edizioniets.com/criminalia/2010/005-DONINI.PDF>. Acesso em 20 de setembro de 2017, p. 158-159.

Isso significa que ainda há um enorme espaço a ser percorrido para a transposição de tal vertente do pensamento, pois o diálogo referido pelo autor não acontece. Assim é que, apesar de manifestações como as do pós-positivismo<sup>258</sup>, juspositivismo crítico<sup>259</sup> e pluralismo<sup>260</sup>, as convicções que a lógica puramente positiva difundiu seguem firmes na mente de muitos juristas. Trata-se de uma circunstância que decorre tanto da ideologia neutral que escamoteia as estruturas de poder em vigor na sociedade, quanto em função da aridez de uma série de discursos atualmente em prática e que sempre acabam por vincular seus postulados aos ‘ideais’ de precaução, prudência e, principalmente, segurança. Tanto que, ao estabelecer a figura do juspositivismo crítico, Ferrajoli evidencia a necessidade de repensar o trabalho dos atores jurídicos “pondo em questão dois dogmas do juspositivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista na observação do direito positivo vigente”<sup>261</sup>.

Em sede brasileira, o positivismo foi extremamente difundido, o que se manifesta tanto pelo texto “ordem e progresso” contido na bandeira brasileira, símbolo do país, quanto em manifestações acadêmicas do ontem e do hoje: “ninguém menos do que um eminente estudioso de Comte, como o Prof. Paul Arbousse Bastide<sup>262</sup>, considerava o nosso país a verdadeira pátria do positivismo. Os positivistas brasileiros, costumava dizer o mestre francês aos seus alunos da Universidade de São Paulo, foram os únicos a compreender as verdadeiras intenções de Auguste Comte”<sup>263</sup>.

Em consequência, formou-se por aqui um tipo de ‘mentalidade’ que estimulou o normativismo neutral. Tal panorama, ainda, foi fortalecido pelas características da sociedade brasileira que, a par de ser etnicamente plural, detém uma relação histórica com o autoritarismo. Segundo Cassara, a subserviência pode ser percebida já no processo de “achamento”, algo que foi corroborado pelo “projeto de expansão do capitalismo mercantil”,

<sup>258</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. para o espanhol de Carlos Bernal Pulido. 2ª edição (1ª reimpressão), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

<sup>259</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 2002. Sobre o assunto, cabe ressaltar que no prefácio da obra ‘Direito e Razão’, Norberto Bobbio assevera que “como teórico do direito, Ferrajoli pertence à família dos positivistas, na tradição de Kelsen, Hart e do positivismo italiano deste último quarto de século. Mas é um positivista particularmente atento a distinguir a validade formal, ou vigência das normas, de sua validade substancial e a sublinhar que, em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal; que, portanto, existe neste ordenamento um problema de justiça interna das leis e não só externa”. Idem, p. 10.

<sup>260</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. Op. cit.

<sup>261</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Op. cit., p. 700.

<sup>262</sup> Paul Arbousse Bastide, francês, sociólogo e professor, foi um dos primeiros docentes da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo. Exerceu funções no Brasil de 1932-1946.

<sup>263</sup> ARANTES, Paulo Eduardo. **O positivismo no Brasil**. Op. cit., p.185.

em vigor na época. Ademais, referido quadro persistiu após o descobrimento, com a escravidão de índios e negros africanos, baseado no fato de que em “uma perspectiva eurocêntrica, os nativos e os escravos eram juridicamente inferiores e deveriam submeter-se aos superiores naturais, os colonizadores”<sup>264</sup>. Além disso, a mesma estrutura sempre pôde ser verificada no que tange ao restante da população, já que o Brasil continuamente apresentou uma disposição hierarquizada, a exemplo da divisão do território em capitanias e também da disposição patriarcal. Em outras palavras, criou-se, desde logo, a figura do ‘apadrinhamento’, fortalecida pela política de arrendamento, critérios diferenciados para doação e compra de terras pela coroa, concessão de privilégios, entre outros<sup>265</sup>.

Foi dessa forma que os ‘favorecimentos’ e o ‘jeitinho’ se desenvolveram e seguiram presente nos anos subsequentes aos do período colonial, algo que desnaturou o conteúdo das leis e as tornou relevantes apenas formalmente. Assim é que a manifestação material do direito pouco importava, já que relevante era a primazia de alguns em detrimento de outros, fazendo-se da imposição concentrada e seletiva o instrumento legal mais corriqueiro. Sobre o assunto, Wolkmer sustenta: “constata-se que em momentos distintos de sua evolução – colônia, império e república – a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas fontes normativas”<sup>266</sup>, prevalecendo a segregação e a ausência de isonomia<sup>267</sup>. O autor estabelece ainda que não houve grandes modificações na tradição colonial elitista, mesmo depois da independência do país e da criação de duas faculdades de direito (Olinda e São Paulo), ocorridas no início do período oitocentista<sup>268</sup>.

Ainda sobre a influência do ensino do direito na manutenção do ‘*status quo*’, Wolkmer refere que “o positivismo jurídico nacional, essencialmente monista, estatal e dogmático, foi construído no contexto progressivo de uma ideologização representada e promovida pelos dois maiores pólos de ensino e saber jurídico”<sup>269</sup>, que reproduziam a organização social existente e preservavam a conotação do ‘direito para poucos’. O que ali se ensinava constituía

<sup>264</sup> CASSARA, Rubens. **Interpretação retrospectiva**: sociedade brasileira e processo penal. Idem, *Ibidem*, p. 24.

<sup>265</sup> CASSARA, Rubens. **Interpretação retrospectiva**: sociedade brasileira e processo penal. *Ibidem*, p. 28.

<sup>266</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Op. cit., p. 89

<sup>267</sup> No mesmo sentido, colhe-se de Gizlene Neder: “o autoritarismo sempre esteve presente nas relações sociais basilares da formação histórica brasileira”. In: NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995, p. 39.

<sup>268</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. *Ibidem*, p. 91. Sobre o assunto, também cabe referir que as escolas de direito do Largo São Francisco e de Recife foram fundadas antes de meados do século XIX, ainda no período imperial. O acesso à educação jurídica era franqueado aos descendentes de grandes fazendeiros e, apesar de alguns ideais ‘revolucionários’ como a república e a abolição, as ideias gerais eram conservadoras.

<sup>269</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Idem, p. 92.

uma “ordenação legal formal, sem muita eficácia e destinada a uma minoria, apesar de o país apresentar contradições jurídicas e sociais dramáticas”<sup>270</sup>.

Daí que a característica inicial da formação dos juristas no Brasil reproduziu a ‘consciência’ coletiva desigual, o que foi acrescido pelo fato de que a expansão do ensino jurídico subsequente deteve tônica idêntica, tendo, ainda, ocorrido concomitantemente ao desenvolvimento da pretensa cientificidade no direito, verificada nas páginas anteriores (meados do século XIX). Isso significa que, ao lado da alienação natural, derivada da injusta configuração social, adveio a crença de que a cientificidade no direito pressupõe regras e normas jurídicas isoladas e intangíveis, preocupadas apenas com a regularidade ortográfica e legislativa.

Em consequência, desde aquela época até atualmente, persiste por aqui o que se convencionou chamar de “currículo mínimo” dos Cursos de Direito, eminentemente dogmático.<sup>271</sup> Dito de outra forma, no decorrer da história, os quadros social e “científico” foram consolidados por acordos operacionais e estruturais, além de resoluções emitidas pelo próprio Conselho Federal de Educação, principalmente durante o período repressivo da ditadura militar.<sup>272</sup> Na verdade, Cassara sustenta que o golpe civil militar,<sup>273</sup> operado no país a partir de meados do século XX, apenas piorou um quadro já bastante ruim<sup>274</sup>. Da mesma forma, segue o autor afirmando que o final do período castrense não foi diferente, tendo operado poucas rupturas. Assim é que “a transição democrática foi igualmente um período de concessão, supervisionado pelo regime que se pretendia suplantar”<sup>275</sup>. Ainda, no mesmo sentido: “a natureza autoritária da própria sociedade inviabilizou a *práxis* histórica de instituições justas, sólidas e eficazes”<sup>276</sup>.

Em síntese, o ponto fundamental de o positivismo clássico ter exercido influência histórica no direito que se faz por aqui, refere-se ao fato de que se mantém, entre boa parte

<sup>270</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Ibidem, p. 94.

<sup>271</sup> Segundo PRADO, Geraldo, “o chamado mundo do direito ainda aparece nos cursos de formação universitária retratado à semelhança do estilo positivista que domina os cursos jurídicos desde o século XVIII. A chave do sistema acusatório, no entanto, é constituída por elementos de análise da realidade que percebem o sistema penal como sistema de Poder” In: **Sistema Acusatório**. Op. cit., p. 116.

<sup>272</sup> LORA, Deise H. K. ‘Ensino’ da criminologia no Brasil: desnudando a interferência do paradigma dogmático na expansão do pensamento jurídico crítico. In: CHAVES, Luiz Carlos, BONAMIGO, Irme Salette. **Educação e violências: múltiplas reflexões docentes**. Chapecó: Sinproeste, 2016, p. 48

<sup>273</sup> A nomenclatura civil-militar é mais adequada, porque transpõe a crença de que a sociedade civil não deteve responsabilidade no processo pretensamente ‘revolucionário’, quando, em verdade, muitos setores da sociedade civil foram co-responsáveis. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de transição: da ditadura civil-militar ao debate jurtransicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 18

<sup>274</sup> CASSARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. Op. cit., p. 235.

<sup>275</sup> CASSARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. Ibidem, p. 236

<sup>276</sup> CASSARA, Rubens. **Mitologia processual penal**. Ibidem, p. 237.



dos juristas, uma espécie de alheamento quanto aos problemas sociais<sup>277</sup> e, tratando-se de Brasil (repleto de contradições e desigualdades) revela-se uma grande catástrofe, em conformidade com expressão do já mencionado Benjamin. Recorde-se que o autor desenvolveu importantes discussões sobre a história e o progresso. Assim sendo e com base na figura metafórica do ‘anjo da história’, discorreu sobre ‘a ruína de corpos’ acumulados durante o processo de ‘evolução’ desprovida de efetiva preocupação existencial humana<sup>278</sup>.

Assim é que mesmo a contar da abertura democrática e da nova ordem constitucional, momento em que foram promovidos debates intensos sobre a formação tradicional do bacharel, além de questionamentos relativos ao papel do Direito, da justiça e da igualdade, a celeuma permanece e o período transcorrido não foi suficiente para um rompimento definitivo entre juristas e estudantes com o paradigma positivista.

Tais contradições são ainda mais evidentes quando inseridas no contexto de proteção internacional aos direitos humanos empreendida no decorrer do século XX em sede mundial. O quadro foi corroborado em termos da organização do Estado, tema bastante relevante à ciência política e que está conectado à transição entre ‘estado de direito’, ‘estado social’ e ‘estado democrático de direito’, como também às correspondentes ilações acerca de liberalismo e neoliberalismo.<sup>279</sup> Em resumo, a discussão versa sobre a configuração legislativa e normativa, transitando desde critérios puramente formais (estado de direito), a aspectos materiais e de efetividade (estado democrático de direito). Alude, também, à relação que o Estado detém com os indivíduos e a extensão da proteção jurídica que lhes é assegurada.

<sup>277</sup> ARANTES, Paulo Eduardo. **O positivismo no Brasil**. Op. cit., p. 190-191.

<sup>278</sup> MATE, Reyes. **Meia noite na história**. Op. cit., p. 203. Na nona de suas teses, Benajmim descreve: “Há um quadro de Klee que se chama Angelus Novus. Ele representa um anjo que parece estar a ponto de afastar-se de algo em que está cravado o seu olhar. Seus olhos estão esbugalhados, a boca aberta, as asas estendidas. Ele tem o rosto voltado para o passado. O anjo da história deve ser parecido com ele. O que se apresenta a nós como uma cadeia de acontecimentos, ele vê como uma catástrofe única que, sem cessar, acumula ruínas sobre ruínas, lançando-as a seus pés. Bem que ele gostaria de deter-se, de despertar os mortos e recompor os fragmentos. Mas, vindo do paraíso, sopra um furacão que revolteia em suas asas, tão forte que o anjo não consegue recolhê-las. O furacão o empurra irresistivelmente rumo ao futuro, ao qual dá as costas, enquanto o acúmulo de ruínas cresce até o céu. O que nós chamamos de progresso é esse furacão”.

<sup>279</sup> A configuração do estado encerra temáticas que, isoladamente, representam teses jurídicas relevantes. Entretanto, como o objeto deste trabalho apenas tangencia a questão, a referência ao assunto foi operada apenas para demonstrar tanto a heterogeneidade quanto os intrincados mecanismos que configuram o processo penal hodierno. Neste sentido e apenas para efeitos conceituais, Ferrajoli entende que Estado de Direito “é um daqueles conceitos amplos e genéricos [...], a ideia que remonta a Platão e Aristóteles, do governo das leis contraposto ao governo dos homens [...], o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo”, trata-se da assunção de prestações negativas, “como a de não lesar a liberdade”. O Estado social, por sua vez, representa uma ampliação das atividades e responsabilidades estatais em face dos indivíduos, se comparadas ao que preconiza o Estado mínimo liberal. Surgem, com ele, prestações positivas principalmente relacionadas a necessidades básicas. O Estado democrático, de outro lado, está vinculado à legitimidade material e ao conteúdo das normas, ou seja, a efetividade dos direitos. É importante referir, ainda, que no plano ideal não há uma conformação linear ou evolutiva, sendo que os elementos se justapõem cumulativamente. A fim de saber mais, consultar FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Op cit., p. 687-695.

Isso significa que, no plano internacional, acontecimentos históricos significativos, como as duas grandes guerras mundiais e o holocausto nazista, despertaram a necessidade de serem disciplinadas questões atinentes às relações entre o ser humano e o exercício do poder. Disso decorreu a difusão da cooperação internacional, a partir da criação de organizações governamentais e não governamentais e, em consequência, a elaboração de normas à proteção das pessoas individual e coletivamente<sup>280</sup>.

Não obstante, é importante que se refira à subsistência do paradigma positivista, também em sede global. Isso implica que, aqui ou acolá, em que pese todo humanismo, não há, ainda, uma discussão séria sobre a efetividade e o conteúdo normativo. Nesse contexto, a questão criminal é ainda mais grave, pois a privação de liberdade, a segregação e o disciplinamento de mentes, continuam sendo utilizadas como instrumentos primeiros do poder punitivo, sem que se avaliem seriamente as contradições a ele inerentes.

Ademais, o quadro internacional formal de guarida aos direitos das pessoas impulsionou o país para, no plano interno, permitir que a Constituição Federal de 1988 albergasse um rol de direitos e garantias consideráveis, muitas delas, inclusive, contempladas pela irredutibilidade e definidas como cláusulas pétreas. O catálogo pode, ainda, ser encontrado de forma difusa em todo o texto constitucional e abarca tanto o mínimo existencial para uma vida com dignidade, quanto direitos civis, econômicos e políticos de ordem complementar. No tocante às ciências criminais, por exemplo, é vedada a tortura, sendo expressamente preservado o devido processo legal e o contraditório.

É possível, então, constatar que a matriz científico-democrática<sup>281</sup>, produto de uma intensa tentativa em inserir valores às regras, vem sendo consolidada no decorrer da história<sup>282</sup>, principalmente por movimentos constitucionalistas, neoconstitucionalistas e

---

<sup>280</sup> Em sede sistemática, entre os diplomas internacionais recepcionados pelo Brasil, citam-se: a) as Convenções Interamericana e das Nações Unidas para Prevenir e Punir a Tortura, ambas em 1989; b) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990; c) os Pactos Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os dois em 1992; e) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992 e para Abolição da Pena de Morte, em 1996; f) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 1995; g) o Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional), em 2002; i) a Convenção para a Proteção das Pessoas com Deficiência, em 2008 e, ainda, h) a expressa aceitação pelo estado brasileiro da jurisdição da Corte Interamericana do Direitos Humanos, ante a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica. A par dos diplomas base, foram ratificados, também, inúmeros protocolos facultativos.

<sup>281</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório...** Op. cit., p. 27-30; adverte que a ideia de direitos humanos, soberania do povo e solidariedade determinam a “autocompreensão normativa de estados de direito democráticos”.

<sup>282</sup> É certo que assim como o processo de repressão, a consolidação dos direitos humanos não é exclusividade do século XX. Assegura Maya que “foi portanto, no século XVII que surgiram as primeiras ideias de soberania, de secularização do estado, de direitos dos homens e de governo como uma estrutura racional” In: **Imparcialidade e processo penal**. Op. cit., p. 12.

minimalistas, a exemplo do garantista<sup>283</sup>, entre outros, mas ainda não suficientes para consolidar a ruptura paradigmática. Sobre o assunto, Grau sustenta que “o direito de nosso tempo já é outro, apesar da doutrina jurídica, apesar dos juristas, apesar do ensino ministrado nas faculdades de direito”. Nesse prisma, refere ainda o autor que o conteúdo dessa nova conformação corresponde a uma atividade não exclusivamente técnica, mas que assegura uma ética na lei e não acima dela.<sup>284</sup> Contudo, todo esse cenário demonstra a profundidade das contradições vivenciadas pelo Brasil no âmbito jurídico. Uma, porque a constituição vigente sofre da desconformidade entre o direito e a realidade que historicamente permeia o país; duas, porque o processo de legitimação tem sido resumido a meros critérios burocráticos. Dito de outra forma, a ‘isenção’, proposta pelo positivismo, detém no Brasil um exemplo substancial que se encontra amparado e referendado pela falibilidade na aplicação da norma fundamental.

Nesse ponto e voltando à seara criminal, tal realidade permite que grupos conservadores coexistam em ambiente pretensamente democrático, a exemplo do maximalismo, Lei e Ordem e do Direito Penal do Inimigo<sup>285</sup>. Sobre esses, ao mesmo tempo causa e efeito da extensa cultura punitiva vigente no país (veja-se os processos de criminalização)<sup>286</sup>, há que se ressaltar a absoluta infração à isonomia que propagam. Ademais, ao lado seletividade que tais movimentos impulsionam, encontra-se a falsa sensação de segurança/insegurança, que alimenta mentes e destrói corpos, no melhor estilo benjaminiano.

---

<sup>283</sup> Para Ferrajoli, o garantismo possui três significados conexos e interdependentes: 1) normativo, relacionado a um “sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos”, 2) de validade e efetividade, para estabelecer uma “constante tensão crítica sobre leis” vigentes/efetivas; 3) filosófico ou de legitimação (juspositivismo). In: **Direito e Razão**. Op. cit., p. 683-685.

<sup>284</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª edição, 2005, p. 112 e 113.

<sup>285</sup> O maximalismo penal, Lei e Ordem e Direito Penal do Inimigo, apesar de relativamente distintos, têm como ponto de contato o fato de que “servem para configurar sistemas de controle penal próprios do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam carentes de limites [...]”. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Ibidem, p. 683-685. Importante destacar que a legalidade defendida por Ferrajoli pressupõe um conteúdo de validade e legitimidade normativa, significando que a lei por si só é insuficiente para estabelecer limites, sendo necessário um conteúdo intrínseco de proteção aos direitos fundamentais. Sobre o movimento de Lei e Ordem, baseada em políticas de tolerância zero e na teoria das janelas quebradas, oriundos do pensamento norte-americano, importante esclarecer que difunde a crença de que pequenas desordens ou crimes de menor potencial ofensivo levam a situações graves, como em uma espécie de reação em cadeia. Por isso, a punição deve ser rigorosa e sem tolerância. A respeito ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez, ano 3, n. 11, 2003, p.23-29. A partir do Direito Penal do Inimigo, pensamento elaborado por Günther Jakobs, o Direito Penal tradicional, dotado de garantias aplicar-se-ia aos cidadãos em geral, ao passo que outro Direito Penal com garantias suprimidas, poderia ser aplicado a inimigos, responsáveis por crimes graves. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2ª ed., Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>286</sup> ANDRADE, Vera. **A ilusão de segurança jurídica...** Op. cit., p. 218.

Com relação ao assunto, Rusche e Kirchheimer consignam que as estatísticas criminais não necessariamente refletem a extensão da violência, pois, segundo eles, as cifras oficiais são influenciadas pela política criminal. Desta forma, o maior ou menor número de condenações é definido pela política criminal mais severa ou mais liberal, respectivamente.<sup>287</sup> Andrade, por sua vez, demonstra que o sistema penal é alimentado por sua própria incapacidade, gerando mais e mais insegurança e conseqüentemente, aumenta seu alcance pelo recrudescimento de penas<sup>288</sup>. Ainda, Carvalho alerta para os “sensacionalismos a sangue frio”, que atingem tanto o jornalismo quanto os julgamentos criminais. Para tanto, afirma: “nos discursos punitivos do direito e da comunicação social, existe uma preocupante simbiose entre a ‘anemia sociológica’ e a ‘hiperbolia sensacionalista’”.<sup>289</sup>

Nesse contexto, Moraes da Rosa e Khaled também denunciam a rememoração do espírito de vingança, já que “não basta mais prender e punir. É preciso ostentar o preso, destruir sua reputação [...] o que os policiais não se dão conta é de que quando cometem alguma arbitrariedade e são flagrados, ocupam o mesmíssimo lugar dos que prenderam antes. A lógica é de produtos criminais”<sup>290</sup>, aptos a despertar no expectador/receptor a sensação de eficiência, além do horror capaz de tolher subjetividades e alteridade, em nome da exibição do culpado necessário.

Igualmente, a questão é que os processos de criminalização subtraem qualquer aceção de legitimidade da punição, fato revelado principalmente pelo movimento abolicionista que, a partir da década de um mil novecentos e sessenta, tem criticado o etiquetamento e a lógica punitiva<sup>291</sup>. Assim sendo, a infração à igualdade perpetrada pelo sistema penal, é demonstrada pela criminalização primária, verificada nas hipóteses em que a lei pune de forma desigual determinadas condutas — como sonegação fiscal em contraposição ao furto —; bem como pela criminalização secundária, quando as instâncias e atores oficiais — como polícia, ministério público, magistratura e a própria sociedade — ‘escolhem’ pessoas integrantes de grupos sociais específicos para, assim, preencher as demandas criminais de segurança. O processo não necessariamente é consciente, porém o abismo que cria é extremamente dispar, além disso reproduz as ‘categorias de inimigos’.

<sup>287</sup> KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. Op. cit., p. 257-262.

<sup>288</sup> ANDRADE, Vera. **A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Op. cit., p. 292.

<sup>289</sup> CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Op. cit., p. 424.

<sup>290</sup> ROSA, Alexandre Moraes; Khaled, Salah. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 107.

<sup>291</sup> ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

Passetti define a crítica abolicionista como “uma prática libertária interessada na ruína da cultura da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão”<sup>292</sup>, e em interrogar o significado das punições e do controle social desigual. O movimento, nessa acepção, não trata da defesa da ausência do enfrentamento da violência, mas da busca de meios hábeis e isonômicos para tal.

Em síntese, questiona-se como punir apenas alguns indivíduos se a prática de crimes e o desvio são gerais. Hulsmann defende que todos cometem crimes<sup>293</sup>, mas de maneira seletiva, somente poucas condutas e pessoas são criminalizadas. Em consequência, os atos não investigados ou desconhecidos constituem as cifras negras ou, em outras palavras, as ações lesivas que ficam de fora do sistema. Isso significa que as ciências criminais em sua generalidade, encerram conflitos de poder horizontais e verticais<sup>294</sup>, consubstanciados pela rotulagem não isonômica. A dualidade reside no fato de que tais ações são totalmente incompatíveis com a linguagem dos direitos humanos, expressada nos valores que, ao menos formalmente, foram propagados no decorrer do século XX tanto no Brasil quanto pela maioria dos países que integram o mundo ocidental. Como visto anteriormente, as reformas processuais operadas pós-constituição de 1988 tem revelado o descompasso entre a constituição, seu bloco de constitucionalidade e a legislação infra. Para tanto, Giacomolli há muito tem denunciado tais incongruências e paradoxos, responsáveis pela ilusão de renovação.

O aumento da criminalização de condutas e o da criminalidade estão esgotando a capacidade do processo penal. As arcaicas estruturas permanecem incólumes, numa aparência de funcionalidade e com poucos interrogantes. As soluções apresentadas situam-se na superficialidade digitalizada da aceleração e da quantidade, na doce ilusão de quanto mais respostas, mais soluções existirão. Reformar por reformar, modificar para satisfazer os movimentos de tolerância zero, da ‘*Law and order*’, do

<sup>292</sup> PASSETTI, Edson. Um ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista Verve**, n. 9, 2006.

<sup>293</sup> HULSMANN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão [1982]. Trad. de Maria Lúcia Karan Rio de Janeiro: Luam, 2ª edição, 1997, p. 64. Também no sentido da ilegitimidade da pena encontra-se o desenvolvimento da teoria agnóstica que propõe o deslocamento da discussão entre os fins (como reeducação por exemplo) aos meios da pena, a partir do abandono dos termos culpabilidade e livre arbítrio, além da adoção de uma postura minimalista, pela qual se “permite alguns avanços, pelo menos em nível de proteção contra o abuso político estatal [...] e possibilita atualizar-se a concepção do processo como escudo protetor”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim. **Criminologia (em) crítica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 121-123.

<sup>294</sup> AMARAL, Augusto Jobim; ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 44 e 47. Para os autores, “talvez em poucos lugares possa-se expressar tão bem o quanto a ligação genuína entre ‘desejo’ e ‘poder’ se dá. O discurso penal é o lugar pois, onde rapidamente são revelados os mais profundos anseios, inclusive aqueles de emancipação. A linguagem da punição, mesmo podendo muito bem estar associada às melhores intenções, seduz profundamente, pois sabemos desde o tempo do ‘discurso’ não é simplesmente aquilo que se manifesta ou oculta o desejo, mas é o próprio desejo, traduz não somente as lutas ou sistemas de dominação, mas revela aquilo por que se luta, pelo que se luta – o poder, enfim, do qual queremos nos apoderar [...] A estampa da ‘seletividade’ que carrega o sistema penal é inarredável. Como há muito se aponta, o sistema penal opera como uma epidemia”.

direito penal do inimigo, para fortalecer e incrementar o Estado policialesco, sem conectividade com a Constituição Republicana é dar aparência de novo à velha casa edificada na década de quarenta.<sup>295</sup>

Ainda no dizer de Giacomolli, o debate versa sobre elementos relacionados ao “respeito à dignidade que é inerente à pessoa humana”<sup>296</sup>. Trata-se, em síntese, da crítica ao alheamento jurídico e preservação da cultura punitiva<sup>297</sup>, admitida e alimentada por muitos atores criminais coniventes com o binômio “crime-pecado”, bem como com relações de poder e subordinação<sup>298</sup>. A desarmonia torna-se perceptível também para Herrera Flores que, ao confrontar teoria e *práxis*, refere que a defesa de direitos humanos representa muito mais do que uma pauta jurídica, propondo, apoiado no chama de “diamante ético”, um tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas e que seja compatível com uma visão emancipadora, apta a transformar realidades com fundamento no cotidiano.

Apesar da enorme importância das normas que buscam garantir a efetividade dos direitos no âmbito do direito internacional, os direitos não podem reduzir-se às normas. Tal redução supõe, em primeiro lugar, uma falsa concepção da natureza do jurídico e, em segundo lugar, uma tautologia lógica de graves consequências sociais, culturais e políticas. O direito, nacional ou internacional, não é mais que uma técnica procedimental [...] é, portanto, um meio, entre muitos outros...<sup>299</sup>.

Ou seja, não são apenas as regras jurídicas que requerem conteúdo, mas também as racionalidades. No dizer de Timm de Souza, trata-se do caminho a uma racionalidade ética como fundamento e suporte de uma sociedade viável<sup>300</sup>. O sentido utópico da proposta é refutado ante a convicção de que, ao contrário de representar um indicador quimérico, “muito real é a sua necessidade, se não entendermos o ser humano como uma engrenagem da infinita máquina da totalidade e não pretendermos a substituição do sentido humano – seja ele qual

<sup>295</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2. No mesmo sentido e do mesmo autor: **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-15.

<sup>296</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição e o pacto de San José da Costa Rica. Ibidem, p. 13.

<sup>297</sup> AMARAL, Augusto Jobim; ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. Op. cit., 2014, p. 53. Sobre o assunto: “um fervor punitivo invade as sociedades democráticas para além dos palácios da justiça – com a ajuda deles e também de certa parte da esquerda, em nome de uma ‘devoção’ às vítimas. Aquele juiz envolvido antes, pela inépcia estatal, com as demandas de judicialização atinentes a direitos básicos da cidadania, é alçado agora ao posto de ator político por excelência, em termos criminais. [...] Num invólucro social inundado pelo risco, onde a gestão do perigo tornou-se fundamental e a demonização do outro tem lugar cativo, a latência do estado vitimário canaliza o populismo penal”.

<sup>298</sup> LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 344.

<sup>299</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 23-24. O autor também refere que não existe uma única interpretação possível do que sejam direitos humanos, já que toda e qualquer definição é insuficiente e deve considerar os contextos culturais, políticos e filosóficos. Assim, há a necessidade de construir uma filosofia impura de direitos, a fim de superar a “influência do ‘um’ incontaminado e separado da realidade”. Idem, p. 85.

<sup>300</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável**: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. Op. cit., p.118.

for – pelo sentido instrumental da alienação do humano em coisas, poderes, violências<sup>301</sup>. A questão é reconstruir a própria concepção do que é, verdadeiramente, racional.

Em resumo, o direito e, em especial, o processo penal brasileiro, é caracterizado por incongruências e contradições, de forma que é comum o paralelismo entre conteúdos de vanguarda e o pensamento inquisitorial e positivista formal<sup>302</sup> dos séculos passados. Para tanto, os cursos de direito contribuem, as crenças corporativistas, a ausência de efetiva alteridade e a inadequada dimensão dos direitos humanos também o fazem, em uma circular e simbiótica relação de codependência<sup>303</sup>. Existem, então, direitos e ‘direitos’, além de várias *práxis*, em um constante embate pelo porvir<sup>304</sup> e, apesar de a tensão estar aparentemente situada no campo das ciências jurídicas, não deixa de refletir adversidades e vicissitudes sociais que se estendem desde o sujeito até sua compreensão do outro.

Tudo isto significa que a complexidade apontada por Morin deve ser considerada em qualquer discussão relativa às ciências criminais, sopesando-se o conjunto de circunstâncias históricas e relações de poder que influenciam a subjetividade do julgador e, por conseguinte, o conteúdo das decisões proferidas. Dito de outra forma, é importante perceber que subjetividade e imparcialidade não são institutos isolados no ordenamento jurídico, sendo produto de um encadeamento paradoxal. Não obstante, a ideia de isenção do juiz está relacionada à independência e à imparcialidade como elementos essenciais da função jurisdicional<sup>305</sup>, de maneira que, sob pena de incompletude, a investigação deve alcançar a interpenetração entre conteúdo objetivo e subjetivo que lhe são inerentes.

Ademais, a trajetória percorrida pelo direito no Brasil e no mundo, denota que este, por si só, não trará resposta aos problemas humanos em sua universalidade. Há que se questionar inclusive se existem tais possibilidades conclusivas. De qualquer forma, a humildade advinda dessas constatações e a noção de que Direito é mais do que lei formal e que os preceitos jurídicos têm fundamento na alteridade ética são primordiais. Afinal, se este é o ponto de partida ou de chegada, pouco importa.

<sup>301</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **A racionalidade** ... Ibidem, p. 124.

<sup>302</sup> Ainda sobre o positivismo, importante diferenciar o positivismo fundado no cientificismo e na estrutura formal das regras com o positivismo de vanguarda (juspositivista), como o ferrajoliano. A distinção revela por que para Ferrajoli, a processo de elaboração e de aplicação do Direito positivo enfrenta um processo constante de verificação tanto de valores, quanto de efetividade, o que não está presente nas primeiras manifestações juspositivas.

<sup>303</sup> CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 238-241.

<sup>304</sup> PRADO, Geraldo. A transição democrática no Brasil e o sistema de justiça criminal. In: **Ciclo de Conferências**. Faculdade de Direito. Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX. Universidade de Coimbra. Coimbra, 06 de novembro de 2012.

<sup>305</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. Op. cit., p. 45.

### 1.2.3 ‘Sistema’ processual misto e a junção do inconciliável

Outro ponto relevante na definição do processo penal hodierno e que também é consequência do ‘vai e vem’ histórico, situa-se no fato de que a partir do final do século XVIII e início do século XIX, ocorreu a consolidação do ‘sistema’<sup>306</sup> processual misto formado pela contraditória junção entre dois modelos anteriores: inquisitivo e acusatório. Interessante observar, ainda, como definido no item 1.2, esse foi o período em que as raízes do processo penal hodierno foram postas.

Dito de outra forma, com a elaboração do “sistema misto” foi permitido agregar ideias inconciliáveis e legitimar o exercício arbitrário das ciências criminais. A questão é que essas mesmas concepções alimentaram a configuração ideológica e axiológica do que hoje orienta a aplicação dessa vertente de pensamento. Isto implica que a ideia sobreviveu ao tempo e ainda exerce influência significativa, até porque também está atrelada ao positivismo e ao racionalismo cartesiano, já verificados anteriormente. Além disso, significa que a objeção do agora não nasce do sistema acusatório ou do inquisitório propriamente, mas decorre da reunião dos modelos, o que permitiu e permite uma profunda confusão ética, como também a ocultação arbitrária de relações de poder. Entretanto, para compreender tal junção é necessário, antes, verificar seus elementos formativos: os sistemas inquisitivo e acusatório em sua forma pura, algo que pode ser investigado já a contar do período medieval<sup>307</sup>. Tal aspecto mostra-se relevante visto que cada um dos paradigmas deteve um entendimento diferente sobre o direito de punir e, assim, estiveram fundados em alicerces diversos.

Paralelamente, é importante recordar a divisão metodológica que serve ao poder punitivo, bem como situar o processo penal em sede das ciências criminais. Nesse contexto, à tal organização multifacetada integram também direito penal e política criminal, sendo que as matrizes acusatorial ou inquisitorial estão presentes em todos os componentes. Não obstante,

---

<sup>306</sup> Importante estabelecer que em termos teóricos e operacionais, o ‘sistema’ misto não constitui propriamente um modelo processual, já que detém traços do sistema inquisitorial que, por sua vez, não apresenta dinâmica processual propriamente dita. Esta é, por exemplo, a opinião de Aroca. Não obstante, para outros autores, como Gloeckner, a importância da utilização deste arquétipo (inquisitorial e por consequência também misto), refere-se não à exaltação da arbitrariedade, porém para possibilitar o estabelecimento de parâmetros comparativos que resultem na proeminência do sistema acusatório. In: MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015, p. 86 e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, 2015.

<sup>307</sup> Considerando que este texto não esgota a análise dos sistemas (como já referido) e para saber mais, sugere-se a consulta de: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 e KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.



a visibilidade dessa relação de codependência valorativa não é evidente, o que prejudica bastante a constatação da influência que os modelos base exercem sobre cada uma das partes. A respeito, cabe ressaltar a discussão efetuada por inúmeros autores sobre referida integração científica ou, de outro lado, a autonomia dessas vertentes de pensamento<sup>308</sup>. Então, quando se refere à fragmentação, algo que também foi produto do positivismo e do método cartesiano, o debate igualmente precisa contemplar a dissimulação das raízes arbitrárias dessas ciências. Para Carvalho, “a desagregação das disciplinas que compõem as ciências criminais gerou incapacidade de diálogo e de desenvolvimento simétrico de institutos. Ademais, inviabilizou a diluição da crítica criminológica no interior das disciplinas dogmáticas”<sup>309</sup>. O autor também sustenta que o estudo compartimentalizado e isolado das referidas fontes do conhecimento jurídico possibilitou alto grau de sofisticação, tendo sido desenvolvidos e segmentados pormenores técnicos sobre o crime, os procedimentos, bem como acerca das ‘causas’ de infrações. O problema é que a excessiva especificidade acabou por deslocar, em certa medida, a argumentação central, qual seja, o direito de punir e seus instrumentos operacionais.

De mais a mais, apesar do debate respectivo, ou da ausência dele, não é difícil perceber que as ciências criminais, não obstante suas particularidades, possuem um objetivo comum: controlar o disciplinamento social com base no do modelo criminal. Assim e, por exemplo, ao lado do fato de o processo penal deter uma acepção de ramo jurídico autônomo — consubstanciado pelo direito de ação principalmente desenvolvido em termos civilistas —, Lopes Jr. justifica que, em termos criminais, “não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está e que essa é a razão básica de sua existência”<sup>310</sup>. Em decorrência, vislumbra o autor uma relação interativa entre direito material e processo penal, já que este último careceria por completo de eficácia sem pena; e o primeiro representaria um total retrocesso sem as verificações e controles do segundo.<sup>311</sup> Ainda dentro do quadro geral, a criminologia é também importante porque sua vinculação com a sociologia demonstra o quanto os conteúdos jurídicos são insuficientes para o enfrentamento de um problema social tão complexo quanto a violência.

Ademais, a discussão sobre o fundamento de existência das matérias criminais versa acerca de uma questão fundamental: trata-se de saberes e ferramentas para retaliação ou

<sup>308</sup> CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Op. cit., p.37-39

<sup>309</sup> CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Ibidem, p. 52.

<sup>310</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. Op. cit., p. 64.

<sup>311</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. Ibidem, p. 64.

contenção do poder oficial? Ocorre que, apesar de se tratar de uma indagação que tem recebido respostas dúbias, a substancialidade da pergunta foi relegada ao plano secundário quando, ao lado do positivismo jurídico, o processo penal passou a legitimar o castigo oficial como única medida ao confronto dos problemas criminais. Com isso, a matéria sofreu uma profunda perda de identidade, circunstância operada pela já referida junção de elementos inconciliáveis (arbitrariedade inquisitorial e profilaxia acusatória) e que poderia ser facilmente denunciada pelos outros ramos de investigação. Claro, se houvesse possibilidade dialógica, hipótese que a estratificação impediu.

Assim, em termos da natureza jurídica da ciência processual penal, foram consolidados dois modelos diametralmente opostos, cada qual com uma determinada matriz filosófica. Conseqüentemente, o espírito igualitário tornou-se disperso (ou nunca consolidado) e pode ser verificado pela transposição inconstante de metodologias mais ou menos protetivas e/ou democráticas. Em outras palavras, a questão toda versa sobre a aceção que o indivíduo tem no contexto das organizações estatais bem como sobre a funcionalidade do direito como instrumento de controle ou de manutenção do poder. Por isso, os modelos acusatório e inquisitivo expressam muito mais que técnicas procedimentais, podendo indicar qual a relação que as pessoas detêm com o Estado, bem como qual seu fundamento filosófico. Nesse contexto, o problema do sistema misto reside no fato de que a mistura de elementos opostos destituída da avaliação de compatibilidades ou discrepâncias, criou uma figura teratológica.

Especificamente sobre as referidas naturezas jurídicas, ainda que não seja possível demarcar os sistemas processuais originários em sede de anterioridade cronológica, muitos autores os inserem em distintos espaços geográficos. Assim, apesar de terem sido identificados de forma incipiente entre gregos<sup>312</sup> e romanos<sup>313</sup>, durante a antiguidade clássica, foi na Europa medieval<sup>314</sup>, mais precisamente em países latinos de religião católica e, paralelamente, na Inglaterra anglo-saxã, que tais preceitos se desenvolveram de forma mais definida.

No que se refere ao sistema inquisitivo puro, importante observar sua relação direta com o catolicismo e a interpolação existente entre Estado ibérico e religião<sup>315</sup>. Sua formação inicial deu-se em razão de a igreja ter sentido o abalo das alterações sociais decorrentes do

---

<sup>312</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2008, p. 31-51 e p. 55.

<sup>313</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. Op. cit., p. 137-138.

<sup>314</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Brasília, vol. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 103.

<sup>315</sup> KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Op. cit., p. 41.

sistema comercial desenvolvido no medievo, difusor de novos desejos e mentalidades. Além do desenvolvimento dos burgos mercantis (daí advém o termo burguesia), o período marcou o florescer de uma diferente organização cultural, fortemente combatida pelo mundo eclesiástico<sup>316</sup>. Desse contexto, surgiu a política de oposição punitiva ao diferente, ou melhor, às heresias<sup>317</sup> — representadas por ideias que transcendiam ao que comumente se pensava nos feudos tradicionais.<sup>318</sup> O ataque às doutrinas heréticas foi, na ocasião, utilizado pelo mundo eclesiástico a fim de controlar o novo.<sup>319</sup> A metodologia encontrada para tal, a Inquisição, constituía-se em um modelo religioso fundado em crenças derivadas da fé, como culpa, pecado e redenção<sup>320</sup>.

Convém ressaltar que, apesar de inicialmente adstrito à esfera “privada”, o procedimento acabou por atingir o espaço público e as ciências criminais, por meio da influência política que detinha, na época, o direito romano-canônico<sup>321</sup>. Ademais, o modelo mostrava-se apto a enfrentar a descentralização do poder penal verificado até então, oferecendo controle de ideias, além de, em termos processuais, apresentar uma estrutura diferenciada à obtenção da prova.

Tratava-se de uma boa resposta à aspiração por um processo totalmente judicial, simples e rápido<sup>322</sup>, especialmente para situações menos obscuras, como as hipóteses de

---

<sup>316</sup> Pra Khaled, o processo inquisitório surgiu entre os séculos XII e XIII na Europa medieval e teve sua gênese a partir de trabalhos dos juristas da universidade de Bolonha (Itália) e da escola de Paris. In: **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Ibidem, p. 41.

<sup>317</sup> Escreve o autor Augusto Jobim que “um dos conceitos principais do estudo da história das mentalidades, não obstante, relativo à inquisição, por certo, é o de heresia. Quando se falava em herege, estávamos diante de indivíduos que partilhavam de ideias contestadoras quanto à doutrina oficial do catolicismo. Críticos, pois, que punham em dúvida uma verdade absoluta”. In: AMARAL, Augusto Jobim. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal contemporâneo. Op. cit., p. 76. No mesmo sentido também Cordero. In: **Procedimiento Penal**. Tomo I, Op. cit., p.17.

<sup>318</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**: cada parte... Op. cit., p. 104

<sup>319</sup> EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1993, p. 122, afirma que “a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte [pela inquisição] não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo [...]”

<sup>320</sup> Sobre o assunto ver: PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Op. cit, p. 138. “Com efeito, a Igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação das culpas”. Ao que a necessidade de arrependimento, penitência e investigação, constituíram metodologias para ratificação do poder eclesiástico.

<sup>321</sup> Na França, por exemplo, a matriz inquisitória foi absorvida por um conjunto de leis criminais anteriores à revolução e que foram vigentes por mais de cem anos. “[...] sus penegiristas lo consideran perfecto y lo es; enrarecido por el tecnicismo, la obsesión inquisitoria llega em ella a uma pureza metafísica.” In: CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Op. cit., p. 16.

<sup>322</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório...** Ibidem, p. 140-141. “Embora hoje a Inquisição seja vista com todas as reservas, cumpre remarcar que na sua época o discurso dominante a apresentava como produto da racionalidade, confrontada com a suposta irracionalidade das ordálias ou juízos de Deus, que substituiu, enquanto sistema de perseguição da verdade, pela busca da reconstituição histórica, procurando, tanto quanto possível, reduzir os privilégios que frutificavam na justiça feudal, fundada quase exclusivamente na força e no poder de opressão dos senhores feudais sobre os demais.”

flagrante delito<sup>323</sup>. Assim, a transcendência inquisitória aconteceu com o desenvolvimento da jurisdição real e sua respectiva profissionalização, conjectura jurídica em que as pessoas passaram a ser submetidas a um direito reelaborado, concentrado e totalitário. Para Cordero, os imperativos inquisitórios eram demasiado intensos para ficarem adstritos à esfera particular:

La revolucion inquisitorial satisface exigências comunes a dos mundos: El eclesiástico, asechado por las herejías, y el civil en qual la expansión econômica origina criminalidad; los intereses que se han de proteger exigen un automatismo represivo incompatible con las acusaciones privadas<sup>324</sup>.

Então, a oficialização desse processo ocorreu a contar da equiparação entre o crime de heresia e o de lesa-majestade (Bula ‘*Vergentis in Senium*’), ao que se sucederam vários movimentos político-jurídicos, como o Concílio de Latrão, em 1215, e o ‘*Constitutio Excominianus*’, de 1231, entre tantos outros, que consolidaram em definitivo o deslocamento do novo modelo processual eclesiástico à esfera pública<sup>325</sup>. Por conseguinte, do combate a meros pensamentos religiosos dissidentes, a inquisição passou a atingir mulheres, ‘profanadores’ luteranos e todos aqueles que, por meio da confissão de seus crimes, estivessem preparados à salvação da ‘alma’ religiosa e da vida civil regrada e estável.

Daí advém, segundo Lopes Jr., a crença na verdade real ou absoluta, já que se tratava de um sistema fundado na intolerância, autorizador do “combate a qualquer custo, da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura”<sup>326</sup>, como forma máxima de coerção processual. Era intrínseca a utilização dos castigos físicos como meio primordial de obtenção da prova e da pena de morte, como sanção possível. Tais elementos culminaram em um modelo extremamente cruel, além de reduzido processualmente à obtenção da declaração de culpa pelo acusado.<sup>327</sup>

<sup>323</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. Op. cit., p. 143-144.

<sup>324</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Op cit., p. 16. No mesmo sentido, sustenta Khaled: “a história do processo inquisitório não se restringe ao âmbito da jurisdição eclesiástica. A difusão do processo inquisitório pela Europa Continental foi assombrosa, o que ocorreu em função de ter sido transplantado para a esfera laica como o crescente fortalecimento das monarquias” In: KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial”. Op. cit., p. 72. Ademais e parafraseando Foucault, o autor estabelece que “as monarquias ocidentais foram fundadas com a apropriação da justiça”. Ibidem, p. 73.

<sup>325</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica e teoria do direito processual penal**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

<sup>326</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. Op. cit., p. 146. Ainda sobre a verdade, é importante ressaltar que segue até os dias atuais como um ponto nevrálgico de crítica, principalmente baseada em sua relatividade e na historicidade. Recentemente, entretanto, alguns processualistas têm buscado resgatar sua validade, ainda que parcial. Nesse sentido, refere-se, atualmente, a um “realismo crítico”, ou em uma ideia atética da verdade, consubstanciada pela análise contextual dos fenômenos. In: TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vítor de Paula Ramos, 1ª edição, São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 100.

<sup>327</sup> LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. Ibidem, p. 149-148.

Neste sentido, inexistiam limites<sup>328</sup> e tudo era possível para o resultado ‘útil’ do processo e o “útil é o verdadeiro, tornando mais do que nunca nebulosa a separação entre verdade e poder”<sup>329</sup>. Ou seja, os dogmas tornaram-se absolutos e franqueavam a prova derivada do sofrimento. Por isso, a investigação e o castigo persistiam até a assunção da culpa ou a confissão, tida como a principal das provas.

Além do mais, o sistema detinha organização técnica (fases bem definidas, métodos de obtenção da prova e centralização do procedimento na figura do juiz), o problema, entretanto, alerta Cordero, residia nos conteúdos das normas nele contidas: sigilo, ausência de contraditório e principalmente a tortura que “estimula los flujos verbales contenidos. Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de un marco paranoide, y así surge el casuismo impuro de las confesiones [...] a veces obtenidas con promesas de impunidad”<sup>330</sup>. Ademais, não havia debate contraditório e tudo versava sobre uma postura ativa do juiz e passiva do investigado. Outra característica importante estava relacionada à presunção de culpabilidade, de forma que no modelo inquisitorial “lo que cuenta es el resultado”<sup>331</sup>: a condenação.

A verdade<sup>332</sup>, nesse contexto, constitui o ponto nevrálgico do modelo, pois encerrava a justificativa fundamental de todos os atos, a exemplo da ausência de defesa, tortura, segredo, exposição pública e cruéis castigos corporais. Representava, também, o desejo do inquisidor<sup>333</sup>, hegemônico em sua função e naturalmente afetado por anseios íntimos que, no

---

<sup>328</sup> AMARAL, Augusto Jobim. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal contemporâneo. Op. cit., p. 87, afirma que “dentro de uma lógica em que o animal humano nasce culpável, dotado do pecado original, e estando corrompido o mundo, elimina-se qualquer escrúpulo da investigação. Não existem, neste contexto, limites para um aparato investigador. Basta escavar um ponto qualquer do ser humano, afinal, dali aflorará o mal”.

<sup>329</sup> AMARAL, Augusto Jobim. **Política da prova e cultura punitiva**... Ibidem., p. 73.

<sup>330</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Idem, p. 19. Assevera também o autor: “la Ordenanza distingue dos torturas, la ‘preparatoria’, com fines de instrucción, cuando la prueba de cargo no sea suficiente para la condena capital y la ‘previa’ inflingida al condenado a muerte, a fin de que revele los nombres de los mandantes e de los cómplices”, Op. cit., p. 31.

<sup>331</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Idem, Ibidem, p. 19.

<sup>332</sup> Sobre a avidez pela verdade, fundamento do poder ilimitado e arbitrário, característica do sistema inquisitivo, ver KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial, trabalho já referido. Trata-se de um primoroso estudo sobre as faces ocultas e também declaradas do processo penal e das ciências criminais.

<sup>333</sup> Sobre o assunto ver LORA, Deise H. K., A verdade como revelação no processo penal: da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. **Revista Sistema Penal e Violência**. Porto Alegre : PUCRS, vol. 7, n. 2 p. 238-248, ago. 2015. “O inconveniente da busca pela verdade é que, além de relativa, dado à posição do observador e intérprete, ela representa a tentativa de reconstituição de um fato histórico (passado), o que, por si só, traduz limitações intrínsecas à reconhecimento. Afinal, é no mínimo paradoxal equiparar o que foi e o que parece ter sido”. Ainda, para Khaled: “O mecanismo eclesástico de produção de verdades [...] atingiu níveis de sofisticação e crueldade jamais vistos anteriormente ou desde então e surpreendentemente permanece – em alguma medida – em funcionamento, ainda que com intensidade reduzida” In: **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Op. cit., p. 46.

caso, traduziam o sentido unilateral produzido pela conjugação de crime, pecado, castigo e redenção. Por conseguinte, “nada prohíbe intervenciones *ex officio*”<sup>334</sup>, já que na inquisição nasceram importantes funções do julgador: descobrir e eliminar as heresias e crimes, combatendo-se pensamentos e ações maléficas cotidianamente, para impedir que o mundo acabasse dominado pelo ‘diabo’<sup>335</sup>. O juiz inquisidor, então, não deveria ser neutro, uma vez que personificava autoritariamente o que é ‘certo’.

O sistema acusatório, ao seu turno, foi também desenvolvido no medievo, mas sob bases político, sociais e territoriais diferentes. Ocorre que a Inglaterra dos séculos XII e XIII caracterizava-se por fortes disputas entre nobreza e monarquia, fazendo com que o embate daí decorrente resultasse em garantias formais à aristocracia e, tangencialmente, para toda a população. Isso aconteceu porque os monarcas ingleses dividiam espaço com os nobres de forma bastante contundente e, nesse sentido, determinadas salvaguardas foram desenvolvidas como forma de manutenção do poder real.<sup>336</sup> Por exemplo, “em meio ao conflito entre os barões e o rei João sem-terra, foi imposta ao monarca a ‘Magna Carta Libertarum’, que efetivamente limitou seus poderes, fazendo nascer a consciência da cidadania, muito antes do restante da Europa”<sup>337</sup>. Nesse diploma legislativo, foram previstos o ‘*Habeas Corpus*’, a reserva de jurisdição penal e o estado de inocência.

Acerca do assunto, Prado situa a gênese do sistema acusatório moderno no ‘*Commow Law*’ em vias de consolidação na Inglaterra do século XII<sup>338</sup>. Para o autor, “a chave do sistema acusatório é constituída por elementos de análise da realidade que percebem o sistema penal como sistema de poder”<sup>339</sup>, voltado muito mais a resolução dos conflitos do que à ‘revelação’ da verdade.

O costume, por exemplo, como fonte do direito anglo-saxão foi consolidado a partir da acomodação entre precedentes locais e gerais, principalmente no âmbito criminal. Para isso, os monarcas organizaram uma metodologia em que se “serviram de juízes que percorriam todo o território, reuniam as cortes locais e julgavam os casos em pauta,

<sup>334</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem, p. 20.

<sup>335</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem, p. 21. É do autor: “Nasce una mística: descubre y elimina herejías o delitos, combate potenciales matéficas en una cruzada cotidiana; es mérito suyo que el mundo no termine devorado por el diablo, si fuera neutral, sería complice del infierno y los escrúpulos son cobardia”.

<sup>336</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem, p. 22.

<sup>337</sup> KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Op. cit., p. 104 e 105. No mesmo sentido, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz...** Op. cit., p. 36.

<sup>338</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Op cit, p. 149.

<sup>339</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Ibidem, p. 116.

conferindo unidade ao Common Law<sup>340</sup> e permitindo a profusão de um esquema de freios e contrapesos, além de uma divisão do poder real em sede da jurisdição.

Sobre o paralelismo histórico existente entre os modelos acusatório e inquisitivo, é importante destacar que no mesmo ano em que foi realizado o Concílio de Latrão, houve a edição da já referida Magna Carta, instrumento jurídico que é comumente lembrado como embrião dos direitos do homem<sup>341</sup>. Ademais, “enquanto na Europa continental o final das ordálias coincidiu com o advento da inquisição, na Inglaterra esteve vinculado diretamente à consolidação do ‘jury trial’<sup>342</sup>. Além disso, a igreja, firme nos países latinos, passou por um período de enfraquecimento gradativo na Inglaterra, intensificado nos séculos XIV e XV, o que resultou em uma ruptura completa operada no início do século XVI e o surgimento da igreja anglicana. Apesar de motivado mais por interesses pessoais do monarca inglês Henrique VIII, do que propriamente por um conflito de ideias, esse fato contribuiu para a retração inquisitória em terreno anglo-saxão.<sup>343</sup>

Na sequência e, paulatinamente, com ‘Bill of Rights’ de 1689 e o ‘Act of Settlement’, de 1701, “o processo inglês em sua forma clássica, desenvolveu um procedimento de partes no qual o juiz dirige o juízo como uma espécie de condutor imparcial<sup>344</sup>. A tríade processual bem definida conferiu à acusação e defesa o dever de produção da prova, de forma que o magistrado detinha posição passiva, de mero expectador. Conseqüentemente, a inércia da jurisdição aparecia também na fase postulatória, já que a ação jamais era deflagrada pelo julgador.

Para Goldschmidt, o sistema acusatório firmou-se em regras claras, pelas quais funções acusatória e decisória foram bem delimitadas entre as partes<sup>345</sup>. Como resultado, o equilíbrio de direitos processuais e materiais passou a ser observado à garantia da isonomia entre os próprios demandantes. Sobre o assunto, o autor estabelece que “el mejor medio para

<sup>340</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Ibidem, p. 150

<sup>341</sup> KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Op. cit., p. 104.

<sup>342</sup> KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Ibidem, p. 105.

<sup>343</sup> Os canais de diálogo entre o monarca inglês e a igreja romana foram definitivamente rompidos com a recusa do papa Clemente VII, em conceder a anulação do casamento entre Catarina de Aragão e Henrique VIII e a consequente fundação da igreja anglicana. In: VIGIL NETO, Luiz Inácio; WIPRICH, Tassiane Andressa. Estudos sobre a história do direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 70, set./dez. 2011, p. 270.

<sup>344</sup> KHALED JR, Salah **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Op cit, p. 109.

<sup>345</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: IBde F, 2016 [publicação original de Barcelona: Casa Bosch, 1935], p. 73-74.

averiguar la verdad y verificar la justicia es dejar la invocación del juez y la recogida del material procesal a aquellos que persiguen intereses opuestos y sostienen opiniones divergentes”.<sup>346</sup> Ademais, todo esse equilíbrio tinha como fundamento a publicidade, responsável por conferir à justiça criminal um elemento de legitimidade não perceptível no modelo latino.

Es un espectáculo dialéctico, una luta atlética, un combate abierto, cargas procesales, autorresponsabilidad, ya que formas y términos señalan una remota ascendencia a los juicios de Dios (duelos y ordalia, pois algunos resíduos se escapan de algunos contextos); reducido a pura operación técnica, en donde el único valor está en la observación de las reglas, el proceso se presenta insensible a la sobrecarga ideológica de donde se deriva la observación inquisitorial.<sup>347</sup>

Enfim, seria incorreto afirmar que na Inglaterra medieval não houve tortura, arbítrio ou a crença na verdade real, porém, tais metodologias foram gradativamente substituídas, a partir de 1640, pela ênfase na habilidade dos litigantes em produzir argumentos no processo, objetivando o que, hoje, chama-se de verdade processual em substituição à verdade real inquisitorial<sup>348</sup>. Em consequência, existiu uma enorme oposição entre as vertentes. Para Cordero, “los inquisidores adelantan luchas contra el diablo. En el proceso acusatório este es una pura operación técnica, pues un resultado equivale al outro”<sup>349</sup>.

Dito isso, é possível concluir que os sistemas processuais clássicos (inquisitivo e acusatório), cada qual em seus correspondentes espaços territoriais, forjaram o direito do medievo com base de fundamentos absolutamente divergentes. O sistema inquisitivo, de um lado, dada a relação direta com o maniqueísmo religioso, os objetivos de controle, redenção e salvação da alma, fizeram do corpo do acusado um meio ao reconhecimento da culpa e obtenção da “verdade”. O sistema acusatório, de outro, mostrou-se mais democrático, em virtude de o equilíbrio de forças favorecer naturalmente o debate e permitir o advento da discussão sobre direitos individuais.<sup>350</sup>

Entretanto, apesar de ideológica e territorialmente distintos, tais modelos foram incorporados na França do final do século XVIII e início do século XIX. Advindo daí todo o imbróglio, pois se formou uma terceira via, o sistema misto ou napoleônico, já referido como um dos conformadores do processo penal da atualidade. Na acepção de Khaled, com o

<sup>346</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas...**, Ibidem, p. 74

<sup>347</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Op. cit., p. 86.

<sup>348</sup> VARGAS, Joana Domingues. Em busca da “verdade real”: tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. **Sociologia e Antropologia**. Rio de Janeiro, vol. 02, 2012, p. 239.

<sup>349</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Op. cit., p. 90

<sup>350</sup> O sistema acusatório apresenta características peculiares à separação de funções, além de traduzir um procedimento público, oral, vinculado ao contraditório, à ampla defesa, isonomia, imparcialidade e ao duplo grau. In: PRADO, Geraldo, **Sistema Acusatório**. Op. cit, p. 102-103.



advento do período oitocentista, houve alterações que decorreram da configuração social e revolucionária. Não obstante, sustenta o autor que já era tarde demais<sup>351</sup> e a antiga mentalidade foi parcialmente conservada. Isso aconteceu porque, posteriormente ao período revolucionário, requisitava-se um procedimento penal semelhante ao processo acusatório, porém, a sustentação das estruturas de controle existentes instava pela unilateralidade e segredo investigatórios. Disso confluíu um método bifásico que procurou confluir os dois princípios fundamentais.

A questão é que, no contexto da revolução francesa (quadro já exposto anteriormente neste trabalho), o movimento de transição foi profusamente vinculado ao humanismo e ao extermínio de penas cruéis em praça pública. Daí que, “en la segunda mitad de siglo, el sistema apareció vulnerable: Voltaire lo desacredita con panfletos, escribiendo sobre los hechos delictivos, y en el asunto de Juan Calas (protestante muerto en la rueda em Tolosa, em circunstancias muy sospechosas) dirige um recurso de la familia al Consejo del rey”<sup>352</sup>. Assim, logo após a insurreição e deposição da monarquia, ainda em 1789, foram revogadas as “Ordenações Criminais” e aprovadas reformas ‘urgentes’. Nesse contexto, o informe inicial continuava sendo secreto, mas sem anexos ocultos, com intervenção de cidadãos garantidores, acusação pública, provas submetidas ao debate contraditório, espaço para debate e prevalência do direito de defesa.<sup>353</sup>

Contudo, a referida reforma não prosperou por muito tempo e, em menos de uma década, foi editado um novo código criminal (de delitos e de penas), restituindo muito do modelo antes abolido e vinculando toda a persecução à descoberta da verdade<sup>354</sup>. À nova legislação seguiram-se outras e, já no início do período oitocentista, a persecução passou à duas fases: ‘instrução’ (escrita e secreta) e ‘debate’ (público e oral)<sup>355</sup>.

Em retrospectiva, isto significa que o período revolucionário iluminista antes referido, e que foi responsável por uma mudança de perspectiva nas ciências criminais, humanizando-

<sup>351</sup> KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Op. cit., p. 101.

<sup>352</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Op. cit., p. 34. O caso Juan Calas foi emblemático porque expressava uma situação de condenação à morte de um pai em decorrência do suicídio do filho. Na verdade, a condenação foi procedida por suposto homicídio, apesar de as indicações de autolesão (suicídio) terem sido significativas. O caso envolveu questões religiosas e uma pretensa martirização. A família toda de Juan Calas foi presa, inclusive a doméstica e um visitante. Após muitas seções de tortura, o acusado manteve a afirmação de inocência e, mesmo após condenado à pena capital, foi novamente torturado para delatar os familiares, o que não fez. Morto, o episódio de Juan Calas foi o estopim para as reformas. Ibidem, p. 39-41.

<sup>353</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem, p. 35.

<sup>354</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem, p. 35.

<sup>355</sup> KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. Op. cit, p. 109 e p. 126.

as (apesar das contradições), esteve também diretamente atrelado ao fim dos métodos processuais fundados na Inquisição<sup>356</sup>. O lapso temporal que vai desde 1789-1795 foi de otimismo quanto à aplicação das novas ideias, relativas a eliminação da tortura, contraditório, oralidade, publicidade, entre outras. A partir de então, contudo, existiu uma espécie de refluxo quanto ao sistema anterior, o que foi grandemente intensificado com a ascensão de Napoleão como imperador francês e com a codificação de 1808.<sup>357</sup> Foi, portanto, no Código de Instrução Criminal que o processo penal uniu os métodos inquisitoriais do passado, por meio da atuação de um juiz instrutor, responsável que era pela realização do trabalho preliminar (sigiloso e unilateral), com base no qual seria deflagrada a acusação pública ‘na sala de acusação’. Em decorrência, um suplemento instrutório poderia acompanhar o julgamento, servindo como prova ao lado do interrogatório realizado antes da constituição da defesa. A atuação do defensor ocorria apenas na segunda fase, a fim de possibilitar o contraditório. Naquele momento, o advogado tinha direito a uma cópia gratuita dos autos. Segundo Cordero, “de la instruccion al debate se pasa de la oscuridad a la luz plena, allí se trataba de un laberinto oscuro y secreto, por completo parcializado y rodeado por intereses represivos”<sup>358</sup>

Como já referido, o arranjo resultou em uma problemática união do inconciliável e que, apesar da incongruência, caracteriza o processo penal do agora. Neste aspecto, a própria difusão revolucionária fez com que acontecesse uma penetração ampla no âmbito da *civil law* e, como destaca Cordero, as estruturas criminais gálicas fora empregadas no desenvolvimento de uma concepção processual que influenciou os sistemas judiciais continentais dos séculos XIX e XX<sup>359</sup>. Assim é que o modelo francês, denominado “corpo de duas cabeças” por Cordero, foi também adotado pela Itália, principalmente nos Códigos Romagnosi, Napolitano e Rocco<sup>360</sup>, bem como pela Espanha, Portugal e, na América Latina, pela Argentina e Brasil.<sup>361</sup>

Tocante ao Brasil, as Ordenações Filipinas, vigentes no país até a edição do Código Criminal do Império, em 1824, permitiam a tortura, oficialmente vedada a partir da legislação imperial (seguindo, em tese, a tendência mundial de humanização). O inquérito policial apareceu em 1871, na esteira do que determinava o pensamento “moderno”, e confluíu em um

<sup>356</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Op. cit., p. 45.

<sup>357</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem, p. 49-57

<sup>358</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem., p. 58

<sup>359</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, Ibidem., p. 50

<sup>360</sup> A respeito de Alfredo Rocco, Cordero afirma: “de tendência nacionalista y jurista muy hábil, que cultivaba intelectualmente una filosofía política simple, con fondo paranoide, y era artífice legal de la incipiente dictadura”. Sobre Vicenzo Manzini, outro importante jurista italiano, Cordero sustenta: “penalista casuista e hombre de orden, rabiosamente partidário de la tradición inquisitorial italiana”. In: **Procedimiento Penal**. Tomo I, ibidem., p. 75-76.

<sup>361</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**, Op. cit., p. 155-170.

procedimento unilateral e secreto, como etapa preliminar do processo penal, vigente até o momento presente e consubstanciado pelo Código de Processo Penal atual.<sup>362</sup>

Acerca do assunto, Andrade assevera que “a constituição elegeu o princípio acusatório mas a legislação infraconstitucional ‘anda na contramão’ para fins de atender aos anseios populares e de políticos interesseiros, tudo em nome de combater a situação violenta do país”<sup>363</sup>. Lopes Jr., em semelhante consideração, sustenta que o atual modelo brasileiro é, segundo uma interpretação sistemática da constituição, o acusatório. Contudo, o código de processo penal contrasta fortemente, já que nele, o modelo é nitidamente neoinquisitorial, pois o princípio que vigora é o inquisitivo (característica evidenciada pela gestão da prova pelo juiz).<sup>364</sup>

Ainda sobre a junção sistemática, Coutinho afirma que, como um sistema implica a coesão interna do todo por um princípio fundamental, é impossível conjugar bases naturalmente contraditórias. Nesse aspecto, continua o autor aduzindo que é adequado pensar em fundamento como gênese, ou ainda como motivo conceitual, com base no qual tudo o mais se orienta e harmoniza<sup>365</sup>. À vista disso, embora os sistemas tenham-se caracterizado por uma multiplicidade de elementos, a ideia essencial é uma só e possui conteúdo democrático ou autoritário.

Por isso, defende Coutinho que, não obstante o intercâmbio de informações ao longo tempo e a inexistência hodierna de sistemas puros, não há como adequar premissas e convicções tão díspares. Para tanto, sustenta que “não é preciso grande esforço para entender que não há — e nem pode haver — um princípio misto [...] assim, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório”<sup>366</sup>, a depender do núcleo fundante. Ainda com base no autor, é possível concluir que apesar de toda a complexidade demonstrada na trajetória do processo penal e do fato de que a escolha acerca de um sentido aglutinador não orienta a atividade processual, tal norte ‘deveria’ estar presente.

<sup>362</sup> VARGAS, Joana Domingues. **Em busca da “verdade real”**. Op. cit., p. 244-252

<sup>363</sup> ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório**: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 191.

<sup>364</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 47 e 49. Assevera ainda o autor: “não prevê nossa Constituição — expressamente — a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valoração do homem e do valor dignidade da pessoa humana [...]. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, a transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático.” Ibidem, p. 93.

<sup>365</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**: cada parte... Op. cit., p. 103. No mesmo sentido: PRADO, Geraldo, **Sistema Acusatório**. Op. cit., p. 170-177.

<sup>366</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório**: cada parte... Ibidem, p. 103.

O problema é que, ao se permitirem investigações e instrução unilateral, ainda que na fase de investigações preliminares, a contaminação dos atores processuais pode ocorrer consciente ou inconscientemente. Assim, ao consentir a produção de elementos prévios e sem contraditório, o legislador está referendando elementos inquisitivos. Ademais, a permanência de tais fundamentos no processo endossa a respectiva utilização, bem como evidencia o esvaziamento de princípios determinantes do regime democrático, como o direito de defesa. Em termos exemplificativos, tome-se o exemplo brasileiro, em que a fase investigativa, unilateral e meramente ‘informativa’, colhe elementos de convicção, a exemplo de testemunhos e perícias. Nela não há contraditório e a defesa nada pode realizar, perquirir ou apresentar, produzindo-se uma versão parcial (ou seja, vinculada a uma única parte). Essa narrativa não só fundamenta a denúncia como segue acompanhando os autos a fim de ser submetida apenas ao questionamento posterior. Sobre o assunto, constata-se em Morais da Rosa e Khaled:

Que a investigação preliminar se reveste de verniz inquisitorial não é novidade. Mas o Brasil possui peculiaridades, como bem se sabe. Muitos ainda são seduzidos pela ideia de que tudo deve transcorrer em absoluto segredo, como se o investigado/indiciado fosse um estorvo indesejado: um mero detalhe em sua própria persecução penal, na maioria das vezes preso durante o curso da investigação e sem qualquer possibilidade de influir na decisão final através de atos de defesa, sequer tendo garantias mínimas de respeito a seus direitos<sup>367</sup>.

Diante do exposto, é possível asseverar que o problema do modelo misto é que representa, de um lado, uma total perda de identidade do que se acredita e promove em sede das ciências criminais que o empregam. De outro, dada a extensão das incompatibilidades, pode traduzir a opacidade, já que significa o excesso velado, a dissimulação de ideias e o escamoteamento do ‘*status quo*’.

### **1.3 (Re)situando o argumento: entre a inconsciente racionalidade à subjetividade ética infinita**

O processo penal da atualidade não nasceu pronto e acabado. Foi produto de um contexto de manifestações jurídicas e sociais. Em consequência, aquilo que caracteriza o

---

<sup>367</sup> ROSA, Alexandre; KHALED JÚNIOR, Salah. **O culto inquisitório e o inquérito policial como monumento**. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs). Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 57.

processo penal do hoje, é resultado de todas as influências que, ao longo da relativamente recente historicidade humana, formaram e modelaram as instituições. Então, a primeira parte da pesquisa objetivou situar a subjetividade humana no contexto do direito e, partindo do método dialético, considerou a complexidade jurídica e social elemento fundamental à análise. Para isso, o auxílio da filosofia foi substancial, pois forneceu, com base na dinâmica interdisciplinar, os fundamentos críticos à verificação das contribuições materiais e formais do indivíduo no e pelo direito. Em outras palavras, o que se pretendeu determinar foi a conjuntura na qual se encontram inseridos os conceitos (material e formal) de subjetividade e imparcialidade processual penal, até porque estas não são formulações autônomas.

O que se encontrou, nesse sentido, foi um quadro de negação. Assim é que as bases do pensamento jurídico do hoje rejeitaram o humano (na dimensão de sua obscuridade irracional), bem como careceram de reflexão sobre as perspectivas desiguais do direito de punir e respectiva atribuição de sanções. Ocorre que as ilações específicas sobre as ciências criminais demonstraram o quanto o racionalismo e o ‘culto’ da ciência neutral e avaliativa desvincularam das preocupações jurídicas o conteúdo de efetiva salvaguarda pelo núcleo existencial da pessoa.

Em consequência, boa parte do ‘senso comum teórico dos juristas’ repete o mantra da vingança, comum ao sistema penal inquisitório, sufragado pelo sistema misto e ocultado pela crença de que é possível existir um processo penal acusatório apenas formal. A verdade é que a análise do ontem revelou que se deseja muito pouco, hoje, em termos do poder transformador do direito. A mensagem estéril da lei tem sido considerada suficiente e, assim como no período das luzes, o discurso foi o bastante, tanto que se permitiu a retrocessão, operada pela junção do inconciliável.

Isso implica que a pretensa neutralidade, por si, encerra uma tomada de posição. Afinal, entre tantos outros autores citados nestas páginas, Ramalho denunciou que “apesar de sua aparente ‘pureza’ e ‘objetividade’ o positivismo contém forte carga ideológica”<sup>368</sup>, o que significa que o direito não é apenas edificado na teoria, mas também na política. Ademais, o autor exemplifica o perfil ideológico da ciência por meio das seguintes constatações: “quantos estudos científicos não foram feitos para demonstrar a ‘superioridade’ da raça branca? Quantos antropólogos e sociólogos de formação tradicional não têm estudado sociedades por

---

<sup>368</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito**: conceito, objeto, método. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 44.

eles mesmos determinadas ‘primitivas’, partindo do pressuposto de que em tais sociedades há um tipo ‘inferior’ de cultura e organização?”

Com isso, o que quer o autor demonstrar é que a ciência do direito não é neutra. Foi, ao contrário, dogmaticamente moldada no decorrer da história e ensejou a formação de um quadro contraditório e ficcional. Em outras palavras, a crença equivocada no poder de impassibilidade dos atores jurídicos, apesar de aparentemente superada (principalmente pelas críticas verificadas no decorrer do século XX), provocou uma insensibilização quanto ao que o jurista e seu objeto de investigação deve, efetivamente garantir. Daí o espaço entre as acepções formal e material de regras e direitos. Divisão esta que, permitida pelo racionalismo iluminista, segue vigente e possibilita a subsistência de sistemas processuais incapazes de discutir sua própria essência.

Em consequência, as incongruências resultaram na elaboração de uma ideologia predominante que, em que pese a ‘colcha de retalhos’ teóricos, anuiu à consolidação do direito com instrumento de conservação do poder. Assim é que o pensamento jurídico cruzou da Europa para a América Latina, espaço geográfico em que os problemas de consolidação jurídico-social foram agravados por um quadro organizacional humano e de distribuição de riquezas nada isonômico. Assim é que, no Brasil, a pretensão estéril da lei positiva foi albergada pelo desinteresse típico das subjetividades ceifadas por necessidades humanas por alimentos, saúde e dignidade. Considerando este cenário, para Binder, a história da legalidade na América Latina é de fragilidade:

Evidentemente, fragilidade da lei tem sido também fragilidade da razão jurídica. Não apenas porque a razão de Estado tem imperado em nossa história, senão porque também nas relações sociais pouco importou a referência à lei, ou quando tenha sido ela utilizada mais para ratificar o poder do poderoso do que para fortalecer a fraqueza de quem efetivamente precisava recorrer à justiça. Aqui também não podemos falar de crise, senão de um longo processo histórico e social de enfraquecimento que impediu que a institucionalidade se entrelaçasse com nossa vida cotidiana como um sistema de regras igualitárias em vez de um refúgio para privilégios maiores ou menores.<sup>369</sup>

Tudo isso remete a um panorama funesto, em que o espaço destinado ao futuro é de desesperança e conformismo. Afinal, que racionalidade é esta a olvidar as nuances do inconsciente e a varrer para a escuridão as efetivas possibilidades humanas? Qual racionalidade forma o direito e, inclusive em sede do ensino jurídico, perpetua o isolamento entre a técnica e a vida? Ou ainda: como tal racionalidade permite difundir penas e crimes como instrumento de poder? As reflexões até aqui empreendidas demonstraram que, no Brasil

---

<sup>369</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 16.

e no mundo, uma confluência de fatores possibilitou que as respostas a tais questionamentos fossem isoladas e entregues ao plano do relativo esquecimento.

Porém, outro encontro pode estimular uma mudança de perspectivas significativas e elas perpassam pelas possibilidades e limites do sujeito em face do outro. Dito de outra forma, se as matrizes jurídicas se mostram insuficientes porque estabelecidas em um paradigma contraditório, é hora de enfrentar a crise paradigmática e abrir os caminhos do direito à diferentes matrizes teóricas. Assim é que o pensamento levinasiano impele o desenvolvimento de uma nova subjetividade, capaz de atentar para a elaboração de institutos comprometidos com a concretude ética de proteção humana. Por isso que, ao lado da constatação de que há muito ainda por fazer em sede da efetividade no direito, percebeu-se a necessidade de elaboração de conceitos eivados de valores e tendentes à realidade prática, da mesma forma se constatou a inevitabilidade de uma releitura (teórica e substancial) acerca da personificação da função jurisdicional. Isso significa que, no âmbito das ciências criminais, a elaboração segmentada do processo penal deve dar espaço a uma crítica conjugada, apta à consolidação do espaço garantidor iniciada pelo sujeito, bem como pela mentalidade que ele professa.

A vingança inquisitorial precisa ser, então, definitivamente suplantada pela acusatoriedade democrática capaz de preencher a letra fria da lei com efetivos valores existenciais humanos. O que implica considerar a ideologia, ou melhor, identificar qual ideologia melhor atende às pessoas. Nesse ponto, são importantes as lições de Streck sobre a utilização de valores e princípios no processo de interpretação. Para o autor, “os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham/limitam”<sup>370</sup>, para que exista o diálogo entre a faticidade e a ética humanista. Portanto, “a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é a condição de possibilidade, publicize um sentido que será intersubjetivamente controlado e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito”<sup>371</sup>.

Afinal tanto o direito como seus personagens são permeados de ideias, de maneira que as perguntas antes dispostas devem incluir a que pretenda indentificar a qual ‘senhor’ o direito e seus agentes servem? Até porque se a sociedade é desigual, preconceituosa e vingativa, o magistrado também o pode ser ou, alternativamente, representar uma baliza importante a tal modelo. Por isso, a função judicial é relevante, e revela que a imparcialidade, ainda materialmente confundida com neutralidade, precisa ser substituída pela verificação de que o

---

<sup>370</sup> STRECK, Lênio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 59.

<sup>371</sup> STRECK, Lênio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Idem, *ibidem*, p. 59.

juiz é um ser no mundo e, como tal, sofre inúmeras influências. Diante disso, a tarefa nas próximas páginas, é, considerando o conceito teórico-prático em que foi desenvolvida a imparcialidade, defini-la e questioná-la, com fins à apresentação de caminhos possíveis à ruptura inquisitorial e positiva.

Dito de outra forma, a ruptura com o exagerado racionalismo positivo<sup>372</sup> deve evidenciar a falibilidade da subjetividade jurídica, suscetível que é às circunstâncias particulares e às demandas parciais da conjuntura humana e social. Isso significa abordar a imparcialidade tanto pelo que a configura atualmente, quanto com base em uma alusão contextual a ser realizada para além dos sujeitos tradicionais. Em outras palavras, o que se pretende é que, em sede da função judicante, compreenda-se a atribuição garantidora não só dos indivíduos, mas também da estrutura processual transposta à contenção do poder punitivo. Em síntese: a imparcialidade é dever do juiz, do processo e também do procedimento.

Ademais, as utopias são transformadoras e pressupõem o desenvolvimento de mecanismos, a exemplo de um sistema de freios e contrapesos consciente daquilo que o juiz é: um ser humano. Ou ainda: uma metodologia ciente de que o magistrado deve vivenciar a subjetividade ética levinasiana, tanto para colocá-la em prática em termos interpretativos, como para atuar como agente modificador de realidades.

Em síntese: a difícil transformação pressupõe a modificação não apenas do processo penal, mas de toda a ciência jurídica. Para tanto, a análise contextual segue sendo a tarefa das próximas páginas. Isso significa que, a par da maior especificação do objeto à frente empreendida, com a circunscrição da imparcialidade em si, as conexões serão transpostas, também, aos planos nacional e internacional. O objetivo, assim, será definir comparativamente as ‘diferentes’ noções de imparcialidade a fim de que, na sequência e a partir do resultado obtido, ser possível definir sugestões materiais (subjetivas e procedimentais) à transposição da racionalidade inconsciente à subjetividade ética. Tudo isso, com vistas, ao final, à demarcação de uma imparcialidade específica: aquela que se sustenta no outro e existe em função dele.

---

<sup>372</sup> Não se pretende, nestas páginas, estabelecer uma crítica a toda e qualquer vertente jurídica racional, a exemplo da ‘racionalidade material’ defendida por Kriele como fundamento de legitimidade justificadora. A denúncia, de outro lado, refere-se ao agigantamento da racionalidade estrita em detrimento do conhecimento material acerca da indeterminação humana. In: KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**. Trad. de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009, p. 50.



## CAPÍTULO II

### CIRCUNSCRIÇÃO FORMAL E MATERIAL DA IMPARCIALIDADE: ANÁLISE DA APLICABILIDADE (IN)COMPLETA DE UM CONCEITO JURÍDICO

#### 2.1 Parâmetros teórico-legislativos à imparcialidade e a atuação dos personagens da jurisdição

O primeiro capítulo desta pesquisa ocupou-se em refletir criticamente acerca do caminho percorrido pelo processo penal no decorrer da história recente, objetivando a compreensão contextual de vicissitudes e incongruências nele dispostas. Para tanto, descobriu-se que elementos filosóficos, políticos e sociais interferiram na definição de conceitos jurídicos, bem como de seus respectivos conteúdos materiais. Assim, racionalismo e positivismo estabeleceram a fundamentação da ciência jurídica e do processo penal traduzindo conceitos e práticas que devem ser avaliados cientificamente.

Nesse sentido, foi possível perceber que existe um grande espaço entre a formalização e a materialização do direito. Um quadro que é agravado consideravelmente em regiões marginais, como é o caso da América Latina. Em relação ao Brasil, especificamente, o alheamento jurídico resultante de anos de profusão do positivismo e do racionalismo, restou acrescido por uma organização política e social autoritária. Em consequência, o direito brasileiro, tem sido muito mais um elemento de consolidação da estratificação social do que um instrumento de transformação. De modo que, o exercício da jurisdição tem estado limitado por normas e práticas jurídicas consideravelmente dissociadas do mundo da vida. É certo que a crítica respectiva também é extensa, contudo o 'senso comum teórico dos juristas' na expressão waratiana, já referida nestas páginas, segue conferindo protagonismo às concepções tradicionais e irrefletidas acerca dos significados jurídicos.

Tais pontos estão intimamente relacionados à imparcialidade, tema desta pesquisa, até porque como é a jurisdição que operacionaliza os direitos, é também corresponsável pela sua ausência de efetividade, mas não só: julgadores tanto são receptáculo como difundem pensamentos. Por conseguinte, o panorama atual demonstra que, em sede da justiça criminal, a lógica inquisitorial persiste, na medida em que reproduz a figura do inimigo, sem que se estabeleça um raciocínio realmente crítico sobre o etiquetamento, as condições de criminalização, bem como sobre a desigualdade que lhes é intrínseca. Dessa forma, o debate

sobre a acessibilidade a direitos assume um contorno importante em sede das ciências criminais, já que existe grande resistência em considerar o acusado como sujeito de garantias legais. Veja-se, por exemplo, a dificuldade de implantação da audiência de custódia no Brasil, o excesso de prisões cautelares e, principalmente, a influência que a imprensa sensacionalista exerce sobre as decisões judiciais<sup>373</sup>.

Todo esse conjunto revela que as concepções de neutralidade e isenção são falácias, uma vez que a própria estrutura jurídica neutral traduz uma ideologia específica<sup>374</sup>. Ademais, um dos motivos para que isso aconteça reside no fato de que a ‘*práxis*’ do direito<sup>375</sup> é atrelada aos seus personagens, seres humanos, cuja subjetividade sofre influências de experiências educacionais, profissionais e pessoais. Portanto, é possível que o juiz decida também em função de aspectos intersubjetivos. Em consequência, legisladores, teóricos e magistrados têm historicamente tentado salvaguardar o conceito de imparcialidade, separando-o do de neutralidade, o que se mostrou importante, pois a imparcialidade é definida como elemento inafastável da jurisdição, consagrando o direito a um juiz apartidário como seu núcleo essencial. Sobre o assunto, Zaffaroni esclarece que “a jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpre1 eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionalidade e não o seu acidente”<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Audiência de custódia e a resistência de almas inquisitoriais**. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org). Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Ob cit., p. 391. Da mesma obra, ver também CASARA, Rubens. **O processo penal do espetáculo**. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs). Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Op. cit., p. 498.

<sup>374</sup> As discussões genéricas sobre ideologia, bem como acerca da ideologia jurídica prevalente no direito, nos últimos dois séculos, foram realizadas no capítulo I, desta pesquisa. Não obstante e apenas para efeitos de argumentação, Zizek estabelece que “o ponto de partida da crítica da ideologia tem que ser o pleno reconhecimento do fato de que é muito fácil mentir sob o disfarce da verdade. Quando, por exemplo, uma potência ocidental intervém num país do Terceiro Mundo em decorrência de violações dos direitos humanos, pode ser perfeitamente ‘verdadeiro’ que, nesse país, os direitos humanos mais elementares não tem sido respeitados, e que a intervenção ocidental irá efetivamente melhorar o quadro desses direitos. Mesmo assim, essa legitimação é ‘ideológica’, na medida em que deixa de mencionar os verdadeiros motivos da real intervenção (interesses econômicos, etc), o modo mais destacado dessa ‘mentira sob o disfarce de verdade’, nos dias atuais, é o cinismo: com desconcertante franqueza, ‘admite-se tudo’, mas esse pleno reconhecimento de nossos interesses não nos impede, de maneira alguma, de persegui-los; a fórmula do cinismo já não é o clássico enunciado marxista do “eles não sabem, mas é o que estão fazendo”, agora, é “eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas fazem assim mesmo”. In: ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um mapa da ideologia**. Op. cit., p. 14.

<sup>375</sup> Esta expressão se identifica, ao menos parcialmente, a ao movimento de ‘law in action’ ou realismo jurídico. Trata-se de uma teorização que examina a configuração do direito, não apenas como existe na legislação e nos precedentes, mas como é realmente aplicado. In: CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sergio. **Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p.145.

<sup>376</sup> Ver ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 86. Em acepção semelhante, veja-se MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**. Op. cit., p. 48-62.

Ademais, a cisão entre imparcialidade e neutralidade será mais bem demonstrada à frente. Neste momento, entretanto, é suficiente frisar que já restou convencionalizado inexistência de juiz neutro, contudo, há o dever de desvinculação da prestação jurisdicional à conveniência dos envolvidos. Este, então, é o ponto fundamental: o ‘dever’ de imparcialidade é uma característica intrínseca à jurisdição e sua ausência tem o condão de nulificar e deslegitimar a atividade<sup>377</sup>.

A vista disso, a ‘terzietà’, ou a equidistância do magistrado em relação às predileções em debate, é definida por Ferrajoli como “afastamento do juiz dos interesses das partes em causa<sup>378</sup>, ‘independência’ à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes, ‘naturalidade’ à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo<sup>379</sup>. Segue Ferrajoli afirmando que “esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelos envolvidos deve ser tanto pessoal como institucional<sup>380</sup>, na esteira do desmembramento entre imparcialidade subjetiva e objetiva, raciocínio contido em pesquisas teórico-jurídicas, como também em julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Nesse sentido, a referida corte internacional difundiu tanto a desprendida cognição do magistrado quanto as garantias institucionais responsáveis, em abstrato, pela lisura conferida ao processo de elaboração do convencimento.<sup>381</sup>

Dito de outra forma, a imparcialidade é usualmente definida por dois aspectos: o primeiro, pessoal, relacionado ao afastamento subjetivo do magistrado, a ser verificado em cada situação específica; e o segundo está adstrito às vedações e prerrogativas do juiz no exercício da função. Ambos os elementos integram o conceito e legitimam a jurisdição. O

---

<sup>377</sup> Para Herkenhoff “talvez nada neste mundo, mereça mais o vômito da revolta, o esgarço do protesto do que os ‘falsos tribunais’, que encerram uma ‘falsa justiça’, destinada unicamente a sacramentar, com a solenidade de uma toga enlameada, uma sentença prostituída”. In: **Direitos Humanos: uma ideia, muitas vozes**. Aparecida/SP: Editora Santuário, 1998, p. 175.

<sup>378</sup> No mesmo sentido de Ferrajoli, tem-se que “L’ imparzialità del giudice, operante in relazione al singolo processo, attiene peculiarmente alla funzione svolta, per la quale sono necessarie l’ assenza di legami com le parti, l’ indifferenza rispetto agli interessi in conflitto e quindi per il risultato della disputa, la mancanza di pregiudizi inerenti al thema decidendi”. In: UBERTIS, Giulio. Neutralità metodológica del giudice e principio di acquisizione processuale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, nuova serie, anno L, p. 18-30, 2007.

<sup>379</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Op. cit., p. 464-465, afirma ainda que “é supérfluo acrescentar que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento”.

<sup>380</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Idem, p. 465.

<sup>381</sup> Cita-se, para tanto, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 344.

difícil, entretanto, é transpor a referida separação do plano teórico ao prático, já que, se o juiz não é neutro, como poderá cumprir o dever de imparcialidade? Por isso, é importante lembrar que a cisão entre consciente/inconsciente, espírito/realidade é ilusória, de forma que a racionalidade cartesiana<sup>382</sup> — derivada apenas da observação da natureza — foi vencida pelos indicativos de que o homem produz e é produto de seu conjunto.<sup>383</sup>

Em consequência, a tarefa das próximas páginas será, além de descrever a imparcialidade com base em seus elementos fundantes (‘não’ neutralidade, dever de isenção, imparcialidade objetiva e subjetiva), submetê-la à apreciação jurídica contextual e interdisciplinar. Para tanto, o dever de distanciamento será relacionado ao exercício da jurisdição como fundamento do processo heterocompositivo, bem como problematizado com outros princípios, a exemplo de equidade, igualdade e devido processo.

### 2.1.1 Jurisdição, equidade e igualdade: uma digressão pela imparcialidade e suas conexões possíveis

Com base no que se verificou na primeira parte deste trabalho, é possível concluir que o processo penal é um espaço de contradições. Se, por um lado, há um formal movimento à consolidação dos direitos, de outro, constata-se uma grande dificuldade na definição de valores humanos como elemento essencial à aplicação e interpretação de regras jurídicas. Dentro desse contexto, as noções de justiça e igualdade são constantemente questionadas na *práxis*. São, contudo, preceitos inerentes ao exercício da jurisdição, âmbito de aplicação da imparcialidade. Nesse sentido, assegura Bittar: “procederá injustamente o julgador que, por

---

<sup>382</sup> DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Op. cit., p. 68-69. “Nunca dei muita importância as coisas que vinham do meu espírito [...] é possível chegar a conhecimentos muito úteis à vida e que, ao invés desta filosofia especulativa ensinada nas escolas pode-se encontrar uma filosofia prática, mediante a qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos rodeiam, tão distintamente como conhecemos os diversos ofícios de nossos artesãos, poderíamos empregá-las do mesmo modo em todos os usos a que são adequadas e assim nos tornarmos como que senhores e possesores da natureza. Isso é de se desejar não somente para a invenção de uma infinidade de artifícios que nos fariam usufruir, sem trabalho algum, os frutos da terra e de todas as comodidades que nela se encontram, mas também, para a conservação da saúde, que é, por certo, o bem primordial e o fundamento de todos os outros bens desta vida”.

<sup>383</sup> Para GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. Op. cit., p. 234. “Quem irá prestar a tutela jurisdicional é um ser humano integrado por seus fatores internos, por suas experiências emocionais, traumas, vivências ambientais, culturais e ideológicas. Decidir é valorar, construir, considerar os reflexos do fato, das regras e dos princípios. Por isso, ao lado da manipulação consciente dos fatos teóricos, jurídicos, da argumentação, do que pretende o julgador comunicar e quais os efeitos que deseja alcançar, há outros aspectos, como o da determinação inconsciente, da ‘transposição de sentido projetada pelo ser, contextualizado na sua percepção da existência e existindo nela’, ou seja, da projeção inconsciente da presença”.

desejo de vingança ou de gratidão por um dos sujeitos, der causa a uma disparidade entre estes. [...]. Em ambas as hipóteses, o magistrado age parcialmente, não se sobrepondo às partes [...] imperando, antes, a subjetividade do critério de aplicação da justiça”<sup>384</sup>. Por essa razão, a análise feita a seguir procura concebê-la (imparcialidade) na conjuntura da equidade e isonomia, de maneira que será empreendida a partir delas.

Dessa forma, ao analisar o enquadramento entre as ciências do processo e da justiça, Aragonese Alonso estabelece que “el derecho nace cuando el Estado crea órganos para substituir esas explosiones del sentimiento jurídico subjetivo [defesa privada através da força] y administrar objetivamente justicia”<sup>385</sup>, fundamentado no humanismo e na tolerância. Para tanto, segue o autor afirmando, o humanismo pressupõe igualdade entre todos os homens, temperada pela noção de que são únicos e possuem liberdade para o desenvolvimento individual. A tolerância, por sua vez, consiste “en el respecto y consideración hacia las opiniones y prácticas ajenas”<sup>386</sup>. Assim, para Alonso, a jurisdição constitui uma função estatal independente e autônoma com base na qual os conflitos são decididos de forma justa, em substituição à atividade dos particulares. Em consequência, “determinar por la función jurisdiccional el proceso es encerrarse en un círculo vicioso. Porque el proceso responde a una necesidad social, y la jurisdicción es una estructura para satisfacer tal necesidad”<sup>387</sup>. Ademais, isto somente se cumpre mediante critérios objetivos e isonômicos, até para que exista coerência interna e externa do sistema, a lhe conferir legitimidade e aceitabilidade (daí se extrai tanto a importância social da atividade, quanto a relevância do seu conteúdo material).

Entretanto, o caminho à jurisdição foi extenso e, dentre as bases respectivas, foram pronunciados os princípios-garantia de unidade, exclusividade e independência, desenvolvidos historicamente a contar da transição entre Estado natural e moderno<sup>388</sup>. Segundo Machado Maya, isto aconteceu, em um primeiro estágio, com a alocação do homem

<sup>384</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 122.

<sup>385</sup> ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal (Introducción)**. Op. cit., p. 43.

<sup>386</sup> ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal (Introducción)**. Ibidem, p. 43-45.

<sup>387</sup> ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y...** Idem p. 129. No mesmo sentido, mas relacionando a jurisdição ao processo, Grandinetti de Carvalho: “o processo, em síntese, substitui a violência, qualquer que seja a amplitude do termo: desde o fazer justiça com as próprias mãos, até o abusar do poder político, econômico, físico, intelectual, técnico, etc., com o que o sentimento de justiça não pode compactuar. Absorve, enfim, a forma desigual com que a sociedade é moldada e, ao fazê-lo, pretende amortecer tais desigualdades, igualizando, na medida do possível, os homens”. **Estado de Direito e decisão jurídica**: as dimensões não jurídicas do ato de julgar. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 121.

<sup>388</sup> A concepção de estado natural está relacionada ao jusnaturalismo. Segundo Bonavides, “a ideia do direito por principal escopo do estado é um dos fundamentos do jusnaturalismo”. Daí a noção de jurisdição. O estado moderno, por sua vez, também a partir de Bonavides, relaciona-se ao individualismo. Isso significa que as estruturas são complementares e, se o direito tem base estatal, o indivíduo, seus direitos e limitações também o têm. In: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29-30.

ao centro do universo<sup>389</sup> e, por conseguinte, o crescimento da acepção de que as pessoas possuem direitos como vida, propriedade e liberdade<sup>390</sup>. Isso exigiu a superação dos métodos privados de resolução de conflitos, bem como uma diferente organização social, capaz de sufragar as novas garantias às pessoas. Por isso ocorreu o fortalecimento da figura do soberano, palavra da qual deriva o vocábulo soberania<sup>391</sup>. Miranda também a vincula à organização estatal relacionada ao advento do Estado moderno e estabelece que “pressupõe uma ordem interna e uma externa ou internacional em que se insere, envolve capacidade ativa e passiva diante de outros poderes”. Ainda, o autor refere que “se trata tão somente de recortar a posição do Estado frente às demais entidades ou pessoas”<sup>392</sup>, para consolidar o poder de organização de um ente despersonalizado, independente e autônomo, frente as vontades privadas isoladas.

Em consequência, a jurisdição, de maneira assemelhada à que se verifica atualmente, surgiu a partir do aperfeiçoamento do poder estatal vinculado ao Estado moderno. Nos períodos anteriores, dada a concentração do poder na figura do rei, não havia uma função

---

<sup>389</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Op. cit., p. 29-43. Importante também estabelecer que a concepção de soberania estatal foi relativamente substituída, nos ambientes revolucionários francês e americano, pela figura da soberania popular, responsável por vincular o poder à vontade do povo. Em alguns aspectos, a ideia de soberania popular encontra pontos de contato com a democracia clássica, porém, perde relevância na discussão contramajoritária. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 155.

<sup>390</sup> É importante estabelecer, entretanto, que a estrutura desses direitos não está necessariamente relacionada ao bem-estar humano e pode resultar de esquemas relacionados ao poder e à submissão. Nesse sentido, a obra de La Boétie que, apesar de situada em período anterior à conformação da moderna jurisdição, discute filosoficamente o direito à liberdade como direito natural e intrínseco ao humano. Para tanto, no ‘Discurso sobre a servidão voluntária’, o autor apresenta uma interessante relação entre sujeição e tirania com base nos fundamentos pelos quais os homens servem voluntariamente a um governante, a despeito de sua liberdade individual. Boétie explica que a distribuição do poder na sociedade é semelhante a uma pirâmide, sendo repartido de forma escalonada. Assim, “o tirano subjugou os súditos, uns por meio dos outros, e é protegido por aqueles que, se nada valiam, desses deveria proteger-se; e, como se diz, para rachar lenha é preciso alcinha da própria lenha. Eis seus arqueiros, eis os guardas, eis os alabadeiros; não que eles mesmos não sofram, às vezes, por causa dele [tirano], mas estes perdidos e abandonados por Deus e pelos homens contentam-se em aguentar o mal para fazê-lo”. Ainda, assevera Boétie que a servidão voluntária decorre do hábito, religião ou da superstição em torno da figura do soberano. Sobre a sujeição, estabelece também que, portanto, “é o povo que se sujeita, que se corta a garganta, que podendo escolher entre ser subjugado ou ser livre, abandona a liberdade e toma o jugo”. In: BOÉTIE, Etienne de La. **Discurso sobre a servidão voluntária** [1548]. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ª edição, São Paulo: RT, p. 35 e 59. Ademais, a lógica dos direitos individuais foi também fomentada pelas teorias contratualistas que, em sede da teoria política, dão sustentação ao estado moderno. Sobre o assunto, ver: HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil [1651]. Trad. de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003; LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil** [1681]. Trad. de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2005; ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político [1762]. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>391</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Op. cit., p. 12.

<sup>392</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 219 e 225. Ainda, é importante referir que a ideia de soberania também está ligada à legitimidade do poder com base na aprovação popular e à sua respectiva representatividade. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 157.

estatal amplamente delimitada e capaz de resolver os conflitos entre os indivíduos e a favor deles. Maya afirma ainda que, no regime antigo, “pela ausência da noção de independência e porque a jurisdição era exercida em favor dos direitos do Príncipe, e não como garantia das liberdades individuais, sua configuração era outra, bastante diferente da concepção oriunda do Estado Moderno”<sup>393</sup>. Isso significa que a circunscrição do próprio poder jurisdicional tem uma relação direta com a elaboração de soberania que deriva do pensamento racionalista como vertente jurídico-filosófica oitocentista, já que as noções foram desenvolvidas em momentos históricos paralelos e/ou complementares.

Gradativamente, percebeu-se que, a par da garantia de direitos, o poder estatal interno poderia, dada sua configuração absoluta e geral, tornar-se ilimitado<sup>394</sup> e assumir status de arbitrariedade, o que historicamente e, em tese, pretendia-se evitar.<sup>395</sup> Aliás, essa foi uma das premissas da insurgência francesa, que procurou conter o talante discricionário e imensurável dos governantes consolidando a legalidade<sup>396</sup>. Como forma de atenuar o perigo das vontades ilimitadas do soberano, identificou-se que a ordenação do poder estatal não impedia sua divisão em diferentes funções, a partir da idealização de um sistema de freios e contrapesos. Por isso, cabe ressaltar que desde Machiavelli havia primitivas manifestações à limitação da autoridade oficial: “[...] se o príncipe, os aristocratas e o povo governam em conjunto com o Estado, podem com facilidade controlar-se mutuamente”<sup>397</sup>. Locke, por sua vez, avançou ainda mais, a ponto de vislumbrar a necessidade de repartição do comando a partir dos poderes legislativo e executivo. O contratualista inglês, todavia, não anteviu o judiciário, tendo-o estabelecido como parte do executivo<sup>398</sup>.

Assim e estritamente no que tange ao poder jurisdicional, a composição de um ente à resolução dos conflitos acabou se tornando exclusivamente contribuição de Charles de

<sup>393</sup> MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. *Ibidem*, p. 23.

<sup>394</sup> Neste contexto, importante lembrar que poder é poder, detendo uma relação direta com sujeição. Além da conotação geral acerca do poder, difuso e disseminado, é importante referir que as teorias contratualistas legitimaram o controle estatal.

<sup>395</sup> Atualmente, o poder tem sido objeto de muitos estudos, dentre eles, destaca-se a análise empreendida por FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 22<sup>a</sup> edição, 2005, p. 182-183, para quem o poder é difuso e se manifesta de inúmeras formas, em rede, articulando o controle através da disciplina. Normalmente, o poder conflui no Estado, apesar de não se tratar de exclusividade estatal, sendo também perceptível em qualquer relação humana, como família, escola, trabalho, religião, prisão, etc. Ocorre que a arbitrariedade do poder estatal assume maior expressividade, uma vez que detém instrumentos oficiais de sujeição. Sobre o assunto, ver também COHEN, Stanley. **Visões de control social**. *Op. cit.*, p. 259.

<sup>396</sup> Vide observações dispostas no capítulo I junto às discussões sobre positivismo e racionalismo.

<sup>397</sup> MACHIAVELLI, Nicolo. **Comentários sobre a primeira década de Tito Livio**. Trad. de Sérgio Bath, 2<sup>a</sup> edição, Brasília: UnB, 1982, p. 25.

<sup>398</sup> SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris**. São Paulo, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 73-91, p. 86.

Secondat Montesquieu, em virtude de, tanto entre os clássicos (Machiavelli), como entre os contratualistas liberais (Locke), o poder de julgar de forma independente e autônoma não foi individual e separadamente previsto.

A ideia do controle do poder foi, então, desenvolvida no ‘Espírito das Leis’ por meio de uma teoria de distribuição da autoridade com base nas atribuições estatais básicas. Além dessa distinção, a teorização de Montesquieu foi inovadora para a época porque, para além de seus predecessores, o autor conectou todo o seu pensamento a pressupostos liberais importantes, como igualdade e justiça. Para o francês, as relações de equidade precedem as leis positivas, significando que o ser humano é regido intrinsecamente por um senso de justiça relacionado à observância de direitos individuais.<sup>399</sup> É tal base que autorizou, ao menos, em tese, o combate ao despotismo e legitimou a isonomia formal. Em consequência, a divisão dos poderes constituiu, em Montesquieu, instrumento teórico ao exercício da moderação e não arbitrariedade, pois “as bases nascentes da organização constitucional do Estado moderno surgiram assim emancipadas por ele do privilégio absolutista, das enfermidades do poder pessoal”.<sup>400</sup>

Não obstante, considerando os significativos e múltiplos valores jurídico-políticos<sup>401</sup> que a obra desenvolveu, é relevante consignar que, a exemplo das percepções de Machiavelli, Locke e tantos outros, o modelo tripartite francês deve ser lido no seu ambiente constitutivo, de maneira que esteve intrinsecamente voltado à proteção de classes sociais como a aristocracia e a burguesia, esta última, emergente naquele período histórico.<sup>402</sup> Sob essa ótica, a teoria de Montesquieu não deixa de ser uma metodologia com dupla função: limitar para preservar. Isso significa que o autor francês não ofereceu todas as respostas nem esteve imune à consolidação e manutenção de privilégios. Contudo, é inegável que tenha sido um dos grandes responsáveis pela consolidação da ideia de segmentação do poder e pela distinção

---

<sup>399</sup> SORTO, Fredys Orlando. **Montesquieu**: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. Idem, p. 78. Estabelece o autor que para Montesquieu “o ser humano governar-se-ia por quatro leis fundamentais, a saber: a) a paz – fruto do medo que sente diante de tudo; b) a procura de alimentos – devido à necessidade de sobrevivência; c) a atração sexual – em razão da necessidade física que sentem seres da mesma espécie; d) o desejo de viver em sociedade – além do instinto comum a todos os animais, os seres humanos possuem um segundo motivo, a sua natureza racional. Essas quatro leis conduziram o homem à sociedade civil”.

<sup>400</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Op. cit., p. 140.

<sup>401</sup> Para Bonavides “as técnicas da liberdade, os instrumentos de sua proteção, compendiados no princípio da separação dos poderes, mais importantes que a teoria das formas e governo, eis o contributo agigantado da obra de Montesquieu, se é que podemos resumi-la em tão breves palavras” In: **Teoria do Estado**. Ibidem, p. 140.

<sup>402</sup> SORTO, Fredys Orlando. **Montesquieu**: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. Op. cit., p. 86-87. Consigna o autor que Montesquieu, no Espírito das Leis vislumbrou três formas de governo república, monarquia e despotismo. A opção pela república fica clara durante a obra, entretanto, trata-se de uma república fundada na aristocracia, grupo social do pensador. Isso significa que a teoria está limitada pelo contexto temporal em que viveu o autor.



entre as funções e as instituições. Mais do que isso, foi em Montesquieu que se evidenciou a concepção da utilidade e imprescindibilidade de equilíbrio entre os poderes estatais.<sup>403</sup>

Assim sendo, ele basicamente identificou a pluralidade do poder, ao estabelecer que o ser humano é dirigido por leis relacionadas à natureza, religião, costumes, governo e moral, entre outras. Percebeu, também, que tais balizas são constantemente testadas pelo homem, que, “como ser inteligente, viola incessantemente as leis [...]. E, como criatura sensível, torna-se sujeito a mil paixões”<sup>404</sup>. Daí o espírito geral das leis: o controle do espírito humano, bem como da força que o detém. Assim, a separação dos poderes representaria a administração desse domínio, pois “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”<sup>405</sup>, por meio de mecanismos de contenção mútua:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.<sup>406</sup>

Como visto, equidade e liberdade individuais estão na base da teoria tripartite. Mas muito mais do que seus predecessores, Montesquieu percebeu que as garantias respectivas detinham semelhante importância, daí o relevo conferido à jurisdição. Para Bonavides, “Locke vira apenas o homem e a sua liberdade, o homem e seus direitos naturais, sem ter visto o homem e a garantia desta mesma liberdade e desses mesmos direitos”.<sup>407</sup> Como resultado, a jurisdição despontou como poder protetivo e, para tal, caracterizou-se pela unidade, exclusividade e independência<sup>408</sup>.

Nesse contexto, Maya refere que os arranjos da época de Montesquieu, favoreceram a heterocomposição “método de resolução de divergências em que a solução é posta por um terceiro imparcial, situado ‘suprapartes’, decorrendo a eficácia da sua decisão de um

<sup>403</sup> GRAU, Eros. **O direito posto e o direito presuposto**. Op. cit., p. 233-238.

<sup>404</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.

<sup>405</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Ibidem, p. 167.

<sup>406</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Ibidem, p. 168.

<sup>407</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Op. cit., p. 141. Ainda sobre Montesquieu, Bonavides afirma que “o Espírito das Leis é a reflexão madura de um homem que pensou exaustivamente e pesquisou mais exaustivamente do que pensou. Vemos ali o pensador de envergadura, o sociólogo de intuições antecipadoras. Mas vemos principalmente o historiador de ideias, o historiador de instituições, o historiador dos costumes, o historiador das tradições”. Ibidem, p. 143.

<sup>408</sup> Para Aroca, “los jueces y magistrados, em el ejercicio de la potestad jurisdiccional y em cumplimiento de su función, quedan sometidos única e exclusivamente a la ley”. In: AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Op. cit., p. 99.

imperativo legal<sup>409</sup> coativo. Dito de outra forma, foi o processo de ascensão do judiciário como poder autônomo, que desenvolveu a justiça estatal e seus atributos como unidade, exclusividade e independência, que são princípios voltados a garantir o regular exercício da potestatividade jurisdicional. Esta, por sua vez, é circunscrita à aplicação do direito objetivo e à proteção de liberdades fundamentais<sup>410</sup>.

Assim, a natureza complexa da jurisdição decorre do poder que exerce e das relações difusas de sujeição que administra.<sup>411</sup> Em consequência, a função é intrincada em sua essência, produto que é tanto do direito (aspectos formal e material), quanto dos sujeitos envolvidos (abrangendo o processo de interpretação e de decisão, bem como o de legitimação que ocorre no mundo da vida e em sede do senso comum). Muitos autores, porém, divergem acerca do que lhe confere permanência e continuidade.

Neste sentido, para Ortells Ramos, por exemplo, a coisa julgada, a irrevogabilidade e definitividade das decisões caracterizam a jurisdição de forma substancial. Assim, a

<sup>409</sup> MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal**. Op. cit., p. 20-21 e p. 28.

<sup>410</sup> Isso não implica ausência de organizações jurisdicionais antes de Montesquieu. Clara Borges, citando Armando Torrent e Theodor Mommsen, aponta a ‘iurisdictio’ romana, na antiguidade clássica, além de manifestações posteriores como representativas do poder jurisdicional. “Ressalte-se que os magistrados romanos, eleitos anualmente no auge da República (510 a.c - 27 a.c), exerciam a jurisdição e faziam atuar a potestas e o imperium, isto é, com sua própria vontade expressavam a vontade do Estado, de modo a impor a supremacia deste em relação a todo cidadão tanto na cidade quanto na guerra, nem que para isso fosse necessário levantar tropas e comandá-las, requisitar o auxílio das comícios; deter e punir os cidadãos culpados, e também resolver assuntos de direito privado. Já no baixo Império ou no período que se costuma chamar de Dominato (285 a.c – 565 d.c), o monarca absoluto era praticamente o único autorizado a exercer este poder de *dicere ius* e costumava fazê-lo por meio de seus funcionários, que não gozavam de qualquer autonomia e se restringiam ao cumprimento de suas ordens”. A partir de Montesquieu, entretanto a jurisdição assumiu características próprias da idade moderna. In: **Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal**. 2005, 211 p. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR. Ademais, importante ressaltar que para Ferrajoli jurisdição e democracia substancial são corrolários. Assim, independência fica naturalmente vinculada e circunscrita ao processo legitimante dos direitos fundamentais. Em consequência: “en efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la letra en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución”. In: **Derechos y garantías: la ley del mas débil**. 5ª edição, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 26.

<sup>411</sup> No mesmo sentido de Foucault, Boaventura de Souza Santos afirma que “a um nível muito geral, o poder é qualquer relação social regulada por uma troca desigual. É uma relação social porque a sua persistência reside na capacidade que ela tem de reproduzir desigualdade mais através da troca interna do que por determinação externa. As trocas podem abranger virtualmente todas as condições que determinam a acção e a vida, os projectos e as trajetórias pessoais e sociais, tais como bens, serviços, meios, recursos, símbolos, valores, identidades, capacidades, oportunidades, aptidões e interesses. No relativo às relações de poder, o que mais é característico das nossas sociedades é o facto de a desigualdade material estar profundamente entrelaçada com a desigualdade não material sobretudo com a educação desigual, a desigualdade das capacidades representacionais/comunicativas e expressivas e ainda a desigualdade de oportunidades e capacidades para organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas”. In: **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 266-267. Assim, como a jurisdição se manifesta acerca de relações sociais com fundamento em relações jurídicas, a complexidade é intrínseca e se manifesta não apenas pela coerção, mas pela própria estrutura do direito e do judiciário que revelam uma intrincada estrutura de poder. Muitos autores, inclusive, elencam tal exercício de sujeição (formal e informal) como o traço distintivo da jurisdição, a exemplo de COUTINHO, Jacinto de Miranda. **Tópico Especial**. Porto Alegre: PUCRS, 19 e 20 de out. de 2016. (Comunicação oral).

“potestad” é fundamental para defini-la. Já Montero Aroca entende que a atividade sofre influências políticas, assumindo características de relatividade, a depender de cada Estado ou de seu contexto<sup>412</sup>. Então, na esteira desse pensamento, mencionar justiça e igualdade como elementos inerentes ao poder jurisdicional (como pretendeu Montesquieu), é vago e insuficiente, até porque os próprios referenciais também o são.<sup>413</sup>

Talvez tal relação fique mais clara se empreendida com base em outros determinantes, a exemplo da prestação jurisdicional em cada área do conhecimento jurídico, como o penal. O já referido Montero Aroca sustenta que a jurisdição criminal é uma garantia de aplicação do Direito por meio de três monopólios: estatal, judicial e processual, que constituem opções civilizatórias à observância do direito das pessoas e representam a proibição de autotutela ou, dito de outra forma, à ausência de direito subjetivo, entre particulares, na aplicação da lei penal. Para tanto, estabelece que traço fundamental da atividade jurisdicional é a igualdade, que “se vulneraría cuando, sin razones objetivas, la ley [ou o julgador] dispusiera que unas personas recibieran un trato distinto a la hora de ser juzgadas”.<sup>414</sup>

Assim, tanto a justiça, desde Montesquieu, quanto a igualdade, para Aroca, despontam como componentes da função jurisdicional. Além disso, se é possível concluir que a divisão do poder foi teorizada objetivando o combate ao despotismo, também é aceitável inferir que o equilíbrio entre os poderes e a independência da função jurisdicional é condição ao exercício da garantia de direitos. Os elementos estão, portanto, tão imbricados que constituem pressupostos mútuos de existência. Isso significa que expressam uma garantia que se encontra fundamentada em outros elementos igualmente protetivos.

Para Ferrajoli, o conjunto de garantias materiais deve estar acompanhado de garantias formais (processuais), expressas por princípios que respondem a ‘como’ e ‘quando’ julgar. Por isso, estabelece o autor que “a principal garantia processual que forma o pressuposto de

---

<sup>412</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. **Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional em la constitución española**. Madrid: Universidad de Extremadura. (concurso-oposición a la Cátedra de Derecho Procesal), 1984, p. 435. “La actuación del derecho objetivo mediante la potestad jurisdiccional, tiene carácter definitivo y irrevocable, la potestad jurisdiccional es potestad de actuación de derecho en el caso concreto con valor de cosa juzgada”. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho Jurisdiccional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2001, p. 17, “decidida políticamente como la mejor opción que el derecho penal lo aplican exclusivamente los tribunales y precisamente por medio del proceso, esto es, fijada la garantía jurisdiccional, queda por resolver cómo será ese proceso, y para dar respuesta a esta cuestión hay que insistir en los puntos de partida conceptuales”.

<sup>413</sup> O conceito de justiça, por exemplo, deve ser situado no contexto do pensamento dos autores que o formulam, segundo as respectivas variações filosóficas, de tempo e de espaço. Kelsen, Habermas, Perelman e Rawls, elaboraram, cada qual sua ideia de justiça. Nesse contexto, é importante inferir que a noção de justiça, na época de Montesquieu, antes mencionado como precursor da primeira concepção de jurisdição, situava-se no plano da liberdade formal e da proteção e garantia de direitos individuais.

<sup>414</sup> AROCA, Juan Montero; et al. **Derecho Jurisdiccional**. Op. cit., p. 12-13 e 32.

todas as outras, ao menos em sede penal é a ‘submissão à jurisdição’ expressa pelo axioma ‘nulla poena sine iudicio’<sup>415</sup>.

Dito isso e conforme já estabelecido anteriormente, ao lado da concepção de que a jurisdição é estatal e somente estatal, além de que seu exercício se concretiza apenas pelo Judiciário, está a independência, elemento pelo qual juízes e tribunais subordinam-se exclusivamente à lei. Sobre o assunto, importante referir Ferrajoli, que ao abordar a gênese da jurisdição atenta à diferença entre ‘juízes cidadãos’ e ‘juízes magistrados’, estabelecendo que, segundo Montesquieu os julgadores deveriam estar alinhados à primeira figura, composta por pessoas escolhidas dentre o povo, para exercer a função apenas temporariamente<sup>416</sup>. Em outras palavras, os acusados veriam no juiz “um outro de si mesmo” e a transitoriedade seria uma forma de impedir a desenvoltura no decidir, o costume e a indiferença com o outro. Os juízes magistrados, por sua vez, seriam servidores de carreira, conhecedores do direito, mas sujeitos aos vícios da função. Entretanto e em decorrência das limitações de cada um dos modelos, especialmente em função de questões teóricas, foram necessárias adaptações capazes de conciliar a melhor das acepções. Objetivando priorizar o saber jurídico, sem, contudo incorrer nas armadilhas da profissão, surgiram garantias e vedações aptas a conceder ao julgador e à decisão maior confiabilidade. Assim, passou a ser necessário harmonizar “imparcialidade, capacidade técnica, livre convencimento, motivação, independência e sujeição à lei”<sup>417</sup>.

Dito de outra forma, as especificidades da atividade jurisdicional fizeram com que, ao longo do tempo, fossem sendo definidos preceitos (hoje transformados em postulados e princípios) abstratamente capazes de conferir autonomia no exercício do poder jurisdicional, bem com de oferecer mais justiça na resolução de casos concretos. Aduz Ferrajoli que “a sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso, a colocação substancial do juiz”<sup>418</sup>, a ser verificada tanto externa, quanto internamente. Por isso o magistrado não é apenas um sujeito representativo, pois “contrariamente aos poderes executivo e legislativo, que são poderes da

---

<sup>415</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Op. cit., p. 432. O autor também estabelece que “o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas, com exclusividade a um órgão judiciário”. Ibidem, p. 432-433.

<sup>416</sup> Ferrajoli também sustenta que a separação entre juízes cidadãos e juízes magistrados acompanhou a opção entre os métodos acusatório e inquisitório. Assim, “em nome desta concepção popular da jurisdição que o pensamento liberal clássico, lembrando dos horrores da Inquisição, alinhou-se principalmente em favor do modelo ‘juiz cidadão’. In: **Direito e Razão**. Ibidem, p. 462-463.

<sup>417</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Ibidem, p. 462-463.

<sup>418</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Ibidem, p. 464.

maioria, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias<sup>419</sup>.

No que tange à imparcialidade, ressalta-se que este trabalho já apontou a relação entre a lei e a isonomia, de maneira que o tratamento dispensado em juízo (e que materializa o direito de acesso à justiça em termos genéricos<sup>420</sup>) deve ser equânime entre as partes. Sobre o assunto, Ferrajoli sustenta que “a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento<sup>421</sup>. Uma prática, acrescente-se, imbuída do espírito de equivalência e paridade entre as pessoas e direitos. Isso significa que a isenção no que diz respeito aos envolvidos ou a seus interesses, implica mais do que uma regra ou princípio jurídico, representando um valor que fundamenta os demais.

Ainda sobre a relação entre justiça e imparcialidade, Goldschmidt sustenta que “la justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa [...] y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución<sup>422</sup>. O raciocínio é natural: parentelismos não auxiliam a justiça da decisão e deslegitimam a própria função jurisdicional. O problema, entretanto, reside em definir imparcialidade de maneira substancial, até porque a submissão à lei requer que se questione qual sua extensão e conteúdo.

Nesse sentido, Trujillo afirma que, apesar de pouco exploradas juridicamente, as reflexões acerca do assunto são múltiplas, principalmente advindas dos campos da ética e da política. Em sede do direito, a imparcialidade constitui um critério interno de articulação,

---

<sup>419</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Ibidem, p. 464. Para o autor, “o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral, nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira e qual é a falsa”.

<sup>420</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northflee, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988 (reimpressão 2002), p. 12-25. Para os autores o acesso à justiça constitui direito humano fundamental, desenvolvido em ondas: a primeira refere-se à assistência aos pobres, a segunda à representação dos interesses difusos e a terceira, a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, a partir de regras procedimentais que insuflam vida aos direitos substantivos, tornando-os efetivos. A par de se tratar de uma noção não voltada à área criminal e, portanto, de matrizes diferentes, o direito de acesso à justiça importa no que tange à análise da jurisdição à favor do ser humano. Muitos autores referem ao PIDCP, art. 14.1, como fundamento do acesso à justiça, como é o caso de MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. **Introducción al derecho procesal**, 4ª edição, Valência: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 187. Disponível em <http://server1.docfoc.com/uploads/Z2016/01/08/3neiQDAXB5/2bee7195589c019877300d9416b869dd.pdf>. Acesso em 25 de ago. de 2016.

<sup>421</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Op. cit., p. 464.

<sup>422</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso** (la parcialidad y la imparcialidad). Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950, p. 3. Disponível em: [http://www.academia.dederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academia.dederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf). Acesso em: 10 jun. 2016.

conectado com uma exigência de justiça em relação aos sujeitos implicados.<sup>423</sup> Para a autora, a imparcialidade é um elemento que está relacionado à estrutura da jurisdição, assim como, reflexamente, “también podrán considerarse imparciales los actos que derivan del juicio, el procedimiento del juicio, el sujeto del juicio, los elementos del juicio y su resultado”<sup>424</sup>.

Trujillo, entretanto, sustenta que a relação entre imparcialidade, justiça e igualdade requer a verificação do conteúdo material de cada um desses institutos. Para tanto, diferencia a imparcialidade no contexto das justiças comutativa e distributiva, afirmando que a primeira procura estabelecer uma relação entre dar e receber, segundo uma lógica de equivalência. A justiça distributiva, por sua vez, indica “igualdade em proporção geométrica não contínua”, não necessariamente coincidente, contudo, com base em uma justiça corretora ou, em outras palavras, que possibilite o exercício de igualdade na diferença<sup>425</sup>.

O que pretende a autora é estabelecer a associação entre imparcialidade e justiça material ou, dito de outra forma, equalizar direitos na prestação efetiva da jurisdição. Trata-se, na verdade, da verificação da isonomia tendo como foco a análise das condições processuais e substanciais de cada envolvido, por meio de uma percepção de conjunto. Nesses termos, Trujillo sugere que a aplicação da justiça distributiva, em sede da imparcialidade, não importa abandono do critério comutativo, já que ambos estão vinculados e a sentença judicial é manifestada, também, para a generalidade da população. Resta, então, sensibilidade dos atores jurisdicionais a fim de avaliar em que medida cada qual dos elementos (comutativo e distributivo), deverão ser dispostos<sup>426</sup>.

Estabelece ainda que, dada a dificuldade de definição do que seja a imparcialidade, o caminho mais adequado a sua demarcação, começa pela particularização dos indícios de parcialidade. Dentre esses contraindicativos encontra-se a igualdade, circunstância que pode ser verificada no âmbito de duas coordenadas principais: da razão prática (verificável em sede da objetividade do juízo), bem como de realização da justiça. Assim sendo, Trujillo entende que, ao mesmo tempo que a imparcialidade é uma exigência irrenunciável da jurisdição, é impossível abdicar “a la parcialidad propia de la condición humana”.<sup>427</sup> Em termos de

---

<sup>423</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad.**, Op. cit., p. 1 e 45.

<sup>424</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad.**, Ibidem, p. 10.

<sup>425</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad.** Ibidem p. 46 e 59. Sobre a diferença, a autora sustenta “Las partes serán diferentes desde el punto de vista de las diferencias individuales, pero serán presumiblemente semejantes con relación a un parámetro (el que sirve para construir el grupo al que pertenecen). Los parámetros de igualdad y diferencia están estrechamente conectados con los criterios de la distribución [...] En el reparto, la igualdad consiste en la proporcionalidad del criterio de distribución, según el mérito aplicado a cada individuo”.

<sup>426</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad.** Ibidem, p. 45-52.

<sup>427</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad.** Ibidem, p. 10-13.

objetividade do juízo (razão prática), assevera que são necessárias duas acepções de não parcialidade: a epistemológica, relacionada ao saber jurídico, bem como àquela voltada ao equilíbrio material de interesses diversos.

Para que seja possível compreender os dois aspectos que compõem a acepção trujilliana objetiva da imparcialidade, a autora os confronta ao pensamento kantiano e aristotélico. Assim, e considerando que Aristóteles “define la teoría de la verdad como correspondencia o adecuación del intelecto a la realidad”<sup>428</sup>, o juízo prático seria, em princípio, produto de uma ação complexa, consubstanciada na capacidade de decisão consciente, racional, prudente e virtuosa. Ademais, como a vida é contingente e plural, a imparcialidade, para Aristóteles, está ligada à congruente seleção dentre alternativas possíveis. Em síntese, “la razón práctica consistirá, entonces, en el discernimiento del camino, que mejor garantiza la consecución de un fin; o sea, el camino más adecuado entre las diversas opciones”<sup>429</sup>.

Entretanto, é também do pensamento aristotélico que tais escolhas devem deter uma disposição que as antecede, ou seja, um propósito pelo imparcial. Daí que a noção se assemelha à justiça porque requer a presença da voluntariedade. Assim, para o autor, “há diferença entre uma ação injusta e o que é injusto e entre uma ação justa e o que é justo”<sup>430</sup>. Essa distinção estaria adstrita precisamente em atos de vontade, já que os fatos podem acontecer por acidente, ao passo que ações somente podem ser produto do querer positivo<sup>431</sup>.

Nessa acepção, “la imparcialidad, más que centrarse sobre el fruto del juicio – que está referido a la verdad (em su dimension teórica e practiva) y conectado com su conclusión – nos conduce a reflexionar sobre la dinámica de la formación del juicio”<sup>432</sup>. Ademais, como esse processo corresponde a uma ação humana e as atitudes factíveis são muitas, a melhor alternativa, para Aristóteles, corresponde aos atos de homens bons, que não apenas julgam melhor, como o fazem virtuosamente. Essa relação entre imparcialidade e virtude, presente no pensamento aristotélico, confere-lhe uma característica da personalidade que não estaria presente em todas as pessoas. Assim, mais do que definir qual o julgamento imparcial, é relevante circunscrever quem (sujeito) e como (lei) o fará, já que os fatos da vida são manifestação do agir voluntário e involuntário da pessoa.

<sup>428</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Ibidem, p. 20.

<sup>429</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Ibidem, p. 24. Segundo Bittar, Aristóteles considera que “a conduta juridicamente correta, que obedece aos padrões legais estabelecidos pelo legislador, restringe-se à satisfação do conteúdo prescrito pelo estatuto que rege o grupo social” In: **A justiça em Aristóteles**. Op. cit., p. 113.

<sup>430</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Kury. 3ª edição, Brasília: UnB, 1992, p. 104 [1135 a].

<sup>431</sup> BITTAR, C. B. **A justiça em Aristóteles**. Op. cit., p. 117.

<sup>432</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Ibidem, p. 26.

Em síntese, é de Aristóteles: “é por isso que não permitimos que um homem governe e sim a lei, porque um homem pode governar em seu próprio interesse e tornar-se um tirano. Mas a função do governo é ser o guardião da justiça e, se ele é guardião da justiça, também é guardião da igualdade”<sup>433</sup>. A lei, seria, nessa acepção, uma garantia de acertados governos e julgamentos em detrimento dos sujeitos respectivos. Ou seja, havendo bons valores e critérios, inclusive legislativos, durante o processo de tomada de decisão, haveria imparcialidade e justiça. Ademais, “a justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor [...], toda a lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares [...] então é correto, onde legislador foi omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão”<sup>434</sup>. O homem virtuoso é necessário para legislar mas também para suprir lacunas.

Em decorrência, como a adaptação da lei ao caso concreto requer proporcionalidade, a justiça equitativa pressupõe atuação “idêntica em relação a duas outras pessoas”<sup>435</sup>, algo que decorre do desempenho conjunto de legisladores, julgadores e também da vontade geral. Isso foi manifestado na divisão feita pelo autor grego entre justo total (legislativo, universal ou integral) e justo particular corretivo ou distributivo (presente nas relações diretas entre as partes), significando que apesar da ambiguidade, a justiça aristotélica pressupõe um termo diretamente relacionado à equidade e à virtude. Em conclusão, a associação feita por Trujillo entre imparcialidade e equidade parte de Aristóteles e pode ser assim disposta: “juicio de justicia que sea parcial nunca puede ser un juicio justo”<sup>436</sup>, ou, noutras palavras, equilibrado e virtuoso (pela ação da lei e do indivíduo). Entretanto, a autora vai além.

Por isso e, complementarmente, entende também Trujillo que o pensamento kantiano contribui na definição de imparcialidade ao relacioná-la à razão prática que é legisladora universal. Nesse intuito, Kant cria a figura da ‘faculdade do juízo’ que teria como produto a avaliação reflexiva do particular no contexto do universal. Ou seja, “el imperativo categórico se puede entender como la explicación del punto de vista de una formación imparcial de juicio”<sup>437</sup>, que detém a possibilidade de particularizar o universal. Aliás, essa é a diferença entre a faculdade de juízo e as razões pura e prática. Em outras palavras, todas detêm um

<sup>433</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Op. cit., p. 102, [1134 b].

<sup>434</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Ibidem, p. 109 [1137 b].

<sup>435</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Ibidem, p. 101 [1134 a].

<sup>436</sup> TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. Op. cit., p. 32. Não obstante, é importante ressaltar que, segundo Trujillo, para Aristóteles, moralidade, virtude e um bom julgamento estão interligados. Entretanto, o ato de julgar transcende as manifestações de uma ação puramente moral. Trata-se de uma predisposição intelectual. Ou seja, a imparcialidade sempre terá uma relação com o sujeito.

<sup>437</sup> TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. Ibidem, p. 36.



ponto comum, que são as leis universais, mas somente a faculdade do juízo combina essas mesmas regras a cada caso concreto.<sup>438</sup>

Interpretando a faculdade do juízo em Kant, Arendt sustenta que o autor alemão relaciona ao fenômeno do ‘gosto’, cujo conteúdo diz respeito à predileção pelo senso comum. Nesse processo, seria necessário estabelecer “por meio da representação, a distância própria, o afastamento, o não envolvimento ou desinteresse que são requisitos para a aprovação ou desaprovação, à apreciação de algo em seu próprio valor”<sup>439</sup>. Consequentemente, as condições para a imparcialidade seriam a comunicabilidade e a já referida compreensão geral. Esta, por sua vez, representaria “o entendimento comum dos homens”, que é proveniente de uma consciência não totalmente subjetiva.<sup>440</sup> Para tanto, extrai-se do próprio Kant que “por ‘sensus communis’, se tem que entender a ideia de um sentido comunitário, isto é, de uma faculdade de ajuizamento que, em sua reflexão toma em consideração em pensamento (*a priori*), o modo de representação de qualquer outro”<sup>441</sup>. É uma espécie de juízo universal, porém, sem conteúdo normativo geral, já que a disposição é intersubjetiva. Assim, o desinteresse pelas partes é mais uma vontade de atuar pelo bem de todos do que uma desvinculação individual pura e simples.

Consequentemente, a faculdade do juízo kantiana introduz à imparcialidade um aspecto procedimental, já que é imprescindível definir quais operações serão necessárias ao ajuste respectivo. Trata-se de buscar, no ato de julgar, um sentido que venha a servir como regra universal, e que esteja alheio aos encantos e emoções. Logo, “la imparcialidad supone la validez para todos. Por otro lado, en el juicio reflexionante, la imparcialidad se consigue mediante la intersubjetividad como mecanismo cognoscitivo”<sup>442</sup>.

---

<sup>438</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Ibidem, p. 36. Assevera a autora: “a partir de Kant la estructura del juicio – sea determinante o reflexionante – será siempre la misma y válida para todo tipo de juicio: consistirá en conectar lo universal a lo particular, aplicar la regla (universal) al caso concreto (particular), encontrando para cada caso particular la regla general. Se trata de una estructura compleja que requiere diversos pasos: la identificación de lo particular, el reconocimiento de lo universal y la conexión entre lo uno y lo otro [...] Los juicios de la razón pura y de la razón práctica presentan la misma estructura, pero divergen del juicio de la facultad que lleva ese nombre. El eje del juicio teórico y práctico es, para Kant, la universalización. También la facultad de juicio, em si misma, está orientada hacia la universalización pero con la diferencia, como ya dijimos, que lo universal no viene dado ‘a priori’”.

<sup>439</sup> ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Tradução de André Duarte de Macedo, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 86.

<sup>440</sup> ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Ibidem, p. 86 e 90. A natureza não subjetiva do senso comum é exemplificada por Kant a partir da seguinte premissa “o belo interessa apenas em sociedade [...] um homem abandonado em uma ilha deserta não enfeitaria sua cabana ou a si mesmo [...] o homem não se contenta com um objeto se não pode satisfazer-se com ele em comum com os outros”.

<sup>441</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo** [1790]. Trad. de Valério Rohden e Antônio Marques. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 139-140.

<sup>442</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Op. cit., p. 41.

Isso significa, em síntese, que ao utilizar Aristóteles e Kant para definir imparcialidade, Trujillo considera, inicialmente, sua relação direta com a justiça e a igualdade formal. Daí que o aspecto fundamental apontado pela autora refere-se ao conteúdo destes elementos, algo que já é verificado por meio da virtude, ou ainda, no aspecto comunitário kantiano. Nesse sentido, é inegável que tanto no pensamento aristotélico quanto no kantiano, imparcialidade transpõe a vinculação a determinado interesse. Então, em análise dos clássicos, existem diversas maneiras de conceber a imparcialidade: como capacidade à formulação de julgamentos acertados que partem do conhecimento profundo do que existe, como parte integrante da virtude da justiça; como universalidade da lei; e/ou como elemento vinculado à comunicabilidade e ao consenso.<sup>443</sup> O avanço de Trujillo, entretanto, encontra-se na construção de um conceito material de imparcialidade, com intuito de asseverar que é necessário assegurar sua vinculação às diferenças, algo que Aristóteles e Kant não fazem, porque estão adstritos ao formal.<sup>444</sup> Em síntese: tradicionalmente o instituto sempre deteve relação com justiça, isenção e equilíbrio. As concepções atuais, todavia, avançam para sustentar que em condições de desigualdade material, um julgamento imparcial requer a participação daquele que julga, assegurando igualdade de condições.

Ademais e na mesma esteira de Trujillo, Montero Aroca observa a incompletude do tema, bem como a escassez de trabalhos até a década de 1980. Segundo o autor, foi nesse período que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos julgou a questão, em alguns casos significativos, e a doutrina internacional passou (ainda que de bastante forma limitada)<sup>445</sup>, a analisar o assunto. Acerca do mérito, Aroca assevera que, com a vinculação do juiz a qualquer das partes “se estaria desvirtuando el proceso mismo, la manera en que este há sido regulado, pues entonces la convicción del juez sentenciador podría basarse en algo distinto de lo oído y visto en el juicio”<sup>446</sup>. Aroca ainda estabelece que “la comprensión de qué es la imparcialidad judicial pasa por precisar primero lo que es la función jurisdiccional, por dejar establecido que ésta consiste en actuar el Derecho en el caso concreto”<sup>447</sup>.

Tudo isso manifesta que a jurisdição enquanto exercício do poder estatal responsável pela substituição da defesa privada aos direitos, deve ser submetida a balizas e valores claros.

---

<sup>443</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Ibidem, p. 44.

<sup>444</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Ibidem, p. 43-44.

<sup>445</sup> AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Op. cit., p. 214.

<sup>446</sup> AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Ibidem, p. 16.

<sup>447</sup> AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Ibidem, p. 215.

Assim, se a jurisdição foi teorizada com o objetivo de limitar o poder em prol das pessoas, isso, por si só, transmite a principal condicionante do agir jurisdicional, manifestado por meio do dever de imparcialidade (que controla desejos e evidencia os direitos à justiça, igualdade, entre tantos outros).

Em outras palavras, é possível inferir que a análise material da questão deve considerar dois pontos principais: o primeiro está relacionado ao conteúdo da jurisdição propriamente dita; o segundo refere-se ao fato de que o que está em julgamento é a demanda das partes e não as propensões intrínsecas do juiz<sup>448</sup>. Ainda sobre o assunto, pela prerrogativa jurisdicional, todos, individual ou coletivamente, poderão ouvir e manifestar-se em sede judicial, além de objetivar a ponderação distributiva e comutativamente isonômica de cada conflito. A discricionariedade, de outro lado, requer um controle semântico e principalmente hermenêutico, sob pena de, durante o processo de adequação da lei ao fato, as interpretações possíveis representarem a prevalência do interesse ou interesses que, subjetivamente, correspondam às concepções de quem julga.<sup>449</sup>

O problema, dessa forma, relaciona-se não apenas às compreensões acerca de igualdade, justiça e imparcialidade, mas também do que é o direito e de quem são seus intérpretes. Por isso, na primeira parte desta pesquisa, verificou-se o quão complexos e paradoxais são pensamentos e *práxis* jurídicas da atualidade. Um dos influxos abordados foi o positivismo e, apesar de ter sido apresentado como uma manifestação científica estéril e puramente normativa (em sua gênese), Streck alerta para sua antítese, consubstanciada na ideia de que o direito constitui uma mera racionalidade instrumental, sujeita a ilimitadas possibilidades hermenêuticas<sup>450</sup>.

---

<sup>448</sup> No que tange à complexidade do assunto, assume relevância o conteúdo psicológico das decisões judiciais. Nesse sentido, sustenta Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho que é necessário “somente reconhecer que o ato de julgar também tem uma dimensão inconsciente que se projeta nas decisões. Por vezes, elas ajudam a fazer justiça; outras vezes podem afastá-la. Não se trata de má fé do julgador, que, na maioria das vezes, está convicto de que está fazendo justiça; mas, às vezes, pode estar traído pelo seu inconsciente”. In: **Estado de Direito e decisão jurídica**: as dimensões não jurídicas do ato de julgar. Op. cit., p. 126.

<sup>449</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. para o espanhol de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edição (1ª reimpressão) 2008, p. 31. Refere o autor: “se debe constatar que al decisor no deben ser indiferentes las convicciones de aquellos en cuyo nombre habla, ya que, si decide como juez, su decisión es pronunciada en nombre del pueblo. Tampoco podrá prescindir, sin más, de los resultados de un proceso de discusión a lo largo de innumerables generaciones de juristas. De aquí se desprende claramente que la alternativa no puede ser: orientación hacia las propias ideas, o hacia las de aquellos en cuyo nombre se aplica el Derecho [...]”. Sobre o assunto, importante aludir ao entendimento de Streck, para quem Alexy equivocadamente defende a correção moral do direito como fundamento à discricionariedade. Streck, alternativamente, opõe-se à discricionariedade judicial a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin, para quem regras e princípios são imprescindíveis a um julgamento acertadamente circunscrito pelo direito. In: **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Op. cit., p. 51 e 59.

<sup>450</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Op. cit, p. 73.

Em retrospectiva, quando se referiu ao positivismo, a alusão empreendida foi no sentido de observá-lo como responsável pela ausência de efetividade, de conteúdo às regras jurídicas e, principalmente, pelo afastamento de valores humanos ao que se considera como válido. Nesse aspecto, as proposições não são distintas, já que Streck alerta para mesma falta de comprometimento material e valorativo com o que se vai decidir. A diferença, então, cinge-se ao fato de que, para o positivismo clássico, a diretriz era de não interpretar, ao passo de que, atualmente, não há suficiente delimitação sobre as necessárias balizas entre a deliberação, o direito e o enunciado normativo<sup>451</sup>. Em outras palavras, o quadro de desequilíbrio permanece, apesar de estar situado em extremos opostos. Para tanto, Streck denomina a vertente hodierna de pós-positivismo normativista kelseniano:

Desde quando obedecer uma lei nos seus mínimos detalhes é ‘ser um positivista’? [...] Nesse ponto cabe uma explicação mais detalhada: quando falamos em positivismo e pós-positivismo, torna-se necessário, já de início, deixar claro o ‘lugar da fala’, isto é, sobre ‘o quê’ estamos falando. Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que permite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais).<sup>452</sup>

Dito de outra forma, o giro hermenêutico operado pelo positivismo clássico e atual, passou do extremo apego à legalidade a um modelo que delegou ao juiz, a par do culto aparente à legislação, possibilidades ilimitadas de interpretação da ‘vontade do legislador’. Continua Streck aduzindo que “tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que estão ‘descolados’ (no caso, as posturas axiologistas, realistas, etc.), são positivistas”<sup>453</sup>. Também no sentido de refutar a atividade judicante puramente subjetiva e irrestrita, Ferrajoli adverte que em sede de ciências humanas, o silogismo é insuficiente, limitado, revelando o caráter inevitavelmente opinativo da verdade das teses judiciais<sup>454</sup>.

<sup>451</sup>Ver nota 236, a respeito da diferença entre norma (conteúdo jurídico material) e o enunciado normativo propriamente dito.

<sup>452</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Op. cit., p. 85. Sobre as dimensões positivistas, o autor estabelece: “na verdade, confundem-se conceitos. Vejamos: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo), é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas, em torna da ‘proibição de interpretar’, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas, que identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma questão menor”. Ibidem, p. 85.

<sup>453</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Ibidem, p. 90. Em síntese, a grande questão, para Streck, é não limitar a atividade judicante à estrita legalidade (positivismo), mas também não se trata de autorizar toda e qualquer possibilidade hermenêutica. Em paralelo à Aristóteles e Kant, haveria elementos universais, responsáveis pela remissão ao bem comum.

<sup>454</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão**. Op. cit., p. 45-49.

Então, apesar de fundados em matrizes relativamente diferentes (hermenêutica filosófica e garantismo), o que Streck e Ferrajoli propõem é uma compreensão ampliada de regras e normas jurídicas, para atingir seu conteúdo e difundir “uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito, uma legalidade que se forma no horizonte do que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional”<sup>455</sup>. De forma que, em sede da imparcialidade, “cumprir a letra da lei, significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável”<sup>456</sup>, já que ela está (ou deveria estar) imbuída de valores jurídicos que transcendem aos julgadores e intérpretes.

Dito isto, a submissão ao texto legal merece temperamentos específicos, pois segundo o que estabelece Grandinetti de Carvalho, “o recurso à lei não deixa de ser uma tentativa de extirpar as deformações pessoais do julgador, submetendo-o somente à segurança da lei [...] Não se pretende destituir a lei do seu pedestal de importância. Só não se pode tomar-lhe como absoluta, neutra e indiscutível”<sup>457</sup>, devendo passar pelo filtro axiológico e sistemático que lhe garante legitimidade. O penoso, entretanto, é definir os limites jurídicos de tais elementos legitimantes, já que “se a Constituição servia como elemento de fronteira para lidar com a lei, uma observação mais atenta revelará que as fronteiras não só têm autoria, como se deslocam ao comando destas autorias”<sup>458</sup>.

Disso advém que assim como se exige do magistrado uma postura compatível com elementos constitucionais e valorativos de proteção ao ser humano, é preciso considerar que “também a lei não é produto singular, alheada da complexidade social. É, por excelência, um produto ideológico, com o qual se deve lidar ideologicamente e não alienadamente”<sup>459</sup>. Por isso, alerta o autor que, ao decidir, o juiz deve questionar a quem serve a lei objeto do provimento judicial, objetivando confrontá-la ao que dispõe a carta magna e desenvolver “um antídoto contra a alienação do processo decisório”<sup>460</sup>. Isso porque assim como o juiz, a lei que

---

<sup>455</sup> A acepção já foi referida nas páginas anteriores, quando se relacionou a proteção de Direitos Humanos nos planos externo (diplomas internacionais) e interno (Constituição Federal de 1988) à questão valorativa e interpretativa relacionada à proteção da pessoa (individual e coletivamente). Para tanto, reitera-se: a ideia de direitos humanos, soberania do povo e solidariedade determinam a “autocompreensão normativa de estados de direito democráticos”. In: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Op. cit., p. 27-30

<sup>456</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Ibidem, p. 90.

<sup>457</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de Direito e decisão jurídica...** Op. cit., p. 122.

<sup>458</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de Direito e decisão jurídica...** Ibidem, p. 123.

<sup>459</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de Direito e decisão jurídica.** Ibidem, p. 123.

<sup>460</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de Direito e decisão jurídica...** Ibidem, p. 123-124. Nada, porém é absoluto e o questionamento deve integrar o conhecimento. Neste sentido, Popper refere que “as experiências e observações mais interessantes foram planejadas cuidadosamente para testar nossas teorias – especialmente as novas teorias” In: POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**. Trad. de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 241.

lhe serve de parâmetro também pode ser parcial, representando a escolha de grupos que manifestam relações de poder específicas.

Então, não se trata de qualquer interpretação ou de qualquer texto legal, implicando que a contraposição dos elementos igualdade, justiça e imparcialidade à jurisdição revela o conteúdo axiológico protetivo, que é razão de ser do próprio poder jurisdicional. As limitações daí decorrentes nascem pela lei e são direcionadas por ela. Em outras palavras, a aceção da legalidade deve estar atrelada ao sentido constitucional que lhe é inerente, para identificar em qualquer texto legal, sobretudo os relativos às ciências criminais, se a função assecuratória humana está presente<sup>461</sup>.

Daí denota-se que a imparcialidade é um elemento tão complexo quanto o processo judicial ou, especificamente, o processo penal em que se encontra inserida, já que envolve equidistância, elementos subjetivos conscientes e inconscientes, além de uma análise legislativa sistemática e valorativa.

Sobre o assunto, Trujillo sustenta que “la imparcialidad es, pues, un principio – el motor – que sirve de la generalidad de las reglas para aumentar el nivel de igualdad. La igualdad como característica de las reglas es instrumental para la imparcialidad e instrumento de la imparcialidad”. Ademais, a autora afirma que a relação (dialética) entre imparcialidade e igualdade, constitui um dos traços do debate sobre a justiça na atualidade. No que tange à interpretação, Trujillo também relaciona igualdade e hermenêutica ao sustentar que ao lado dos muitos âmbitos problemáticos acerca dos temas, insere-se “la aplicación imparcial y la interpretación coherente de las reglas”.<sup>462</sup>

Em síntese, dada a generalidade dos direitos, pertencentes a todos e a cada um, a isonomia desponta como uma expressão do exercício jurisdicional sem favorecimentos, ao passo que o dever de imparcialidade garante, não apenas a igualdade de tratamento e de condições (no que tange ao seu aspecto distributivo) mas, principalmente, a salvaguarda de que inexistirão exames tendenciosos no processo de adequação e interpretação. Assim, em sede fática e legal, deverão ser considerados elementos eminentemente constitucionais, a fim de que o julgamento configure uma expressão de justiça.

---

<sup>461</sup> Relativamente à “cuestión hermenéutica sobre cómo conviene leer los textos”, Franco Cordero refere: “es obvio: en el sentido racional y coherente con el sistema, evitando deducciones estrambóticas, extravagancias y funambulismos. Que el incompatible [...] es incapaz [...], y siendo tales contextos más nocivos que las incompatibilidades reguladas en los artículos 18 y siguientes del ordenamiento judicial (referentes al despacho, a causa de parentesco por consanguinidad o afinidad [...])” In: CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I, *Ibidem.*, p. 145-146.

<sup>462</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Op. cit, p. 53-54.

Tudo isso implica uma perspectiva do direito e das ciências criminais diferente da que se apresenta no momento presente. Importa o rompimento com a dogmática positiva com o propósito de se perceber a centralidade do ser humano, para além do iluminismo humanista formal. Significa, no dizer de Trujillo, distribuir justiça pela diferença e ampliar as perspectivas de igualdade. Representa, substancial e principalmente, estabelecer uma crítica do direito “vista como um deslocamento epistêmico [...], a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial” e, ainda, acarreta romper com o senso comum teórico dos juristas, referido por Warat há mais de trinta anos.<sup>463</sup>

Em consequência, toda aquela complexidade paradoxal, verificada nas páginas anteriores, é também perceptível nos elementos que compõem o processo penal. Mas precisa ser enfrentada, sob pena de as discussões sobre justiça, imparcialidade e igualdade tornarem-se inócuas em razão do enorme espaço entre academia e *práxis*. De modo que o juiz deve atuar de acordo com a função que exerce basicamente sob dois filtros: o da normatividade constitucional e o de controle da subjetividade axiológica.

Para tanto, nas páginas anteriores, consignou-se que a jurisdição está submetida às leis, mas somente àquelas cuja validade e vigência sejam conferidas, em interpretação sistemática, pelo seu fundamento de existência: limitação ao poder para a proteção dos indivíduos. Com base nisso, o juiz deve postular a hermenêutica da alteridade.

O caminho da subjetividade, de outro lado, é mais tortuoso, pois implica meandros conscientes e inconscientes a serem sopesados pelo julgador e, dependendo da hipótese, controlados na análise do conflito entre as partes. Ocorre que conferir a tarefa apenas ao magistrado representa outro redutor da complexidade, uma, porque muitas das lesões são incognoscíveis; duas porque em uma estrutura democrática e plural, é insuficiente “confiar na bondade do bons”. Isto representa que o processo penal precisa, a partir do enfrentamento amplo do problema, estabelecer balizas claras (fundacionais e procedimentais) sobre o assunto. Acerca desse ponto, colhe-se de Agostinho Ramalho Neto:

Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘*a priori*’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas. [...] O Juiz tem esse lugar de árbitro, do terceiro e nisso mesmo ele está implicado. Quando digo árbitro, não digo arbítrio. Esse lugar de Outro do Juiz não é lugar de arbítrio, nem de neutralidade. A neutralidade é a dissolução do lugar do juiz, o que não quer dizer que o juiz deva ser sectário, partidário, etc. Mas o Juiz está subjetivamente implicado em sua decisão.<sup>464</sup>

<sup>463</sup> WARAT, Luis Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Op. cit., p. 50.

<sup>464</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 43.

Isso significa que os parâmetros existentes são módicos, eis que ainda adstritos a aspectos formais e positivos. A pergunta que permanece, portanto, diz respeito ao caminho a percorrer e refere-se, especificamente, à materialidade da jurisdição e aos valores a ela intrínsecos. Nesse contexto, a pesquisa segue com a proposta de diagnóstico, objetivando conhecer a construção atual e jurídica da imparcialidade, para confrontá-la ao que foi empreendido anteriormente e, ao final, estabelecer adequações possíveis no âmbito do processo penal.

### 2.1.2 Imparcialidade como elemento essencial à efetividade jurisdicional: a relação com princípios processuais correlatos

Conforme consignado anteriormente, a equidistância do magistrado em relação às partes é substancial à condução do equilíbrio processual e, por conseguinte à isonomia. Portanto, em uma análise preliminar, a imparcialidade representa a ausência de predisposição e inclinação do julgador para com os argumentos de qualquer um dos envolvidos. Contudo, em uma verificação mais ampliada, é possível transcender a ideia para alcançar a relevância da imparcialidade na efetivação da jurisdição e de princípios orientadores do processo penal, como contraditório, plena defesa e devido processo legal. Daí que, com inobservância da imparcialidade e favorecimento ao argumento unilateral, tais postulados, fundamentais ao processo, serão apenas aparentes, destituídos de conteúdo. Em consequência, a atividade jurisdicional perderá legitimidade existencial.<sup>465</sup>

A questão é que como o juiz personifica o estado-jurisdição, atuando como terceiro no âmbito do processo heterocompositivo, deve agir como guardião dos direitos e garantias dos envolvidos, elementos que conferem guarida à própria lidimidade estatal. Para tanto, Montero Aroca sustenta que a ausência de imparcialidade estabelece um vício profundo e significa desconhecer a essência do que é a jurisdição em um caso concreto. Em outras palavras, a lesão decorrente de um julgamento viciado verifica-se “en primer lugar, el requisito de la jurisdicción de que há conocer de asuntos de otros”.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> A respeito, ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Op. cit., p. 297.

<sup>466</sup> AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del Juez...** Op. cit., p. 187. No mesmo sentido, MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. **Introducción al derecho procesal**. Op. cit., p. 215. Para os autores, existem princípios inerentes a estrutura processual jurisdicional heterocompositiva, como o contraditório e a igualdade.



Nesse contexto, Aragonese Alonso define a imparcialidade como princípio supremo do processo. Para tanto, com base em Werner Goldschmidt, retoma a aceção de que “la imparcialidad no significa no ser parte [...] es una especie determinada de motivacion, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar com exactitud, de resolver justa o legalmente”.<sup>467</sup> A referência de Alonso à Goldschmidt justifica-se pela distinção entre parcialidade e parcialidade realizada pelo autor alemão ainda em meados do século XX (antes da intensificação do debate respectivo), bem como pela abordagem do instituto sob a roupagem de uma motivação e um dever, transcendendo aos interesses em questão.<sup>468</sup>

Para Goldschmidt, entre ser parte (parcialidade) e atuar de forma vinculada (parcialidade) existe um longo espaço interpretativo e fático. O autor expressamente refere que “una cosa es ser parte, y otra (si bien facilmente enlazada a ella) ser parcial”<sup>469</sup>. Em síntese, o que Goldschmidt faz é distinguir os elementos, a ponto de encontrar imparcialidade inclusive naqueles que ocupam pólos opostos da ação. Sendo assim, sustenta que tal encargo é amplo (apesar de distribuído de forma heterogênea), atingindo todos os sujeitos envolvidos, em maior ou menor proporção.<sup>470</sup>

Em outras palavras, o autor difere os institutos, mas afirma que mesmo os diretamente envolvidos poderão (e deverão) ser imparciais: em maior proporção, no que tange às partes em sentido formal ou menor, no que se refere às obrigações daqueles materialmente implicados em ação judicial<sup>471</sup>. A vista disso, entretanto, é importante destacar que as afirmações do autor relativas ao dever das partes são dispostas de maneira semelhante ao que atualmente se entende por lealdade processual.

Por conseguinte, a imparcialidade entre os adversários corresponderia a um comportamento íntegro e comprometido, englobando a defesa de interesses particulares com base em mútuo, na confiança e na colaboração. A contradição, contudo, refere-se ao fato de

<sup>467</sup> ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal...** Op. cit., p. 127 e 132.

<sup>468</sup> Já no início do texto, Goldschmidt assevera que “extránamente, no se consigna como uno de los principios fundamentales del proceso el de la imparcialidad”. Não obstante, ao final de suas reflexões sobre o assunto, o autor afirma: “el establecimiento del principio de imparcialidad, como uno de los principios fundamentales del proceso, arroja a la vez luz sobre la inconfundible particularidad del Derecho Procesal y su oposición al Derecho Material”. In: GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Op. cit., p. 4 e 21.

<sup>469</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Ibidem, p. 4.

<sup>470</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Ibidem, p. 6-8.

<sup>471</sup> Recorde-se que a dinâmica entre partes em sentido formal ou material guarda uma identidade importante com a titularidade dos direitos materiais. Isso significa que as partes detêm legitimidade para figurar em cada pólo processual, entretanto, não necessariamente guardam consonância com os direitos em questão, a exemplo do Ministério Público em matéria penal.

que, para o autor, tal postura (imparcial) é utópica<sup>472</sup> e, ao mesmo tempo, necessária, já que as partes possuem meios ‘insubstituíveis’ de informações, derivados do autoconhecimento. Isso significa que a contribuição dos envolvidos não pode ser desprezada, porém deve ser analisada com prudência. Daí que, objetivando controlar argumentos contaminados (consciente ou inconscientemente) pelos interesses de cada um<sup>473</sup>, a solução encontrada foi temperar o desejo pela boa fé<sup>474</sup> com a demarcação e limitação da obrigação de cooperar em juízo. Portanto, procedimentos, deveres e sanções processuais foram edificados também para demonstrar a existência de regras no âmbito da atividade judicante.

No que tange ao julgador, Goldschmidt entende que o dever de lealdade (imparcialidade) é maior, o que torna ainda mais sério o problema de eventual contágio. Assim, apesar de o juiz “no es parte material en sentido estricto; ello no excluye que en los casos aludidos tenga interes en una de las posiciones de la controversia”<sup>475</sup>. Ou, como prefere Alcalá-Zamora y Castillo, a contaminação de interesses e consequente parcialidade ocorre nas hipóteses em que “el juzgador penetra en area de las partes”<sup>476</sup> para defender os argumentos respectivos ou para satisfazer predileções pessoais alinhadas às em debate. Dito de outra forma, não é necessário ser parte (a par de todas as inerentes implicações) para agir parcialmente e atingir todas as implicações decorrentes da “parcialidade e parcialidade”.

---

<sup>472</sup> Para fundamentar tal paradoxo, é importante esclarecer que Goldschmidt não utiliza diretamente o termo utopia. A expressão, contudo, já foi empregada no contexto deste trabalho, em conformidade com o que Thomas More apresentou na obra *Utopia*. Trata-se do espírito transcendental de esperança que, por si só, cumpre um papel de motivação e transformação da realidade. Dificilmente alcançável, mas uma aspiração, um dever, algo a ser perseguido. Tal ânimo também parece despontar do pensamento de Goldschmidt sobre a imparcialidade que seria uma conduta consciente.

<sup>473</sup> Objetivando respaldar suas concepções relativas aos elementos subjetivos da parcialidade, Goldschmidt traça um paralelo entre a questão e o materialismo histórico, ao que remonta aos ensinamentos de Bacon sobre os ídolos para afirmar a influência emocional e intelectual dos modelos pré-estabelecidos. Ainda sobre as “aberraciones intelectuales e las desviaciones emocionales”, cita Helvétius, Holbach e Schopenhauer. Marx é referido no que tange à ideologia, como “teoria de las ideas, e ideas no son entidades, en el sentido de Platón, sino elementos sensualistas del conocimiento”. Lukacs e principalmente Manheim são abordados no sentido de que “o pensamiento humano es condicionado de modo ineludible por el punto de vista del pensador”. A psicanálise e a filosofia da História também são aludidos com base em semelhantes premissas. Tudo para, ao final, o autor concluir que “el resultado de este breve esbozo de la sociología del saber, demuestra que, con excepción de los marxistas, siempre se há sostenido la posibilidad de vencer los obstáculos emocionales de un conocimiento parcial”. In: GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico...** Op. cit., p. 11-15.

<sup>474</sup> Analogicamente ao processo penal, a boa fé objetiva encontra-se positivada em sede do direito civil brasileiro, em especial, nos arts 113 e 422 CC/2002. Para tanto, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves a definem como “um modelo ético de conduta social, verdadeiro ‘standard’ jurídico ou regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança de outra parte”. A boa fé, sustentam os autores, deriva do princípio constitucional de dignidade da pessoa humana e, portanto, é válido para toda e qualquer atuação dentro e fora da ação jurisdicional. In: **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007, p. 57.

<sup>475</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Ibidem, p. 11.

<sup>476</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1ª reimpressão, 1992, p. 248.

Em outras palavras, apesar de o magistrado deter o dever de atuar como um terceiro, ele pode, em concreto, possuir íntimas convicções que coincidam com o pretendido pelos defensores de um dos pólos processuais, motivando o desequilíbrio. Assim, ao lado do encargo de probidade entre as partes, encontra-se a atribuição primordial de o julgador agir com isenção quanto ao conflito, ao ordenamento e, ainda, em relação a suas vontades pessoais. Trata-se de importante divisor entre ser parte e ser parcial. Para tanto, Goldschmidt define a imparcialidade como um dever, uma tarefa contínua, a ser executada pelo juiz, de autocontrole das motivações de ordem subjetiva:

La imparcialidad consiste en poner en paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad es en la órbita intelectual. También se distinguen la imparcialidad y la justicia. La primera enfoca la motivación, la segunda el contenido de los actos; la primera es negativa y ahuyenta las influencias subjetivas, la segunda es positiva y atribuye a cada uno algo, por respecto a su particular personalidad.<sup>477</sup>

Em decorrência, o pensamento do autor supracitado assume relevância ao associar elementos imateriais ao exercício da jurisdição, alertando à interferência de aspectos subjetivos ao ato de julgar. A respeito, André Maya sustenta que “na ótica do autor, a imparcialidade não pode ser reduzida a uma concepção meramente formalista, sendo mais bem definida pela relação existente entre sujeito e o motivo do ato processual por ele praticado”<sup>478</sup>.

Dito isso e voltando a Montero Aroca e Aragonese Alonso, imparcialidade e poder jurisdicional são indissociáveis. Isso implica, de acordo com Aragonese Alonso, a inserção da imparcialidade como princípio supremo do processo, consoante aludido no início desta seção. O mesmo entende Aroca, para quem “‘imparcialidad’ es algo objetivo que atienda, más que la ‘imparcialidad’ y al ánimo do juez, a la mesma essência de la función jurisdiccional, al reparto de funciones em la actuación de la misma”<sup>479</sup>.

Ou seja, o conteúdo da imparcialidade envolve uma associação de elementos que, reunidos, possibilitam a higidez da jurisdição. Ademais e ainda em termos de uma visão geral, se o juiz é responsável por dirigir a demanda, também o é para obstar condutas e

<sup>477</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Ibidem, p. 20.

<sup>478</sup> MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal.** Op. cit., p. 64.

<sup>479</sup> AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del Juez...** Op. cit., p. 187. Sustenta ainda o autor que: “la llamada ‘imparcialidad’ el que quien juzga no puede ser parte, es una exigência mas a la noción de Jurisdicción que a la de proceso, aunque este implique siempre también la existência de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero ‘imparcial’, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional”. Nesses termos, o autor percebe a interpenetração entre a objetividade do dever de imparcialidade e os aspectos subjetivos a ela inerentes (ânimo, postura, desejo).

procedimentos incompatíveis com as normas constitucionais e legais. Nessa perspectiva, Alonso correlaciona a imparcialidade aos princípios “*audiatur et altera pars*”, dispositivo e acusatório, além do devido processo legal, que restariam esvaziados ante um julgamento parcial<sup>480</sup>.

### 2.1.2.1 ‘*Audiatur et altera pars*’

Sobre a necessidade de oitiva dos envolvidos em um conflito, Alonso afirma que o instrumento idôneo para conduzir uma dissidência por terceiro é o processo, entendido como estrutura em que os sujeitos expõem ao órgão encarregado pela decisão seus argumentos: “el deber de imparcialidad del órgano decisor exige enterarse de la controversia, lo que supone la audiencia de ambas partes”<sup>481</sup>.

A relação entre imparcialidade e ‘*audiatur et altera pars*’ é também estabelecida por Goldschmidt, para quem o dever de oitiva constitui uma obrigação que, uma vez descumprida, estabelece parcialidade por si só. Dessa forma, determina o autor que “el juez que no presta audiencia sino a una sola parte, se asemeja a un ciego: solo por pura causalidad halla la buena senda”<sup>482</sup>. Nesse sentido, é importante registrar que existe uma relação direta entre a oitiva das partes e o contraditório, elementos fundamentais ao processo acusatório. Para Lopes Jr., o contraditório “está intimamente relacionado com o princípio ‘*audiatur et altera pars*’, pois obriga que a reconstrução da ‘pequena história do delito’ seja feita com base na versão da acusação, mas também com base no alegado pelo sujeito passivo”. Ou ainda, segue o autor: “o contraditório conduz ao direito à audiência e às alegações de mútuas das partes na forma dialética”<sup>483</sup>.

Paradoxalmente, Goldschmidt sustenta que tal dever não pode ser interpretado sob a ótica material, sendo que “no reclama la misma audiencia, sino meramente su posibilidad. No se exige, en cambio, que esta posibilidad se convierta en realidad, puesto que, en caso contrario, facil seria para lo demandado impedir el desarrollo del proceso”<sup>484</sup>. Em outras palavras, em sua concepção, não é imprescindível que sejam apresentados fundamentos materiais e justificativas, sendo suficiente a adequação processual para tal. Ou, também, é

<sup>480</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Op. cit., p. 131-137.

<sup>481</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Ibidem, p. 131.

<sup>482</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Op. cit., p. 6.

<sup>483</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** Op. cit., p. 97.

<sup>484</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Op. cit., p. 7.

satisfatório oportunizar a realização de atos, ficando ao critério do sujeito realizá-los ou não. Entretanto, é importante referir que atualmente a tal facultatividade somente se mostra juridicamente relevante no que tange aos atos personalíssimos, com a ressalva, ainda, à irrenunciabilidade que acompanha a maioria das hipóteses de audiência contraditória<sup>485</sup>.

Isso pode ser exemplificado com base nas diferenças entre direito ao silêncio (específico) e direito de defesa (genérico). Sobre o assunto, Lopes Jr. estabelece que a defesa técnica é obrigatória, já que constitui uma exigência da sociedade, detentora do absoluto interesse na correta aplicação de sanções penais. Trata-se, em verdade, de “uma satisfação alheia à vontade do sujeito passivo, pois resulta de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do ‘due process of law’”. A defesa pessoal, por sua vez, permite atos positivos ou negativos (omissões), consubstanciados no princípio ‘nemo tenetur se detegere’. Ademais, o direito à autodefesa é disponível e renunciável pois através dele “o sujeito atua pessoalmente, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado”<sup>486</sup>.

Ainda, Goldschmidt também refere que o respeito à oitiva dos argumentos dos envolvidos pressupõe uma etapa posterior “llamada de cognición o de declaración”, que implica uma influência direta entre contraditório, argumentos trazidos a juízo e o conteúdo da decisão judicial.<sup>487</sup> Em outras palavras, não basta ‘ouvir’ as partes, sendo necessário ponderar acerca do que por elas é produzido. Afinal, de nada vale ‘oportunizar’ se a manifestação subsequente for estéril, destituída do potencial de interferência no convencimento do juiz e, portanto, afastada da prestação jurisdicional.

Essa concepção substancial também é apresentada com bastante propriedade por Fazzalari, para quem o processo é um procedimento em contraditório.<sup>488</sup> Posteriormente a Goldschmidt, Fazzalari inovou ao inserir um aspecto axiológico à interpenetração entre processo e procedimento. Nesse sentido, e em termos da distinção entre os institutos, o autor refutou a modicidade da caracterização do primeiro como relação jurídica processual e do segundo como simples sequência de atos, motivada pela “necessidade de clareza, mas

<sup>485</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da costa Rica. Op. cit., p. 13.

<sup>486</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, Op. cit., p. 99-102. Ainda sobre o assunto, importante adicionar ao debate as questões relativas à carga e ao ônus probatório, diretamente vinculadas ao estado de inocência. Sobre o assunto sugere-se a leitura de GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Op. cit., p. 57-58 e FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 68-69.

<sup>487</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Ibidem, p. 7-8.

<sup>488</sup> Sobre o assunto, sugere-se a leitura de FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual** [1975]. Trad. de Elaine Nassif. 1ª edição, Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-121.

também fruto das explícitas sugestões da normatização positiva<sup>489</sup>. Por isso, sustenta Fazzalari “até ontem e talvez ainda hoje, a característica própria do processo – o contraditório – não foi tomada por todos os processualistas e juspublicistas, e o processo foi absorvido na genérica fisionomia do procedimento”<sup>490</sup>.

As reflexões de Fazzalari, portanto, consideram que a estrutura jurídica transcende a uma série de ações concatenadas, em virtude de o processo conferir ao procedimento valores fundamentais aptos a orientar e aproximar as situações isoladas ao conjunto e, principalmente, subsidiar dialeticamente o ato final ou resultado. Por isso que o regime de validade e eficácia de cada circunstância procedimental, em Fazzalari, é produto da regularidade ou irregularidade do ato anterior e influi sobre a validade e eficácia das medidas subsequentes, todas, por sua vez, compreendidas dialeticamente no conteúdo do provimento finalístico. Assim, “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”<sup>491</sup>. Ao comentar as considerações do autor italiano, Morais da Rosa sustenta que “a decisão final, preparada pelo procedimento, também se constitui como uma parte deste, ou melhor, sua parte final, o corolário”<sup>492</sup>.

Daí a conexão entre a imparcialidade, contraditório e ‘*audiatur et altera pars*’: uma relação de dependência gradativa, substancial e recíproca. Ou seja, cada um dos elementos estão presentes em todos os atos procedimentais e a integralidade é responsável pelo conteúdo da sentença. Assim, Fazzalari afirma:

Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente - do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.<sup>493</sup>

Isto significa que a essência do processo é a dialeticidade contraditória. É, aliás, o que lhe confere lidimidade, tornando a atividade dos sujeitos processuais preponderante para a apreciação judicial. Para Morais da Rosa, há uma relação entre as partes (contraditores), a norma procedimental e o julgamento (a ser efetuado por terceiro), de forma que o

<sup>489</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Ibidem, p. 110.

<sup>490</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Ibidem, p. 112.

<sup>491</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Ibidem, p. 119.

<sup>492</sup> ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, vol. 11, n. 2, p. 219-23, jul-dez 2006, p. 220.

<sup>493</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Op. cit., p. 120.

contraditório “não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado”<sup>494</sup>. Em consequência, o contraditório se operacionaliza nos momentos de informação e reação, ao que é possível acrescentar, ainda, os momentos plurais de qualificação argumentativa da prestação jurisdicional. Então, relevante estabelecer que a análise do magistrado não é totalmente despreendida, já que resulta da atuação e embate dos demais sujeitos processuais.

Para Pereira Leal, essas bases processuais-materiais são extremamente significativas, pois “em Fazzalari, não é o contraditório um dos elementos constitutivos do processo, mas o processo que seria aristotelicamente uma qualidade do procedimento (gênero) que se transmutava em processo (espécie)”<sup>495</sup>. Em consequência, na acepção do autor mineiro, o pensamento fazzalariano, inclusive, suscitou a formação de uma nova teoria processual para contemplar as inovações, a ‘teoria neoinstitucionalista do processo’. Nessa vertente, o pensamento de Fazzalari permitiu a difusão de uma instituição “constitucionalizante e constitucionalizada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos ‘institutos’ (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade”<sup>496</sup>.

Assim, foi com base em Fazzalari que a escola mineira buscou conferir uma conotação ético-constitucional à atividade judicante. Daí é que Nunes sustenta constituir o contraditório um fundamento de ruptura entre o sistema processual de bases individualistas e liberais para um modelo dotado de função social, política e econômica. Para o autor, entretanto, esse movimento foi palco de inúmeras polêmicas basicamente voltadas à tentativa de “garantia constitucional de participação dos interessados na formação do provimento e como viabilizador de direitos fundamentais”<sup>497</sup>. Não obstante, Nunes também assevera que, apesar

<sup>494</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **O processo (penal) como procedimento em contraditório**: diálogo com Elio Fazzalari. Op. cit., p. 222.

<sup>495</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 39.

<sup>496</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Ibidem, p. 40. Sobre a teoria institucionalista, estabelece o autor que o processo é concebido como “núcleo jurídico-autocrítico-linguístico, é a instituição operatriz do sistema, segundo a proposição teórica que o identifica como interpretante dos códigos (direitos fundamentais) por ele próprio instituídos. O processo, nessa perspectiva, é a instituição jurídico-linguística fiscalizatória de todo o sistema procedimental institucionalizado que, movimentada pelos legitimados processuais (toda a comunidade jurídica), confere efetividade à teologia da estatalidade processualmente institucionalizada nos níveis instituinte, constituinte e constituído de direitos”. Ademais, os princípios fundantes do sistema detêm conteúdo pré-cognitivo em termos do sistema jurídico.

<sup>497</sup> NUNES, Dierle. Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Novo constitucionalismo latino americano**: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 106.

de extremamente necessária, a percepção democrática do processo segue enfrentando resistências, pois “a grande maioria dos pensadores ainda está arraigada a uma perspectiva técnica, que se preocupa com os velhos dilemas de celeridade e eficiência, sem perceber a mudança qualitativa das discussões”<sup>498</sup>. O problema, então, corresponde a olvidar que “todas as digressões da ciência processual devem ser pensadas tendo os cidadãos e seus direitos fundamentais como centrais, eis que a efetivação dos direitos desses seria seu fim maior”<sup>499</sup>, ou, de outra forma, sua essência diretamente constitucional.

No mesmo sentido, Giacomolli relaciona o princípio ‘*audiatur et altera pars*’ a postulados constitucionais como a igualdade de armas. Segundo o autor, “significa outorga às partes, pelo legislador (igualdade perante a lei) e pelo magistrado, dos mesmos mecanismos jurídicos à participação no debate processual contraditório, de forma equilibrada e simétrica”<sup>500</sup>. Nessa acepção, também a audiência das partes deve ser interpretada de forma ampliada, para abranger a igualdade<sup>501</sup> e o contraditório<sup>502</sup> pleno. Assim, não se trata de simplesmente perscrutar, sendo necessário zelo, equilíbrio e ponderação durante todos os momentos processuais.

De tudo isso, decorre a conclusão de que o ‘*audiatur et altera pars*’ detém relação sistemática com a imparcialidade, incluindo a exequibilidade de postulados fundamentais como contraditório, ampla defesa e estado de inocência. Quanto a este último, por exemplo, importante referir que a valoração das provas produzidas pelas partes e o livre convencimento respectivo não são totalmente desprendidos, por serem vinculados ao sentido material da isonomia e, como quer Fazzalari, produto da audiência contraditória.

Daí que um julgamento isento pressupõe uma imparcialidade ativa, positiva, significando a análise do processado com base na atividade processual dos envolvidos, mas também pela observância de parâmetros constitucionais. Isso é devido a requisitos

<sup>498</sup> NUNES, Dierle. **Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual**. Ibidem., p. 113.

<sup>499</sup> NUNES, Dierle. **Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual**. Ibidem., p. 113.

<sup>500</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Op. cit., p. 384.

<sup>501</sup> A respeito da igualdade, Goldschmidt estabelece que “quien presta audiência a una parte, igual favor debe a la otra”. In: **La imparcialidad como principio básico del proceso...** Op. cit., p. 6.

<sup>502</sup> Cunha Martins alerta para a relação entre prova e evidência, bem como para a respectiva contaminação da prestação jurisdicional. Na verdade, a reflexão do autor trata da ausência ou desconsideração da prova por fatos ou hipóteses superficiais que são tidos como verdadeiros. Com relação ao contraditório, Cunha Martins sustenta que representa um elemento possível, em termos ideais, à diminuição da carga alucinatória da prova. Isto porque “abre a possibilidade de cercar em definitivo a convicção, premunindo-a contra a sua potencial deriva, ao ‘encostar’ o convencimento à substância emergente do contraditório” e ainda, “a ausência de contraditório atinge a própria essência do elemento de convicção”. In: **O ponto cego no direito: the brazilian lessons**, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.



constitucionais que, dependendo da hipótese, podem transcender ao comportamento omissivo ou irrestrito. Sobre isso, Fenoll refere, exemplificativamente, que “la presunción de inocencia parece oponerse a la expresión de esa libre valoración, porque non permite al juez condenar albergando dudas razonables”<sup>503</sup>. Portanto, paralelamente ao contraditório, devem ser considerados outros elementos que, no conjunto, determinam o conteúdo democrático da decisão.

### 2.1.2.2 *Princípios dispositivo e acusatório*

No que tange aos princípios dispositivo e acusatório, Aragoneses Alonso sustenta que, em sede do processo civil, originariamente, a imparcialidade deve estar atrelada ao primeiro, ao passo no processo penal está fundada no último. Refere o autor que o princípio dispositivo – “consistente en que las partes posuen dominio completo tanto sobre su derecho substantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, [...] y son libres de ejercitarlos o no”, é mais amplo que o princípio acusatório, representativo, por sua vez, “que sin acusación no hay juicio [...] pero ello no comporta que, por regla general, el acusador disponga del objeto del proceso”<sup>504</sup>. Isto acontece, justamente, para que seja possível preservar o dever de imparcialidade e não ocorra contaminação decisória por elementos intersubjetivos e unilaterais decorrentes da instrução. Este, inclusive, é o principal fundamento da separação de funções.

Ademais, segue Aragoneses afirmando, ainda, que o princípio dispositivo coincide com o ‘*nemo iudex sine actore*’. Nesse sentido, refere que, para além das demandas civilistas, também no processo penal, quem determina os destinos da controvérsia são as partes, o que ocorre por meio de um desdobramento das funções acusadora<sup>505</sup>, de defesa e julgadora.<sup>506</sup> Para tanto, apesar de aparentemente representar um retorno à autotutela, trata-se de um temperamento entre a heterocomposição legitimada pela ação estatal isonômica e a participação ativa dos envolvidos, que impulsionam o processo sob observação do Estado-juiz garantidor: “el Estado tiene como función fundamental, en orden a la Justicia, el de garantizar

<sup>503</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Op. cit., p. 70.

<sup>504</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Op. cit., p. 132-134.

<sup>505</sup> Sobre a função acusatória, Aury Lopes Jr. refere que a ausência de teorias da ação e das condições da ação específicas para o processo penal denotam a necessidade de uma teoria à acusação criminal, “pouco se escreveu ou pensou sobre a ‘ação processual penal’ [...] o conceito de ação não pode ser confundido com o de acusação” In: **Fundamentos do Processo Penal...** Op. cit., p. 213-214.

<sup>506</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Op. cit., p. 133-135.

la natural igualdad de las partes interesadas en el reparto”<sup>507</sup>. Entendimento semelhante detém Goldschmidt, para quem, tanto no processo civil quanto no penal, o princípio ‘*nemo iudex sine actore*’ vige amplamente, pois há uma impossibilidade jurisdicional de diferente postura. Nessa perspectiva, o autor analisa a questão da produção de provas de ofício<sup>508</sup> e vincula-a ao processo inquisitivo.

Em consequência, Goldschmidt sustenta que a configuração oposta, em que o magistrado assume papel passivo “ha de resignarse a las consecuencias de una actividad incompleta de las partes y ha de reconocer también el material defectuoso como base de la decisión”<sup>509</sup>. Trata-se do ‘custo’ pela preservação da imparcialidade<sup>510</sup>. Disso advém uma interpenetração que reúne o núcleo fundamental do sistema acusatório, a inércia do julgador, e a proteção de direitos e garantias. Tal hibridização é compartilhada também por Nereu Giacomolli que percebe na dinamicidade do processo, “a figura linear, vertical, horizontal, triangular”, a ser complementada pela compreensão circular inerente à “complexidade da sociedade contemporânea e do processo penal [...], amoldada à epistemologia da problematização e do pensamento crítico”<sup>511</sup>. Para tanto, o autor transcende às concepções tradicionais para alcançar a efetividade garantidora:

O centro da situação processual, pelo que se observa na realidade da vida, ora é ocupado pelo autor (provoca a jurisdição), ora pelo sujeito passivo (resistência, contraditório, defesa) e ora pelo juiz (ordena, decide, assegura, tutela a efetividade). [...] Assim, o processo penal se constitui em uma realidade constitucional, fruto da estruturação do Estado, composto por uma série de atos, de atividades que se sucedem no tempo e no espaço, com a participação de diversos sujeitos, conduzido pelo juiz, responsável pela tutela judicial efetiva.<sup>512</sup>

Isso não significa aplicabilidade ou inaplicabilidade dos princípios dispositivo e acusatório, mas representa que o processo civil ou penal são de partes, e devem ser pautados por regras específicas, asseguradas por terceiro, que é também responsável pelo ato de decidir. Daí porque a imparcialidade é fundamental, pois sendo o julgador imbuído da tutela e

<sup>507</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Idem, p. 136.

<sup>508</sup> A questão da produção probatória pelo juiz tem sido amplamente discutida e como tal, também o será nesta pesquisa, no âmbito das discussões atinentes à compulsão pela evidência. Basicamente, os argumentos relacionam-se à separação de funções entre as partes e o julgador. Assim, os envolvidos seriam responsáveis pelas condutas ativas, sendo o juiz expectador qualificado. Ou seja, a conduta passiva do magistrado seria responsável pela manutenção de sua imparcialidade decisória. Sobre o assunto, importante lembrar que Fazzalari separa os contraditórios do autor do ato final. In: FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Op. cit., p. 121-124. Ver também LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, Op. cit., p. 93-94 e FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Op. cit., p. 463-467.

<sup>509</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Op. cit., p. 74.

<sup>510</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Ibidem., p. 73.

<sup>511</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Op. cit., p. 405.

<sup>512</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Ibidem, p. 405.

efetividade de garantias, o desequilíbrio em sua atuação retira da dinâmica processual a matriz legitimadora.

Dito de outra forma, como a heterocomposição e a jurisdição estão fundadas em independência e exclusividade, com fins a um julgamento justo, seria incoerente destituí-las de seus princípios existenciais, destinados que são ao impedimento do arbítrio e à prevalência do direito. Em síntese, as partes agem, e o juiz fiscaliza e decide.<sup>513</sup>

Aragoneses Alonso estabelece ainda que “es evidente que el principio dispositivo se nos aparece juntamente con el contradictorio, como la base sobre la que descansa el principio supremo de imparcialidad en la estructura coativa que tradicionalmente se conoce con la denominación de proceso”. Ademais, para o autor, a conexão entre ‘*nemo iudex sine actore*’ e ‘*audiatur et altera pars*’ encontra-se na restrição à parcialidade e à partialidade da decisão, visto que o contraditório<sup>514</sup>, característica de ambos, também é base do processo como controvérsia, além de garantidor dos princípios dispositivo e acusatório, com cerne heterocompositiva, elementos dos quais a imparcialidade é inafastável.<sup>515</sup>

### 2.1.2.3 *Devido processo legal*

Em sua análise da imparcialidade como princípio supremo do processo, Aragoneses Alonso prossegue sustentando que, ante o enfrentamento de duas partes e da presença de um terceiro imparcial, foi (e é) necessário estabelecer um sistema jurídico que assegure o devido processo. Tal estrutura (formal e substancial) representa, para o autor, a proteção de uma parte frente a outra, a proteção dos particulares em face do Estado e a do indivíduo contra si mesmo.<sup>516</sup>

Dito de outra forma, o devido processo legal constitui instrumento de salvaguarda em face do arbítrio. Em decorrência, são regras que regulam toda a prestação jurisdicional que, como garantia fundamental, representam interesse geral de toda a sociedade.

<sup>513</sup> Essa junção entre as funções decisória e de condução processual será objeto de análise do próximo capítulo, já que constitui uma das hipóteses de pesquisa a impossibilidade de tal aproximação, facilitadora da parcialidade.

<sup>514</sup> Sobre o contraditório, Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner estabelecem que “se trata não só de um eficaz instrumento técnico que utiliza o Direito para a descoberta de fatos relevantes para o processo [...] é autêntica prescrição do direito natural, dotada de inevitável conteúdo imperativo”. Ou seja, trata-se de matéria de ordem pública, de cunho coercitivo. In: **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

<sup>515</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Op. cit., p. 137.

<sup>516</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Ibidem, p. 137.

Exemplificativamente, Alonso refere, como integrante do devido processo, a defesa técnica como instrumento de defesa do indivíduo contra desigualdades culturais e econômicas, além da gratuidade da justiça como elemento de proteção da pessoa contra ‘otras fuerzas’.<sup>517</sup>

No que tange ao embate entre as partes, despontam relevantes a justiça como postulado e a igualdade como pressuposto de uma participação processual equânime. Tais pontos asseguram o direito de petição e a superação da autotutela, como expressão de mútua e interdependente subordinação dos envolvidos ao estado-juiz. A proteção dos particulares frente ao poder estatal, por sua vez, vincula-se à consolidação de direitos fundamentais, necessários ao desenvolvimento da personalidade e, ainda, ao controle da autoridade (antes referida neste texto como elemento fundante da jurisdição).<sup>518</sup>

Relativamente à autoproteção do indivíduo, a alusão de Alonso é a já referida defesa técnica, operada como meio equalizador cultural e econômico, bem como instrumento à imposição da pena legítima. A sanção, então, resta justificada tanto pelo desprezo do direito do outro<sup>519</sup> e a respectiva possibilidade de autorreflexão, quanto pela certeza de uma punição somente após análise da jurisdição. Sobre tal elemento processual, asseveram Lopes Jr. e Gloeckner que o “direito de defesa é um direito réplica”<sup>520</sup>, que eclode a partir de uma agressão a direitos constituídos, como é o caso da liberdade. Entretanto, como já aludido anteriormente, para que exista defesa efetiva, necessário abertura material da jurisdição para tal. Em consequência, López assegura que o devido processo relativo ao dever de imparcialidade engloba a abstenção (dever do juiz) e a recusa (direito das partes), dado que somente uma decisão hígida reflète a materialidade constitucional<sup>521</sup>.

Mais especificamente no Brasil, o devido processo legal é definido por Costa de Paula como “como meta-regra do Estado Democrático de Direito, uma vez que impõe ao Estado, ao longo da prestação jurisdicional, o dever de cumprir as regras estabelecidas pelo ordenamento

<sup>517</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal...** Ibidem, p. 137.

<sup>518</sup> Neste sentido sugere-se a leitura, além dos escritos de Aragoneses Alonso, do seguinte texto: MORALES, Rodrigo Rivera. La imparcialidad judicial como garantía del debido proceso. **Justicia: Revista de Derecho Procesal**, Barcelona, n. 1-2, p. 17-22, 2011. Sustenta Morales: “Tal vez, no es exagerado afirmar que el debido proceso al juicio imparcial, transparente y idóneo es el instrumento más importante del ser humano em defensa de su vida, libertad, valores, bienes y derechos”. Ibidem, p. 18. Ou ainda: “Los tribunales constitucionales y los tribunales supremos han reiterado que una de las exigencias inherentes a un proceso con las debidas garantías, em tanto que condiciona la existencia mesma de la función jurisdiccional, es la imparcialidad judicial”.

<sup>519</sup> Sustenta Alonso que como “cada hetero-delito testimonia una falta de respecto a la personalidad ajena y el respecto a la personalidad ajena es una condición de la libertad de desarrollo de la propia” In: **Proceso y Derecho Procesal...** Op. cit., p. 147.

<sup>520</sup> LOPES JR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** Op. cit., p. 470.

<sup>521</sup> LÓPEZ, Julio Sigüenza. Sopechas de parcialidad: un novo enfoque. **Justicia: Revista de Derecho Procesal**, Barcelona, n. 1-2, p. 27-33, 2011, p. 28.

jurídico, sendo um limite ao exercício do próprio poder punitivo<sup>522</sup>. Trata-se, segundo o autor, de um elemento cuja efetividade se conecta aos demais princípios caracterizadores do sistema acusatório. Dito de outra forma, o instituto manifesta demarcações ao poder jurisdicional, com base na definição de diretrizes cogentes, abalizadas pelo modelo protetivo que foi elaborado para dar legitimidade à heterocomposição e, por conseguinte, à interferência estatal na vida das pessoas.

Scarance, por sua vez, liga o devido processo legal ao devido processo penal, representando a aplicação das garantias tanto em sede do processo legislativo, quanto da aplicação cotidiana respectiva. Abrange inclusive regras inominadas, não expressas, inerentes à razoabilidade e senso de justiça que lhe são peculiares<sup>523</sup>. Então, apesar de o devido processo legal ou penal (no âmbito das ciências criminais) ser com frequência relacionado à ampla defesa<sup>524</sup>, é possível identificar sua clara vinculação à imparcialidade. Isso significa não apenas o respeito ao procedimento, mas sua também relação ao conteúdo de cada elemento processual.

Em síntese, ao devido processo legal estão imbuídos o respeito ao contraditório, e à igualdade, entre outros elementos fundantes da jurisdição. A convicção do juiz é, nesse contexto, a quem são direcionados substancialmente os atos processuais. Daí porque “la imparcialidad es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma, de ahí que se haya afirmado que es el presupuesto sobre el que descansan el resto de las garantías que definen el proceso debido<sup>525</sup>. No mesmo sentido, escrevem Giacomolli e Duarte:

O juiz, ao mesmo tempo em que gravita no interior do processo, há de traçar sua linha em espaços equidistantes aos dos demais sujeitos processuais, sendo inadmissível sua atuação como parte, o que afastaria a imparcialidade, atributo indispensável ao ato de julgar. É a imparcialidade que garantirá o distanciamento do juiz. Essa é uma exigência fundamental para a realização do devido processo legal, do princípio do contraditório e demais direitos e garantias individuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, um dos pilares da república.<sup>526</sup>

<sup>522</sup> PAULA, Leonardo Costa de. O devido processo legal à luz de uma hermenêutica constitucional prospectiva. In: XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 2984. Defende o autor: “o Devido Processo Legal, princípio indispensável ao Estado Democrático de Direito, é norma fundamental e de seguimento obrigatório. Somente se pode permitir um processo democrático, se o mesmo tiver como fulcro o princípio em tela. No artigo 5º. Inciso LVI da norma fundamental se tem a imperatividade do aludido princípio e, sem ele, o processo é plenamente nulo”.

<sup>523</sup> SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. Op. cit., p. 46.

<sup>524</sup> PAULA, Leonardo Costa de. **O devido processo legal à luz ...** Ibidem, p. 2988.

<sup>525</sup> LOPEZ, Julio Siquenza. Sospechas de parcialidad: un nuevo enfoque. **Justicia: Revista de Derecho Procesal**, Barcelona, n. 1-2, p. 27-33, 2011, p. 27.

<sup>526</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, vol. 33, n. 102, p. 288-307, jun./2006, p. 289.

Por conseguinte, a apresentação e a apreciação isonômica de argumentos é fundamental. Inversamente, um juiz parcial pode esvaziar os princípios acima elencados já que, mesmo quando os observa formalmente (ouvindo e oportunizando), o produto dos atos respectivos tende a ser ignorado. Ou, ainda, pode o julgador sectário vincular a decisão a premissas que correspondam àquilo que intimamente deseja ler e ouvir, privilegiando certos argumentos. Se isto acontecer e, em sendo a inclinação do julgador disposta em prejuízo do réu, a lesão verificável transcende ao devido processo e alcança, por exemplo, o estado de inocência e o direito de defesa. O mesmo ocorre quanto ao contraditório que, embora formalmente propiciado, pode estar dissociado de reflexões qualificadas por parte daquele que decide, perdendo efetividade e, em consequência, tornando-se inoperante.<sup>527</sup>

Em síntese, “la apreciación rigurosa de los principios que favorecen la construcción dialéctica del proceso en cuanto delimitan los poderes de las partes y del juez en el desarrollo del mismo, contribuyen a reforzar la imparcialidad, pero no constituyen una exigência que venga impuesta por ésta”<sup>528</sup>. Assim, os limites podem até não estar diretamente relacionados à imparcialidade, como é o caso do devido processo, mas são garantidos por ela, na medida em que são inerentes ao exercício da função jurisdicional, à igualdade, ao contraditório e ao direito de defesa, entre outros. Daí que interpretar isoladamente a imparcialidade constitui um equívoco que pode contaminar a higidez de toda a prestação jurisdicional. E, em consequência, assemelha-se a um ‘meta direito’<sup>529</sup> ou até mesmo a um direito transindividual, transcendente às partes e que objetiva alcançar o interesse de um número indeterminado de sujeitos.

Dito de outra maneira, é possível concluir que a ausência de imparcialidade, em razão de seu potencial para influir em múltiplos elementos processuais, tem o condão de violar

---

<sup>527</sup> Sobre o direito à prova Sacarance Fernandes sustenta a existência de “direito de requerer a produção de prova; direito à decisão do juiz referente ao pedido de produção da prova; direito a produção da prova, em caso de deferimento; direito a participar da produção da prova; direito ao contraditório na produção da prova; direito da participação do juiz na produção da prova; direito a manifestar-se sobre a produção da prova; direito à avaliação do julgador sobre a prova produzida” In: **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: RT, 4ª edição, 2005, p. 78. É relevante abordar, ainda, que a inação processual relacionada ao réu, constitui uma opção da defesa e não pode ser avaliada em seu prejuízo em razão do direito ao silêncio. Ainda sobre a atividade probatória, Lopes Jr. afirma que pretende “criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença”. Para tanto, o autor refere-se a Cordero, observando que os resultados da instrução dependem “de variáveis relacionadas aos aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar (crer = fé)” In: **Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 354 e CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**, Tomo I, Op. cit., p. 4.

<sup>528</sup> GONZÁLES, Candela Galán. **Protección de la imparcialidad judicial**: abstención y recusación. Valência: Trint lo Blanch, 2005, p. 44.

<sup>529</sup> Em termos de diálogo das fontes, a expressão é comumente utilizada em sede do direito consumerista e ambiental, para expressar o caráter coletivo de alguns direitos e garantias. Neles, o interesse público transcende o particular e atinge um número indeterminado de pessoas.

substancialmente o princípio acusatório. Isso significa que, ao lado da função judicial que consubstancia decisões isentas quanto aos interesses das partes, além dos que envolvem o juiz em particular, detém também o magistrado dever de fiscalizar e oportunizar a observância de preceitos que a ordem jurídica vigente ocidental elege como primordiais. Na verdade, os elementos estão imbricados e o juiz deve ser imparcial durante toda a dinâmica procedimental e não apenas no momento do julgamento.

Esse compromisso da jurisdição, entretanto, tem suscitado discussões teóricas e práticas que, paralelamente à importância do debate, evidenciam desencontros e retrocessos que tanto atrapalham a efetividade do instituto, quanto fomentam sua importância. Dentre estas noções, encontra-se a separação ‘formal’ entre imparcialidade e neutralidade, consoante será disposto a seguir.

## **2.2 A separação formal entre imparcialidade e neutralidade: o longo (e difícil) caminho da ciência à prática jurídica**

A par das relações que a imparcialidade tem com a estrutura do processo e com a efetividade de princípios correlatos, é importante estabelecer o quão difícil é sua definição, principalmente quando contraposta à neutralidade. Nesse sentido, é comum a confusão entre os institutos, conceitos complementares e frequentemente caracterizados com base em elementos similares. Em termos genéricos, a neutralidade, basicamente, é identificada com a impassibilidade do julgador ou, ainda, a ausência de quaisquer interferências e valores ao ato de decidir. A imparcialidade, por sua vez, representa a desvinculação do juiz ao interesse específico de cada uma das partes<sup>530</sup>.

Em consequência, com o desenvolvimento do processo penal da atualidade, convencionou-se separar os institutos, a fim de definir a impossibilidade de neutralidade, devido ao conteúdo humano de todo julgador e julgamento, bem como a imprescindibilidade de imparcialidade, fator de legitimação do processo heterocompositivo. Sobre este último ponto, além de a imparcialidade constituir um importante princípio processual, é elemento de confiança e lidimidade da jurisdição<sup>531</sup>, cuja aceitabilidade decorre da crença interna e externa

---

<sup>530</sup> MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal...** Op. cit., p. 48.

<sup>531</sup> Sobre o assunto, aduz Ferrajoli que a principal garantia processual penal é a de submissão à jurisdição, expressa pelo axioma ‘nulla culpa sine iudicio’. In: **Direito e Razão**. Op. cit, p. 432-433.

de que os julgamentos serão isentos e justos, até mesmo porque empreendidos por terceiro capaz de sopesar igualmente os argumentos em análise<sup>532</sup>. Referida cisão ocorreu, segundo Coutinho, em consideração ao pensamento de que existe uma razão universal (consoante demonstrado no capítulo I), capaz de controlar e explicar todas as coisas, bem como a necessidade de legitimar o Estado e a legalidade, além de ocultar o privilégio de classes.<sup>533</sup>

Dito de outra forma, para o processo penal hodierno, foi e é teoricamente necessário difundir o ideário de que a decisão judicial é única e exclusivamente influenciada pelas questões fáticas e jurídicas contidas nos autos, por ser justamente tal concepção que confere credibilidade à heterocomposição. Disso decorre a sustentação de que ser imparcial e não tender aos interesses de nenhuma das partes é diferente de ter concepções de vida que identificam o sujeito como pessoa. Neste sentido, o julgador não seria neutro<sup>534</sup>, porque é agente participativo e construtor da realidade. Tem, entretanto, o dever de agir com imparcialidade como representante da jurisdição, ou seja, com equilíbrio no que se refere ao tratamento e à avaliação das manifestações trazidas ao processo pelos envolvidos.

Não obstante, a questão da neutralidade (ou de sua ausência) e sua correspondente crise, foi suplantada com dificuldades no seio do próprio processo penal, apesar de constituir um remédio supostamente necessário. Isso aconteceu principalmente devido a sua vinculação ao paradigma da estrita racionalidade, já exposto na primeira parte deste trabalho. Assim é que ainda há grande confusão teórica, a confundi-la com objetividade científica. Em consequência, tem-se a crença de que “se as pesquisas não fossem eticamente neutras e livres de toda e qualquer referência aos sistemas valorativos, elas perderiam seu caráter de saber objetivo e se tornariam simples conhecimentos de ordem ideológica”<sup>535</sup>. Assim é que tais acepções de neutralidade/objetividade foram transpostas pelo positivismo ao sistema jurídico e contribuíram para a figura do juiz neutro. Essa, entretanto, não resistiu totalmente à turbulência proveniente do juspositivismo crítico, que passou a entender a sensibilidade/humanidade do juiz como preponderante à validade das normas e à efetividade

---

<sup>532</sup> Ainda para Ferrajoli, tal quadro consubstancia garantias orgânicas e procedimentais, que são, em síntese: a independência, a imparcialidade, o juiz natural, a separação entre juízo e acusação, o contraditório, o direito de defesa, a publicidade, etc. **Direito e Razão**. Ibidem, p. 432-433.

<sup>533</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz** ... Op. cit., p. 42-43.

<sup>534</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz** ...Ibidem, p. 44.

<sup>535</sup> JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 138. É também do autor: “a ciência, enquanto produto humano, está integrada no processo social e político total. Os cientistas, por uma questão de princípio e de método, recusam-se a ditar ‘normas’ à sociedade, pois aspiram a ser supraculturais. No entanto, intervêm cada vez mais na orientação efetiva da sociedade. Daí o paradoxo: influenciam a moral, mas de modo não moral”. Ibidem, p. 131.



do direito.<sup>536</sup> Em outras palavras, apesar de edificada pelo pensamento racional, a neutralidade foi ofuscada pelo próprio racionalismo, como meio de manutenção do sistema e dos valores a ele inerentes. Daí é que a neutralidade ainda sobrevive de forma medular.<sup>537</sup>

Então e em apertada síntese, as concepções hoje prevalentes no processo penal refutam a neutralidade, mas albergam a imparcialidade como preceito inafastável. Trata-se de dar ao juiz — um ser no mundo, produto de vivências e experiências — o poder e o dever de isolar sua configuração subjetiva em nome do ordenamento. A questão subsequente, entretanto, diz respeito à operacionalidade de tal separação, já que é possível que os interesses e valores das partes se confundam com os interesses e valores do magistrado. Sobre o assunto, Coutinho estabelece: “é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”<sup>538</sup>. De outro lado, Maya afirma que é “mais apropriada a consciência da impossibilidade de uma atuação jurisdicional neutra”, apesar de se mostrar necessária a figura comprometida e responsável do julgador, aos ditames de um julgamento justo e equilibrado.<sup>539</sup>

Ou melhor, a celeuma, hoje, não mais se refere à impossibilidade de neutralidade, mas a coexistência de imparcialidade e o proselitismo mundano intromissor — uma circunstância já abordada no capítulo primeiro deste texto, no âmbito dos limites ao pensamento racional e subjetividade. Dessa forma e para além da simples fragmentação teórica, mas em função da verificação de seu (des)acerto, as próximas páginas apresentarão argumentos que poderão contribuir ao debate, a começar pelos estudos sobre o inconsciente humano, efetuados pela psicanálise, seguidos de reflexões sobre a interferência da ideologia nas decisões, o alcance da responsabilidade por atos judiciais e, ainda, a (des)construção epistemológica da verdade no processo penal.

Assim, recordando-se das reflexões efetuadas por Freud (igualmente já apresentas no capítulo I desta pesquisa), desponta necessário considerar tanto os limites do consciente quanto do inconsciente humano, para que seja possível circunscrever qualquer abordagem científica acerca da questão neutralidade/imparcialidade. Para o autor, a essência dos

---

<sup>536</sup> Sobre o assunto, depreende-se de Ferrajoli: “é tarefa do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a ela superiores”. In: **Direito e Razão**. Op. cit., p. 701.

<sup>537</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Op. cit., p. 30-35.

<sup>538</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz** ... Op. cit., p. 8.

<sup>539</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**... Op. cit., p. 61. Nesse sentido, o autor referenda a postura ideológica do magistrado, como presuposto de uma atuação mais transparente.

elementos psíquicos não pode ser situada na consciência, visto que se trata apenas de uma de suas ‘qualidades’. Em consequência, “um estado de consciência é, caracteristicamente, muito transitório [...], existem ideias ou processos mentais muito poderosos, que podem produzir na vida mental todos os efeitos que as ideias comuns produzem, inclusive certos efeitos que podem, por sua vez, tornarem-se conscientes como ideias”<sup>540</sup>.

No mesmo sentido está a argumentação de Duarte, ao sustentar que o debate acerca da decisão judicial é complexo, especialmente em razão dos processos psicológicos que a permeiam. Para a autora, “o campo da manipulação consciente é o da sintaxe discursiva, em que o enunciador lança mão de estratégias argumentativas e de outros procedimentos para criar os efeitos de decisão, verdade e realidade que pretendem transmitir”. Para tanto, Duarte também verifica que os aspectos instintivos influenciam consideravelmente o julgamento, pois “no ato de julgar está um ser humano que também implode em suas questões existenciais e em seus porquês, em suas emoções, nos sentidos que busca da vida e nas próprias expectativas e intenção do que pretende comunicar na sentença. É o autoconhecimento transposto à decisão tomada.”<sup>541</sup>

Outro não é o entendimento de Calamandrei que, ao questionar o conteúdo puramente lógico da sentença, sustenta: “debaixo da ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais [...] o erro judiciário às vezes é o defeito inconsciente de um pecado de orgulho: o magistrado que tomou um caminho recusa-se a ouvir”<sup>542</sup>. É também do mesmo autor: “os juízes também são pobres criaturas sujeitas às gastralgias. E, sob a aparente impassibilidade da toga, escondem com frequência a angustiante luta de quem procura sufocar, sem deixar que nada transpareça, os caprichos de suas entranhas irrequietas”<sup>543</sup>.

Ademais e voltando ao pensamento freudiano, tem-se que a ausência de lógica totalmente racional ao pensamento humano, foi descortinada pela descoberta de que o aparelho psíquico compõe-se de três instâncias: o ego, o superego e o *id*. O superego pode ser

<sup>540</sup> FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição standard brasileira. Vol. XIX, Trad. de Jaime Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 2006, p. 27-28.

<sup>541</sup> DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 102, p. 288-308, março de 2002, p. 290.

<sup>542</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado**. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 179 e 185.

<sup>543</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado**. Ibidem, p. 199. Sustenta ainda o autor italiano que: “o verdadeiro perigo não vem de fora: é um lento esgotamento interno das consciências, que as torna aquiescentes e resignadas; uma crescente preguiça moral, que à solução justa prefere cada vez mais a acomodadora, porque não perturba o sossego e porque a intransigência requer demasiada energia”. Ibidem, p. 177.

identificado com a consciência avaliativa e com a função repressora dos impulsos humanos, realizada com base em rígidos padrões morais<sup>544</sup>. Já o ego é a instância das percepções externas e internas do indivíduo. É por ele que a pessoa armazena e percebe sentimentos, desejos e representações e têm lugar os processos de realidade que são ‘filtrados’ pelo superego. O *id*, por sua vez, é regido pelo princípio inconsciente do prazer, satisfação e excitação. Exemplificativamente, assevera Freud que “o ego pode ser chamado de razão ou senso comum, em contraste com o *id*, que contém as paixões”<sup>545</sup>.

No mesmo sentido, Zimerman descreve as funções complementares do ego consciente como percepção, pensamento, conhecimento, linguagem, comunicação e ação. O ego latente, de outro lado, seria responsável pela formação de ansiedades e angústias, mecanismos de defesa, identificação projetiva, formação de símbolos e sentimentos de identidade. Trata-se de circunstâncias mentais ambíguas que se retroalimentam fazendo com que razão e emoção atuem como continente e conteúdo. No mais, estabelece Zimerman que “estamos sob a influência constante do inconsciente pessoal (*id*; superego); do inconsciente familiar, do inconsciente coletivo, do inconsciente físico”<sup>546</sup>, entre outros.

Especificamente sobre a prática jurídica, Zimerman e Coltro também afirmam que “no seu inconsciente pessoal, o juiz traz os elementos, os arquétipos do inconsciente profissional, exercendo sua atividade sob o conjunto de forças de outras dimensões da mente inconsciente”<sup>547</sup>. E, notadamente sobre a questão criminal, os citados pesquisadores percebem uma “sombra”<sup>548</sup> psicológica na atividade judicante. Para tanto, sustentam:

Um dos maiores exemplos da sombra na sentença criminal encontra-se na absoluta perda de individuação que alguns juízes impregnam suas decisões. No nível ideológico, vislumbra-se essa fantasmagórica projeção em certas interpretações dos movimentos de lei e ordem, que acabam fazendo aflorar das profundezas do inconsciente, a concepção arquetípica do combate ao crime, arquetipo incorporado

<sup>544</sup> FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição standard brasileira. Op. cit, p. 47.

<sup>545</sup> FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição standard brasileira. Ibidem, p. 38-39.

<sup>546</sup> ZIMERMAN, David. **Fundamentos psicanalíticos**: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática. Porto Alegre: Artmed, 1999, p. 125-132.

<sup>547</sup> ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2002, p. 219.

<sup>548</sup> O termo ‘sombra’ foi empregado no texto a partir da expressão “sombra da personalidade” cunhada por Carl Gustav Jung, que encerra o complexo de emoções negativas e positivas reprimidas. Neste sentido “há, na verdade, um eu oculto e soturno, que permanece amordaçado quase todo o tempo, emoções e comportamentos negativos – raiva, inveja, vergonha, falsidade, ressentimento, lascívia, cobiça, tendências suicidas, e homicidas – que ficam abaixo da superfície da personalidade, formando a sombra pessoal, que continua a ser um território indomado e inexplorado para a maioria de nós” In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Ibidem, p. 220.

pelas chamadas ‘câmaras de gás’ da jurisprudência sendo que muitos juízes acompanham esta síndrome em suas decisões.<sup>549</sup>

Ainda no âmbito dos aspectos psicológicos, Zimerman e Coltro avançam ao referenciar o movimento de lei e ordem, bem como as nuances ideológicas correspondentes. Trata-se de circunstâncias e crenças específicas que podem ser remetidas ao viés das ‘convicções’ internas e externas à prática jurídica, apontadas por Marx e Foucault como instrumento de controle do poder (vide capítulo I). Portanova as identifica tanto nos processos de alienação e idealização do direito quanto nas ordens deliberadas de ideologização jurisdicional<sup>550</sup>.

No que tange ao primeiro aspecto, o autor sustenta que “a grande parte dos profissionais, juízes inclusive, está formada num dogmatismo que não permite o debate dos problemas trazidos pelas partes”<sup>551</sup>, consubstanciando um discurso lacunar, que é a própria consistência discursiva da ideologia jurídica atual<sup>552</sup>. Essa mensagem fica latente por meio da utilização de conceitos como igualdade perante a lei, autonomia da vontade e segurança ou certeza, elementos que apontam o vasto descompasso entre o direito e a efetividade material de direitos fundamentais.

Assim, “ao permitir uma aceitação acrítica do direito positivo, o idealismo [positivista] oculta as origens históricas de suas categorias e dos interesses políticos nela subjacentes”<sup>553</sup>. Refere ainda o autor que, em consequência de tal panorama, “a constituição, porque regula as relações e os conflitos sociais num plano de elevada abstração conceitual torna-se ficção. Ela apenas cumpre função pragmática: preparar a aceitação passiva dos cidadãos para prescrições legais ainda indeterminadas”<sup>554</sup>.

Ademais, ainda quanto à ideologia que permeia a atividade judiciária, significativa é a sua relação com aquela adotada pelo poder político institucionalizado. No ponto, Chaise percebe uma associação entre os valores culturais, regras e procedimentos jurídicos, com a atuação dos “arquitetos e legisladores processuais”. Desse modo, sustenta que, no conflito

<sup>549</sup> ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Op. cit., p. 219. Ademais, para Prado, “o processo de individuação é um conceito fundamental, não só para a psicologia analítica, mas também para teorias de desenvolvimento da personalidade em outras abordagens. O termo, já antes usado por Schopenhauer, foi empregado por Jung para designar a tendência instintiva que tem o homem em realizar suas potencialidades inatas, diferenciando-se do coletivo”. In: PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 2ª edição, Campinas: Millenium, 2003, p. 32-33.

<sup>550</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Op. cit., p. 17 e 18.

<sup>551</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Ibidem, p. 51.

<sup>552</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Op. cit., p. 30-35.

<sup>553</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Op. cit., p. 55.

<sup>554</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Ibidem, p. 68.

cultural, “haverá oscilações para todos os lados, refletindo interesses políticos, novas condições sociais e econômicas e discordâncias a respeito de como servir de forma mais adequada às necessidades sociais”<sup>555</sup>.

Portanova, por sua vez, atenta às frequentes nomeações de ministros de Estado (que em regra ocupam a pasta da justiça junto ao poder executivo) para cargos no Supremo Tribunal Federal<sup>556</sup>. Sobre o assunto, sustenta o autor: “foram os cientistas políticos que primeiro viram nos tribunais um subsistema do sistema político global. Um e outro partilhavam a característica de processarem uma série de ‘inputs’ externos, constituídos por pressões, exigências sociais e políticas”<sup>557</sup>, aptas a produzir decisões com impacto na organização da sociedade e no seu respectivo comando, ou que fossem induzidas pelo panorama político vigente<sup>558</sup>.

Não obstante, na visão do jurista, tal panorama não apresenta problemas por si só, mas são verificados quando a situação é transposta a um suposto juízo de neutralidade. Assim, segundo Portanova, é irrelevante o fato de o juiz A ou B pensar de determinada maneira (política, por exemplo), já que seria o reflexo da própria pluralidade social. Todavia, o inconveniente é o dissimulado discurso neutral, responsável por impedir a crítica democrática aos reais fundamentos do ato decisório e, por conseguinte, manter as relações de poder veladas. Complementarmente, sustenta também Portanova que “o juiz que não tem valores e diz que seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação”<sup>559</sup>.

Cappelletti afirma que tal panorama é agravado pelo próprio sistema ao permitir a irresponsabilidade de seus sujeitos. E daí advém a relevância do debate acerca dos limites à liberdade, independência e autonomia dos juízes. Por conseguinte, desponta, para o autor, a necessidade de equilíbrio, “com o fim de evitar, ao mesmo tempo, a sujeição e, igualmente, o

---

<sup>555</sup> CHAISE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. de Sérgio Arenhart e Gustavo Osa. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 190. É também do autor: “Alterar uma estrutura será modificar também a sociedade para a qual ela serve de modelo. Assim, além de indagar se uma reforma processual faz sentido sob o ponto de vista instrumental, devemos questionar se a sua mensagem para a ordenação da sociedade é aceitável”. Ibidem, p. 190

<sup>556</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Op. cit., p. 73.

<sup>557</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Ibidem, p. 74.

<sup>558</sup> No mesmo sentido de Portanova, escreveu Pinto “as decisões judiciais são, e com frequência, embebidas de conteúdo político. Vejam-se neste aspecto, recentes julgados do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal [...] No futuro, quando questões como essas despertarem o interesse dos historiadores, investigando-se as razões de decidir, é provável que conclua quanto à inocuidade da norma legal que veda aos magistrados o envolvimento com assuntos político-partidários”. In: PINTO, Almir Pazzianoto. **O juiz e a sentença**. Brasília: Editora Consulex, 2010, p. 13. Interessante ainda referir acerca da observação de Portanova, que o autor Almir Pazzianoto Pinto também migrou, do cargo de ministro do trabalho ao de membro do STJ.

<sup>559</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Op. cit., p. 74.

fechamento e o ‘isolamento’ da magistratura”<sup>560</sup>. Cappelletti também atenta à ambiguidade do termo ‘responsabilidade’ e afirma que tanto pode significar a autoridade funcional dos juízes, quanto seu encargo de prestar contas<sup>561</sup>. Por esse motivo conclui: “trata-se de um poder que é ao mesmo tempo dever”. Dito de outra forma, como a atividade jurisdicional é disciplinada por regras e princípios, positivados ou não, a inobservância de tais elementos deveria redundar na responsabilização daqueles que, contraditoriamente, violam os postulados que deveriam proteger, tanto em benefício próprio (não necessariamente material) ou ainda de terceiro.<sup>562</sup>

Outrossim, cabe registrar que as afirmações de Cappelletti não são apresentadas objetivando dirimir independência ou autonomia do julgador, tão importantes para a higidez da jurisdição e a insubordinação desta aos poderes constituídos, mas ante a premissa de que a ausência de responsabilidade é incompatível com um sistema democrático<sup>563</sup>. Afinal, “um estado que se pretende democrático não pode prescindir de mecanismos de controle da atividade jurisdicional”<sup>564</sup>, tanto quanto à função propriamente dita, como a sua legitimidade.

Especificamente sobre a imparcialidade, Cappelletti assevera que representa “o valor final – a essência ou a natureza da função judiciária”<sup>565</sup>. Não obstante, o autor italiano também constata que reflete uma realidade processual imperfeita, já que produzida pela natureza de “coisas humanas”, além de diretamente relacionada às dimensões de independência e imunidade. Noutras palavras, Cappelletti percebe que o ‘salvo conduto’ relativo à insubordinação judicial não só interfere no dever de imparcialidade, como requer temperamentos que, objetivando perfectibilizar o último, permitam seja mitigada a imunidade

<sup>560</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 10.

<sup>561</sup> No Brasil, o tema da responsabilidade estatal em razão de atos jurisdicionais é polêmico. Nesse sentido, apesar de o art. 36, § 6º da Constituição Federal abordar o tema e prever o dever genérico de reparação a atos lesivos de agentes públicos, a interpretação do referido dispositivo não é pacífica. Por isso, a defesa da irresponsabilidade por atos jurisdicionais é fundamentada basicamente na soberania do estado, independência do juiz e risco à estabilidade da coisa julgada. De outro lado, majoritariamente, entretanto, têm-se admitido a reparação por erro judiciário e por denegação de justiça, situações a serem verificados somente após o esgotamento dos meios regulares/processuais de revisão do ato. A controvérsia maior, contudo, reside no que tange à responsabilidade pessoal do juiz, admissível somente em sede de direito regressivo e apenas em decorrência de atos praticados dolosamente. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **A&C** — Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 107-125, jan./mar. 2003.

<sup>562</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Op. cit., p. 17.

<sup>563</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Ibidem, p. 18.

<sup>564</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 30, n. 117, p. 293-308, jan./mar. 1993, p. 297.

<sup>565</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Idem, p. 32-33. Por esse ângulo, assevera ainda o autor que “imparcialidade do juiz (*nemo iudex in causa sua*) e a possibilidade das partes de fazer valer em juízo as próprias razões (*audiatur et altera pars*), consideraram-se por séculos como as duas regras fundamentais – as ‘regras da justiça natural’ ou ‘rules of natural justice’ do processo judiciário”, p. 33.

do julgador em face de um dever maior, representado pela correção da jurisdição e pela vedação à prática de atos lesivos às partes<sup>566</sup>. A questão é polêmica, mas contribui ao debate quanto à relação entre Estado Democrático de Direito, poder, controle e independência. O fato é que, ao lado do dever utópico de imparcialidade, são bastante tímidas as consequências procedimentais pelo seu descumprimento. Nessa linha está também a crítica de Pozzebon, para quem as causas de impedimento e suspeição definidas pelo código de processo penal, são insuficientes para abarcar todas as situações de comprometimento ilícito da decisão pelo juiz<sup>567</sup>.

A par disso, Michele Taruffo enfrenta a questão de neutralidade e imparcialidade de forma indireta, já que apesar de não abordar os institutos diretamente, enfrenta a relatividade da verdade na apreciação judicial. Para tanto, o autor utiliza um exemplo que intitula ‘um experimento mental’ relacionado ao livro de John Grishan – ‘The Broker’, ambientado em Bologna, Itália. Em síntese, a análise do enredo ficcional é separada por Taruffo em duas classes de leitores: informados e não informados e se refere às interpretações respectivas. No que tange à descrição física e espacial do romance, Taruffo relata que muitos dos espaços são reais, o que dá mais autenticidade à trama. Entretanto, também declara o autor que algumas referências são apenas verossímeis, fazendo com que o leitor conclua algo como verdadeiro apenas porque condizente com outras situações semelhantes da vida. Nesse intuito, exemplifica o quadro com base nas afirmações do enredo, de que a Faculdade de Direito fica localizada na via Zamboni (o que é real) e de que as salas dos professores situam-se no andar superior do referido edifício (o que é apenas verossímil, visto que é assim em muitas universidades, apesar de falso na hipótese). Nesse contexto, Taruffo assevera que apenas o leitor informado percebe a sutileza da incorreção, ao passo que o não informado toma-a como fidedigna. De qualquer forma, o impacto não é tão grande, pois ambos estão preparados para uma obra imaginária e, portanto, não têm expectativas frustradas.<sup>568</sup>

Diferente hipótese, entretanto, emergiria se a narrativa fosse publicada como notícia em um grande jornal, como o New York Times, conjectura em que as interpretações seriam diferentes, porque os leitores, conscientes ou não dos fatos, partiriam da premissa de que a

---

<sup>566</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Ibidem, p. 33. Sobre os tipos de responsabilidade, Cappelletti refere a responsabilidade política, a responsabilidade social, a responsabilidade jurídica do Estado e a responsabilidade pessoal do juiz (restitutória ou compensatória), que vige em termos penais, civis e disciplinares.

<sup>567</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito e Justiça**, vol 39, n. 1, p. 116-120, 2013. Sobre o art. 252 e 254, CPP, cabe resaltar que o assunto será novamente abordado nesta pesquisa em itens subsequentes.

<sup>568</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Op. cit., p. 55-58.

descrição ali efetuada é verdadeira. Assim, até mesmo o conhecedor da estrutura física do local poderia cogitar alguma modificação. Disso a conclusão primordial de Taruffo: “a definição de verdade parte do contexto [e dos sujeitos] em que é formulada”<sup>569</sup>. Em outras palavras, o discurso ‘verdadeiro’ detém uma conotação de pausabilidade conjuntural, que é questionável pela definição do que é simplesmente aparente.

As reflexões de Taruffo refletem o pensamento há muito desenvolvido em no âmbito da ciência jurídica e já manifestado no capítulo I deste texto. Porém, é importante reiterar a ‘realidade’ contingente das decisões e sua possível relação com a parcialidade. Nesse sentido, o mesmo Foucault que revelou as estruturas e manifestações do poder, referiu que “a verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua política geral de verdade: isto é, os tipos de discursos que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros”<sup>570</sup>.

De outro lado, Grandinetti de Carvalho acompanha o raciocínio foucauldiano ao asseverar que “a verdade processual, que deveria ser um somatório de vários momentos, de vários cruzamentos funcionais e de várias plataformas intrasistêmicas, está sob o risco permanente de transformar-se em instrumento do tipo de verdade que o poder quer afirmar”<sup>571</sup>. Khaled Jr., por sua vez, relaciona tal discurso aos mitos que permeiam e alimentam a atividade jurídica como os dogmas e o poder<sup>572</sup>. Em conclusão, aliando-se as reflexões de Taruffo, Grandinetti e Khaled com as de Cunha Martins e também de Freud, todos já citados neste trabalho: se as expectativas são diferentes e estão vinculadas às relações de poder, podendo sofrer alterações conforme as respectivas circunstâncias, é possível constatar que o senso comum (em analogia ao leitor não informado), pode influenciar o juiz (no caso o leitor informado), no que se refere ao cenário mental inconsciente, contido na ‘sombra’ psicanalítica jungniana.

Assim, e após terem sido consignadas todas essas nuances persuasivas à neutralidade e ao dever de imparcialidade judicial (inconsciente, ideologia, responsabilidade e verdade), é possível examinar o assunto sob duas vertentes: a da dinâmica processual penal declarada e a da efetividade democrática da própria jurisdição. No que tange ao primeiro ponto, a análise

---

<sup>569</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. *Ibidem*, p. 58.

<sup>570</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>571</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>572</sup> Para Khaled: “através do mito da verdade correspondente e da infalibilidade do juiz, é possível legitimar discursivamente toda uma estrutura de poder jurídico e repressão que se encontra em franco descompasso com os objetivos constitucionalmente estipulados pela República Federativa do Brasil.” In: KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. *Op. cit.*, p. 485.



conjunta dos deveres jurisdicionais de fundamentação das decisões e de imparcialidade revela que tais institutos fazem parte do mesmo contexto e objetivam assegurar aos jurisdicionados um utópico julgamento isento. Daí que, em termos ideais, quando o juiz justifica seus provimentos, deve fazê-lo com base nos elementos dos autos, a fim de garantir que não está decidindo pelos dados e informações estranhas ao processado. Complementarmente, a publicidade que acompanha as razões da deliberação, confere-lhes transparência, porque supostamente permite o escrutínio de todos.

Entretanto, a contínua marcha de legitimação jurisdicional resta, nesse aspecto, ameaçada pela fragilidade da promessa de que as conclusões do julgador seriam apenas produto de fatos e fundamentos dos autos, principalmente em decorrência das premissas psicológicas e das relações de poder expostas nos parágrafos anteriores. Isso significa que o dever de imparcialidade pode, sim, restar persuadido pelo proselitismo não neutral — frise-se, algo indissociável da natureza humana e mundana dos sujeitos processuais, mas também pode estar relacionado à preferência do juiz por uma das partes. O paradoxo, então, é flagrante e seu enfrentamento é tão necessário quanto é necessária a eleição de novas metodologias procedimentais equânimes. Dito de outra forma e como visto, a questão é que, na configuração atual do processo e procedimentos criminais, a simples cisão teórica dos institutos não tem sido suficiente para garantir aos envolvidos decisões equilibradas, simplesmente em razão de o próprio juiz poder ser um fator de instabilidade.

Nesse ponto, importante resgatar o entendimento de Trujillo acerca do dever ampliado de imparcialidade jurisdicional. Assim sendo, além de vincular o instituto à atividade do juiz, ou de quem quer que deva julgar (em qualquer área do conhecimento<sup>573</sup>), a autora consagra a relação simbiótica entre processo e procedimentos capazes de proporcionar maior efetividade ao instituto<sup>574</sup>. Isso importa em, para além do sujeito e com base nele, alcançar as metodologias processuais, com o propósito de oferecer maiores condições à imparcialidade. Dessa forma, se o homem é limitado simplesmente porque é humano, que seja possível produzir um espaço reduzido aos efeitos nocivos de suas deficiências intrínsecas.

---

<sup>573</sup> Para a autora: “entendemos por ‘imparcial’ el juicio realizado por una persona que se muestra objetiva, desapasionada, que no favorece (por interés o simpatía) a ninguna de las partes. Por extensión, podemos denominar “imparcial” al sujeto imparcial y a los procedimientos para garantizar la imparcialidad. Esta definición general se aplica a muchos ámbitos de la experiencia humana y se convierte en la actitud adecuada en una multiplicidad de instancias: para el juez, por supuesto, pero también para el científico, el historiador, el crítico de arte, el árbitro, el padre, el docente [...] en definitiva, para cualquiera que deba juzgar”. In: TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Op. cit., p. 70.

<sup>574</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Ibidem, p. 70.

Em complemento, Duarte sustenta que com o passar dos séculos “a imparcialidade tão buscada pela justiça, só pode ser vista de maneira mitigada, quase como uma imparcialidade inconsciente, justificada e motivada”. E ainda “esse conceito contém aqui um sentido de meta que, embora intangível, não deve deixar de ser perseguida”<sup>575</sup>. Conjugando os ensinamentos de Trujillo e Duarte, são dois os pontos que parecem imprescindíveis às investigações: mitigar a imparcialidade, bem como definir alterações procedimentais que transponham sua separação formal com a neutralidade — porque esta é insuficiente para, por si só, legitimar o processo heterocompositivo. Sobre a importância da instrumentalidade processual ao exercício de garantias, colhe-se de Fenoll:

Habitualmente las decisiones de los seres humanos son cortoplacistas pero, logicamente siempre son preferibles soluciones a largo plazo. Además, lo correcto es considerar todas las alternativas a la decisión pensada antes de tomar dicha decisión, pero las personas no suelen obrar de este modo, sino que desprecian esas alternativas, aunque lo más frecuente es que ni siquiera piensen en ellas. Además, los seres humanos acostumbran a ver solamente los datos superficiales, sin establecer las debidas inferencias que ayuden a tomar la decisión. El proceso jurisdiccional, o más precisamente el procedimiento, existe justamente para evitar los defectos anteriores.<sup>576</sup>

Daí que, em síntese, todo esse quadro implica que a pretendida separação neutralidade/imparcialidade é mais complexa do que apontam as análises superficiais, pois o imbróglio é tanto de motivação teórica quanto operacional. Assim, quando o processo penal hodierno optou por separar os elementos, fê-lo baseado em uma construção quimérica nitidamente insatisfatória. Apesar de o discurso ser persuasivo (inexistência de neutralidade aliada a um dever de imparcialidade), a cisão mostra-se mais voltada ao estéril absolutismo cartesiano, que segmenta apenas idealmente institutos, do que faz uma verificação profunda acerca de sua efetividade jurisdiccional. De outro lado, a aceitação desse quadro implica a paralisação do debate acerca da higidez da democracia jurídica, ou seja, a receptividade à fragmentação teórica deflagra um quadro sistemático de tolerância e comodidade pela manutenção do ‘*status quo*’.

Entretanto, necessário um acordo semântico interpretativo: não se pretende, nestas páginas, sugerir a necessidade de neutralidade para que seja factível o dever de imparcialidade. O que se tenciona é demonstrar que, mesmo com a remoção do invólucro neutral, há flagrante escassez epistêmica para conjugar satisfatoriamente as características humanas do juiz e sua obrigação de tratamento, avaliação e interpretação igualitárias.

<sup>575</sup> DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 85, p. 221-256, março de 2002, p. 222.

<sup>576</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Op. cit., p. 53.

É preciso, então, transcender às concepções da ciência moderna, ultrapassar a neutralidade e alcançar, em conformidade com Levinas, o ser em sua essência, mas não só. Repita-se: ao lado das concepções ontológicas, é indispensável pensar um procedimento capaz de oferecer aos sujeitos condições à atuação minimamente imparcial. Dito de outra forma, a imparcialidade implica a vedação de vinculação ao interesse de qualquer das partes, mas também, como defendem Trujillo e Fenoll, na atuação do direito, possibilitar o desenvolvimento salutar de funções judiciais e de atos processuais. Trata-se de uma tentativa de construção, ainda que imperfeita, de mecanismos aptos a reduzir a parcialidade.

Daí que a imparcialidade é, como referido anteriormente, além de um dever, um ânimo, uma disposição que acompanha a atuação dos personagens da jurisdição. Por conseguinte, é um elemento com facetas de ordem objetiva e subjetiva, evidenciadas por uma estrutura complexa que fomentou, jurisprudencialmente inclusive, a divisão do conceito em duas áreas distintas, apesar de complementares, conforme se disporá a seguir. O questionamento a ser respondido, então, refere-se, no mesmo sentido do já disposto nas páginas anteriores, à satisfatividade das variáveis consideradas em tal separação.

### **2.3 Complementando o conceito: de elementos materiais até o Tribunal Europeu de Direitos Humanos**

O presente estudo, até este momento, demonstrou a complexidade conceitual e material da imparcialidade como obrigação jurisdicional. Na sequência, serão evidenciados argumentos suplementares que, entre os aspectos legislativos e de aplicação prática desse poder-dever, contribuirão ao deslinde das possíveis perturbações à exequibilidade do instituto como instrumento democrático.

Em sendo do aspecto legal, o Brasil reservou à imparcialidade importância de garantia constitucional, contudo, não lhe assegurou disciplina expressa no texto. O conteúdo de norma fundamental, entretanto, decorre da interpretação sistemática de elementos igualmente constitucionais como a independência da magistratura, apoiada em prerrogativas e vedações aos juízes (artigo 95, CF). Ademais, o disposto no artigo 5º, § 2º da carta magna reafirma sua natureza constitucional ao inseri-la também no bloco de constitucionalidade. Assim, ao asseverar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em

que a República Federativa do Brasil seja parte”, consignou-se a existência, diretamente decorrente de cláusula constitucional aberta, de normas fundamentais para além do diploma específico<sup>577</sup>. Isso acontece porque o modelo constitucional brasileiro consagrou o princípio da dignidade humana como elemento base, dele decorrendo uma série de prerrogativas individuais e coletivas. De outro lado, é nítido que a lei fundamental dá mais importância ao conteúdo tangível da norma do que a sua localização espacial. Para Sarlet, significa que “existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos”<sup>578</sup>

Conseqüentemente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (de 16 de dezembro de 1966), recepcionado pelo Brasil pelo Decreto n. 592 (de 6 de julho de 1992) manifestamente prevê que “todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”. Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (entabulada em San José da Costa Rica a 22 de dezembro de 1969 e interiorizada pelo Brasil em 6 de novembro de 1992 – Decreto n. 678), igualmente estabelece o direito a “um juiz ou tribunal imparcial” em seu artigo 8.1.

A respeito da coexistência e complementaridade, no Brasil, entre os direitos interno e internacional, Giacomolli refere que “há uma abertura do sistema doméstico ao sistema protetivo internacional, possibilitando uma hermenêutica assecuratória dos direitos e das liberdades, na perspectiva do devido processo”<sup>579</sup>. Para tanto, o país adotou uma metodologia heterogênea quanto à inserção da normatividade global, de forma que existe a possibilidade de as regras constarem do texto imediato da constituição, serem acopladas a ela com base em emendas constitucionais ou, ainda, apresentarem característica de suprallegalidade.

Assim, a redação primeva da carta somente se referia, de forma genérica e ampla, à compatibilização e universalização de direitos e garantias, consoante ao artigo 5º, § 2º, já descrito e ainda em vigor. Posteriormente, após dezesseis anos da promulgação original foi

---

<sup>577</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

<sup>578</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 8ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113-114.

<sup>579</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Op. cit., p. 17.

acrescido ao § 3º do mesmo dispositivo, por meio de emenda (n. 45/2004), passando-se a disciplinar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Isto fez expandir a polêmica<sup>580</sup>, já preexistente, quanto à natureza jurídica de tais convenções no plano do direito interno, a depender da cronologia e quórum de votação. Em síntese, nunca houve dúvidas consideráveis acerca dos pactos internacionais disciplinadores de matéria estranha a direitos humanos, já que esses sempre detiveram conteúdo doméstico correspondente à norma ordinária. A controvérsia, contudo, formou-se quanto aos acordos globais com âmago humanista: seriam considerados compatíveis às emendas apenas se acatados mediante regra especial de votação (praticável à espécie somente após 2004, já que, antes, inexistia tal exigência), deteriam matriz supralegal, ou desfrutariam âmago diretamente fundamental (dado ao conteúdo material específico)?<sup>581</sup>

O Supremo Tribunal Federal apreciou o debate e, com base em difusos julgados anteriores (inclusive prévios à emenda de 2004), ressaltou o caráter especial e privilegiado dos tratados de direitos humanos. No aspecto temporal, consignou que os textos internacionais antecedentes a 2004 detinham característica supralegal (inferiores à constituição, mas superiores às leis ordinárias) e que somente os tratados submetidos ao quórum qualificado de votação poderiam ser considerados formalmente constitucionais<sup>582</sup>.

Disso pode ser extraída uma conclusão básica: há uma significativa deficiência no país sobre o espírito das normas em questão (de ordem legislativa e também axiológica hermenêutica), algo que o judiciário expressa e reproduz. Ademais, é assente que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, conforme a própria Constituição (artigo 5º, § 1º), o que, em interpretação sistemática, demonstra ter sido totalmente desnecessária e equivocada a

---

<sup>580</sup> Sobre o assunto ver PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Op. cit., p. 107-145. Ver também SARLET, Ingo Wolfgang, para quem “inobstante não necessariamente ligada à fundamentabilidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, parágrafo 2º da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como há direitos fundamentias existentes fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal”. Ainda, estabelece Sarlet que o art. 5º, parágrafo 2º da CF, representa uma “cláusula de abertura” para direitos “não expressamente positivados”. In: **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75 e p. 86.

<sup>581</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Ibidem, p. 127.

<sup>582</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Ibidem, p. 135. Ver também o contido no acórdão proferido no RE 466.343-1 de 2008. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1 de São Paulo, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso dos Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgamento em 22 de novembro de 2006.

subsunção realizada pelo constituinte derivado. A respeito, sustenta Piovesan que “a hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”<sup>583</sup>. Assim e em resumo, o texto original continha elementos suficientes à compreensão da essência constitucional da matéria, o que foi maculado pelo pensamento jurídico nacional arcaico e conservador.

Complementarmente, mesmo que se justifique a controvérsia ante a hierarquia das normas e não necessariamente sua substância, cabe ressaltar que a simples menção ao escrutínio diferenciado e à supralegalidade, confere prevalência à formalidade em detrimento do conteúdo. E este é precisamente o problema: uma cultura jurídica positivista e avaliativa que tem dificuldades em dar primazia a situações de constitucionalidade material. Inversamente, a forma deve ser compreendida como instrumento de proteção aos direitos e garantias, não como elemento que dificulte a compreensão meritória. Somente a título de exemplo, assevera ainda Piovesan que, na América Latina, a eficácia imediata e diretamente constitucional dos tratados sobre direitos humanos foi albergada por Argentina, Venezuela, Peru, Nicarágua, Guatemala e Chile<sup>584</sup>.

Paralelamente, relevante perspectiva sobre a eficácia de normas internacionais de cunho humanístico está relacionada ao seu sentido de ‘jus cogens’<sup>585</sup>, ou seja, trata-se de normas obrigatórias e inderrogáveis, previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>586</sup>, diploma que, somente para efeitos de argumentação, foi devidamente ratificada pelo Brasil - Decreto n. 7003, de 14 de dezembro de 2009.

---

<sup>583</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Ibidem, p. 135.

<sup>584</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Ibidem, p. 1142-1144.

<sup>585</sup> Para Mazzuoli, as normas de ‘jus cogens’ “se sobrepõem à autonomia da vontade dos Estados e não podem ser derogadas quer por tratados, quer por costumes ou por princípios gerais de Direito Internacional [...] são normas superiores aos tratados e ao costumes que devem ser aplicadas com primazia sobre quaisquer outras”. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8ª edição, São Paulo: RT, 2014, p. 170.

<sup>586</sup> Estabelece o art. 53 do referido diploma normativo: “Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (jus cogens) - É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza”. Ademais, apesar de a Convenção de Viena não referir quais são as hipóteses que compreendem o ‘jus cogens’, a doutrina global tem definido que abrange a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os princípios pacifistas da Carta das Nações Unidas, os direitos e garantias fundamentais do homem, independente da fonte, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, bem como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como, no plano regional, a Convenção Americana dos Direitos do Homem. In: MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. Ibidem, p. 175.

Assim, uma vez assente o conteúdo constitucional, global e cogente da imparcialidade, cabe analisar a aplicabilidade que o instituto detém nos espaços local e internacional. Para tanto, assevera Badaró que “o tema da imparcialidade não tem merecido a devida atenção da doutrina nacional [...] sendo normalmente tratada apenas sob a ótica dos impedimentos e suspeições dos magistrados disciplinados no código de processo penal”<sup>587</sup>. Em sede mundial, entretanto, apesar da ainda comedida análise, autores e tribunais têm-se voltado ao assunto de uma maneira um pouco mais palpável, principalmente no que tange à ampliação e separação entre imparcialidade objetiva e subjetiva. Tradicionalmente, o conceito apenas era vinculado às garantias jurisdicionais e às questões anímicas.

Em consequência, e em termos conceituais, sustenta Giacomolli que, com base no direito comparado e “em uma aproximação subjetiva, a imparcialidade identifica a inexistência de prejuízos (‘pré-juízos’), de preconceitos inautênticos ou indevidamente adquiridos que possam viciar o julgamento, traduzindo-se na inexistência de uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento”<sup>588</sup>. Isso importa que a concepção em vigor reúne sob a locução presumivelmente pessoal toda e qualquer circunstância que interfira na decisão e se encontre para além do processado. De outro lado, atesta também Giacomolli que “desde uma percepção objetiva, não basta ao julgador prestar tutela jurisdicional efetiva, ‘fazer justiça, mas faz-se necessário mostrar à sociedade e à comunidade jurídica que a ‘justiça’ está sendo feita”<sup>589</sup>. Em outras palavras, e de uma maneira bastante sintetizada, o dever de imparcialidade também implica diretamente a legitimidade da jurisdição entendida como aceitação social ao instituto ou ao exercício do poder respectivo<sup>590</sup>.

Segundo Montero Aroca, o fracionamento acima exposto, começou a ser delineado na década de mil novecentos e oitenta junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH,

---

<sup>587</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Processual Penal, Constituição e Crítica**. Op. cit., p. 345.

<sup>588</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Op. cit., p. 234-235.

<sup>589</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Op. cit., p. 235-236.

<sup>590</sup> O sentido de legitimidade utilizado por este trabalho é simplificado, porém, é importante observar que o termo é de difícil e imprecisa definição, podendo ser delimitado, por exemplo, no aspecto tradicional (autoridade, carisma e anuência), ou ainda, no sentido racional – que está conectado ao respeito à ordem jurídica. Para maior aprofundamento, sugere-se a leitura de LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Op. cit., p. 181, para quem “a função de legitimação não é realizada mediante a escolha de meios apropriados para atingir um objeto preestabelecido, existindo na distância, mas sim mediante aspectos que se verificam no comportamento social, muitas vezes de forma latente, mediante a atuação simbólica-expressiva, que inclui os participantes em papéis implícitos e os não participantes, mediante exposição dramática do procedimento no seu significado e os concilia, deixando-so participar de forma ativa ou simbólica”. Ver também HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

momento em que foi abarcada a tese sobre a “aparência de justiça” quanto à percepção exterior de imparcialidade<sup>591</sup>. A primeira das discussões ocorreu no caso Cristian Piersack contra o reino da Bélgica, hipótese em que foi reconhecida a parcialidade de julgamento criminal colegiado em que um dos juízes atuara, também e anteriormente, na instrução da causa como membro do ministério público. Assevera Aroca que se concluiu, na época, que “la imparcialidad se define por la ausencia de prejuicios o imparcialidades”. Além disso, pela primeira vez consignou-se que, estruturalmente, podem ser diferidos dois aspectos ao instituto: “1) Subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal del juez determinado em um caso concreto, y 2) Objetivo, que se refiere a si éste (el juez) ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”<sup>592</sup>.

No que tange ao último ponto, o referido julgamento discorreu sobre as razões legítimas para a incerteza acerca da imparcialidade, ao que afirmou o TEDH “lo que está em juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos em una sociedad democrática”<sup>593</sup>. Daí que, a partir daquele momento, abriu-se uma nova perspectiva acerca da imparcialidade, relacionada à credibilidade da jurisdição. É importante, entretanto, referir que a existência de ‘boa reputação’ ao julgamento não representa uma característica excludente dos demais elementos intrínsecos ao termo (e dispostos anteriormente neste texto). Em outras palavras, o surgimento do debate acerca da confiabilidade jurisdicional exterior teve um cunho complementar: igualdade, contraditório, devido processo legal, entre outros, seguem como inafastáveis de uma decisão imparcial e a eles apenas foi acrescida uma disposição suplementar. Em síntese, a questão transcende à apuração da parcialidade em si e atinge, também, a dúvida fundada acerca da sua existência.

---

<sup>591</sup> A competência do TEDH não se refere exatamente aos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, uma vez que se restringe à análise da aplicabilidade da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O texto em questão afirma, no artigo 6: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”. Não obstante, a utilização dos julgados do TEDH justifica-se tanto pela similitude entre as regras vigentes em face do Brasil como e, principalmente, em decorrência do conteúdo das decisões proferidas por aquele tribunal.

<sup>592</sup> AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Op. cit., p. 43-44. O texto transcrito pelo autor corresponde à literalidade do que foi decidido pelo TEDH. Case of Piersack v. Belgium (n. 8692/79), Julgamento em 01 de outubro de 1982. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165173>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>593</sup> TEDH. Case of Piersack v. Belgium (n. 8692/79), Julgamento em 01 de outubro de 1982. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165173>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.



O debate inaugurado no caso Piersack foi retomado apenas dois anos após, em situação bastante semelhante à que foi decidida em 1982. Assim é que em Albert de Cubber contra o reino da Bélgica foram aceitas as suspeitas de parcialidade à deliberação proferida por juiz que participara da instrução da causa e também do julgamento recursal. É importante observar que, no caso, não houve justaposição entre o órgão do ministério público e o responsável pela decisão, mas sobreposição na titularidade da função jurisdicional propriamente dita<sup>594</sup>. Ocorre que, na Bélgica do final do século XX, ao juiz de primeiro grau eram franqueadas atividades probatórias e decisórias. Assim é que o julgador primevo determinara ordem de prisão cautelar e atuara propositivamente na ação posteriormente levada ao TEDH, como também o fizera em diversas outras ações cíveis e criminais em que fora parte o mesmo acusado.<sup>595</sup>

Sobre o assunto, sustenta Aroca que, na oportunidade, a corte europeia consignou a presença “el derecho a recusar siempre que pueda legitimamente temerse una falta de una sociedad democrática há de inspirar a los justiciables y sobre todo a los acusados”. Ainda, assevera o autor que a atividade instrutória “hace que el juez instructor se haya formado antes del juicio una opinión que puede pesar decisivamente en el ánimo del tribunal a la hora de decisión por lo que el acusado puede estar legitimamente preocupado sobre la imparcialidad del tribunal”<sup>596</sup>. No mais, se encontra na fundamentação do julgado a seguinte menção: “según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970, ‘justice must not only be done: it must also be seen to be done’”<sup>597</sup>.

Não obstante, o pleno abrigo à desconfiança sobre a imparcialidade, em cenário de justaposição de funções, foi mitigado com a sentença do caso Mogens Hauschildt contra

---

<sup>594</sup> Depreende-se do acórdão do tribunal europeu: “apesar de la existencia de ciertas analogías entre los dos asuntos [Piersack e De Cubber], se encuentra en el presente caso el Tribunal ante una situación jurídica diferente: el ejercicio sucesivo de las funciones de juez de instrucción y de juez sobre el fondo del asunto por un mismo Magistrado en una misma causa”. A respeito, a corte expressamente refutou a cumulação de funções instrutória e decisória, sustentando que tal prática, “de tipo inquisitorial, reviste en el Derecho belga un carácter secreto y no contradictorio, lo que le distingue de la instrucción dirigida a la audiencia de la jurisdicción que debe emitir el fallo”. In: TEDH. Case of De Cubber v. Belgium (n. 9186/80), Julgamento em 26 de outubro de 1984. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>595</sup> TEDH. Case of De Cubber v. Belgium (n. 9186/80), Julgamento em 26 de outubro de 1984. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>596</sup> AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Op. cit., p. 45 e p. 46, respectivamente.

<sup>597</sup> TEDH. Case of De Cubber v. Belgium (n. 9186/80), Julgamento em 26 de outubro de 1984. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017. O caso Delcourt v. Bélgica foi julgado pelo TEDH em 1970. Nesta ação, apesar de o tribunal ter referido os direitos à igualdade e à imparcialidade na fundação, não foi reconhecida qualquer lesão a estes elementos. In: TEDH. Case of Delcourt v. Belgium (n. 2689/65), Julgamento em 17 de janeiro de 1970. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165138>. Acesso em 10 junho de 2017.

Dinamarca, proferido em 24 de maio de 1989. Assim como no precedente adstrito à De Cubber, houve na hipótese coincidência entre a subscrição de mandamentos judiciais interlocutórios (como a determinação de constrição cautelar da liberdade), atos de instrução e a composição dos tribunais que julgaram os recursos criminais. Ocorre que, na situação em especial, apesar de terem sido abstratamente reiterados os argumentos acerca das facetas objetiva e subjetiva do dever de isenção e atestada dúvida sobre a imparcialidade no caso concreto (porque na decisão provisória o juiz usara a expressão ‘suspeitas confirmadas’, denotando seu pré-julgamento), a corte sustentou que a análise não depende apenas da sobreposição de funções, sendo necessário avaliar as circunstâncias de cada caso para constatar a ocorrência de lesão<sup>598</sup>.

Especificamente sobre os provimentos cautelar e final, os magistrados europeus afirmaram em Hauschildt v. Dinamarca que, de plano, inexistiu ofensa à imparcialidade, pois as naturezas jurídicas das disposições são diferentes. A primeira tem essência cautelar e verificação sumária, ao passo que a segunda averigua profundamente as provas. Em consequência, justificaram que “as questões que têm que resolver o juiz antes do processo propriamente dito não são as mesmas a que se refere à sentença definitiva”<sup>599</sup>. Por isso, a corte declarou que, não havendo ilegalidade obrigatória, a atividade de cada juiz deve ser examinada. Em outras palavras, concluiu-se que a imparcialidade se presume; a parcialidade depende de situações específicas de cada conjuntura.

Daí que o tribunal consignou: “para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo”<sup>600</sup>. Ainda, referiram os julgadores europeus que a realização de atos cautelares e probatórios por um dos juízes recursais, “puede suscitar dudas en el acusado sobre la imparcialidad del juez; son comprensibles, pero esto no significa que se deban considerar como objetivamente justificadas en todos los casos. La contestación a la pregunta dependerá de las circunstancias que concurran”<sup>601</sup>. Acerca da referida orientação, avalia Badaró que “trata-se, pois, de uma análise casuística, que pode gerar mais insegurança e

---

<sup>598</sup> TEDH. Case of Hauschildt v. Denmark (n. 10486/83), Julgamento em 24 de maio de 1989. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164742>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>599</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Op. cit., p. 349.

<sup>600</sup> TEDH. Case of Hauschildt v. Denmark (n. 10486/83), Julgamento em 24 de maio de 1989. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164742>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>601</sup> TEDH. Case of Hauschildt v. Denmark (n. 10486/83), Julgamento em 24 de maio de 1989. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164742>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

incerteza quanto ao direito a um juiz imparcial”<sup>602</sup>. De fato, apesar de superficialmente conveniente, a posição que vincula a imparcialidade objetiva às circunstâncias do caso concreto, torna muito tênue a diferença entre as duas nuances e prejudica a separação antes desenvolvida.

Em outras palavras, ao definir o aspecto subjetivo da imparcialidade ao ânimo do julgador e à proibição de pré-julgamentos, os limites foram bem demarcados, mas em termos da vertente objetiva a questão é outra, e se refere à percepção externa, à confiança inspirada pelo exercício da jurisdição. Então, o que se disse no início da década de 1980 foi que tal credulidade resta abalada com a justaposição de funções, sendo crível a redução de expectativas pelos jurisdicionados. Ou seja, o foco é o que se sente em decorrência da atividade do juiz, e como se relaciona a destinatários indeterminados, mais vale definir critérios certos e gerais. Não obstante, ao vincular essa difícil análise às atividades judicantes em concreto, pretende-se identificar as reações ‘pragmáticas’ de uma multiplicidade de sujeitos ao sentir ‘objetivo’ de um único ser, o que, para além da dificuldade interpretativa, resulta na confusão entre os elementos.

Disso decorre uma árdua adequação do brocardo inglês referido em *Piersack* contra Bélgica. Afinal, a justiça não deve apenas julgar de forma imparcial, ela deve também parecer julgar de forma imparcial. Então, se é primordial a decisão irradiar e inspirar confiança, isso depende do receptor ou do conjunto de observadores externos, algo que, por si, requer generalidade à investigação e impede a concentração de esforços avaliativos unicamente aos atos judiciais.

Apesar disso, o entendimento do tribunal europeu acerca da ausência de associação imediata entre parcialidade e antecipação do julgamento de mérito por atividades cautelares, foi confirmado em vários casos posteriores, a exemplo de *Jean-Pierre Sainte-Marie* contra França, julgado em 16 de dezembro de 1992, e *Hans Erik Nortier* contra Países Baixos, julgado em 24 de agosto de 1993. Na primeira hipótese, houve determinação de prisão cautelar por posse ilegal de armas. A confirmação do provimento cautelar foi determinada por dois juízes que posteriormente também atuaram na decisão final de mérito<sup>603</sup>. Na segunda situação, o subscritor da prisão provisória e da sentença condenatória foi o mesmo, tendo os

---

<sup>602</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e Crítica**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Op. cit., p. 348.

<sup>603</sup> TEDH. *Case of Sainte-Marie v. the France* (n. 12981/87), Julgamento em 16 de dezembro de 1992. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164619>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

atos sido referendados, a despeito de se tratar de competência especial do juízo da infância e adolescência<sup>604</sup>.

Situações similares foram igualmente apreciadas pelo TEDH, especificamente nos casos Hans Jürgen Fey contra Áustria, apreciado em 24 de fevereiro de 1993<sup>605</sup>, em Alessandro Padovani em face de Itália, analisado em 26 de fevereiro de 1993<sup>606</sup> e em Mikdat Bulut oposto à Áustria, julgado em 26 de fevereiro de 1996<sup>607</sup>. Nesses casos, para além dos provimentos cautelares constritivos, houve análise quanto à sobreposição de funções relativa à movimentação instrutória, como tomada de declarações, solicitação de provas e oitiva de testemunhas, todos referendados pela corte. No caso Bulut, especificamente, durante a ação originária, a defesa do acusado foi questionada sobre a justaposição funcional, tendo permanecido inerte. O questionamento ao tribunal europeu, então, referiu-se à irrenunciabilidade à imparcialidade que, apesar de confirmada, não foi constatada, sob o argumento de que a realização de atos probatórios não compromete o dever de isenção. Outra hipótese aproximada refere-se à ação entre Saraiva de Carvalho e Portugal, julgada em 22 de abril de 1994 – em que se consignou compatibilidade de funções entre ‘despacho de pronúncia’ e juízo condenatório relativo a crime de terrorismo. Na época, a corte ratificou que “no cabe considerar que el mero hecho de que un juez haya adoptado ya decisiones antes del proceso justifica en sí aprensiones sobre su imparcialidad. Lo que cuenta es la amplitud y la naturaleza de las medidas adoptadas por el juez antes del proceso”<sup>608</sup>.

Em meio a esses precedentes, houve decisões que pareceram resgatar o entendimento original, firmado nos casos Piersack e De Cubber. Apesar de as violações ao dever de imparcialidade terem sido reconhecidas, foram-no muito mais em relação ao disposto em leis

---

<sup>604</sup> TEDH. Case of Nortier v. the Netherlands (n. 13924/88), Julgamento em 24 de agosto de 1993. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164538>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>605</sup> TEDH. Case of Fey v. Austria (n. 14396/88), Julgamento em 24 de fevereiro de 1993. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164543>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>606</sup> TEDH. Case of Padovani v. Italy (n. 13396/87), Julgamento em 26 de fevereiro de 1993. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164545>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017. Nesse caso em particular, foram apreciadas medidas probatórias consideradas urgentes. Para tanto, manifestou-se o TEDH: “el Tribunal recuerda que la imparcialidad de un Tribunal debe determinarse con arreglo a una actitud subjetiva y a otra objetiva. En lo que respecta a la primera, no existe ningún elemento que permita pensar que el Juez de instancia tuviera prevenciones. En cuanto a la segunda, no cabe considerar que los temores del actor acerca de una falta de imparcialidad debido a las medidas adoptadas por el pretore antes del procedimiento de juicio estuvieran objetivamente justificados. De las informaciones recogidas por el Tribunal se deriva que los actos de instrucción urgente se limitaron a la audición de los tres inculpados. Además, al emitir la orden de arresto del 26 de febrero de 1987, el citado Magistrado se basó en las propias declaraciones del señor Padovani”.

<sup>607</sup> TEDH. Case of Bulut v. Austria (n. 17358/90), Julgamento em 22 de fevereiro de 1996. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164262>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>608</sup> TEDH. Case of Saraiva de Carvalho v. Portugal (n. 15651/89), Julgamento em 22 de abril de 1994. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164368>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

internas, do que ao conteúdo dos fatos. Um exemplo são os acontecimentos julgados em 25 de fevereiro de 1992, no caso Pfeifer y Plankl contra Áustria<sup>609</sup>, em que dois juízes instrutores participaram do julgamento da ação originária, contrariamente ao disposto na legislação austríaca. Ainda, a defesa técnica não foi informada a respeito da justaposição de funções, embora os réus tenham sido cientificados do impedimento. Então, para Aroca, apesar da resolução final adotada pelo tribunal europeu (reconhecendo o vício), não há como considerar alterada a orientação definida no caso Haushildt, uma vez que as razões de decidir foram fáticas em detrimento de ponderações teóricas acerca do assunto.<sup>610</sup>

Em ocasiões posteriores, o juízo que conjuga a separação da imparcialidade em subjetiva (ânimo do juiz) e objetiva (confiança exterior), alicerçada pela análise casuística foi reprisada em várias oportunidades. Para efeitos de argumentação, ainda que não se trate de hipóteses especificamente relativas à detenção cautelar criminal, é importante referir muitos outros julgamentos posteriores que fizeram um resgate do assunto reafirmando a orientação do início da década de 1980. A título de exemplo, tem-se Kyprianou contra Cyprus, julgado em 15 de dezembro de 2005<sup>611</sup>, Micallef em objeção a Malta, analisado em 15 de outubro de 2009<sup>612</sup>, Morice em oposição à França, decidido em 23 de abril de 2015<sup>613</sup>, e, mais recentemente, em Korzeniak em face de Polônia, julgamento finalizado em 10 de abril de 2017<sup>614</sup>. Do acórdão proferido em Korseniak v. Polônia, extrai-se uma importante retrospectiva (também realizada em outros julgados, inclusive com identidade textual), feita pelo próprio TEDH acerca da jurisprudência que formou. A respeito, ressalta-se que a disposição literal é imprescindível à adequada compreensão e, por opção metodológica, será segmentada, a começar pela distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva:

The Court reiterates at the outset that it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public. To that end, Article 6 requires a tribunal falling within its scope to be impartial. Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can

<sup>609</sup> TEDH. Case of Pfeifer y Plankl v. Austria (n. 10802/84), Julgamento em 25 de fevereiro de 1992. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164623>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>610</sup> AROCA, Jun Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Op. cit., p. 46. O acórdão pode ser verificado em TEDH. Case of Pfeifer y Plankl v. Austria (n. 10802/84), Julgamento em 25 de fevereiro de 1992. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164623>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>611</sup> TEDH. Case of Kyprianou v. Cyprus (n. 73797/01), Julgamento em 15 de dezembro de 2005. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71671>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>612</sup> TEDH. Case of Micallef v. Malta (n. 17056/06), Julgamento em 15 de outubro de 2009. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139053>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>613</sup> TEDH. Case of Morice v. France (n. 29369/10), Julgamento em 23 de abril de 2015. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154265>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

<sup>614</sup> TEDH. Case of Korzeniak v. Polonian (n. 56134/08), Julgamento em 10 de abril de 2017. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170045>. Acesso em 15 de julho de 2017.

be tested in various ways. The Court has thus distinguished between a subjective approach - that is, endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case - and an objective approach - that is, determining whether he or she offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see *Piersack v. Belgium*, 1 October 1982, § 30, Series A no. 53, and *Grievés v. the United Kingdom* [GC], no. 57067/00, § 69, ECHR 2003- XII (extracts)).<sup>615</sup>

No mesmo julgado, a corte segue se manifestando sobre o assunto e passa a discorrer sobre a dificuldade de constatação da imparcialidade subjetiva, que é presumida em razão da natureza pública da jurisdição. Ou seja, é imprescindível prova da atividade desigual do juiz e do desejo que a motiva. Ocorre que como se trata de manifestações psicológicas e dificilmente extensivas, é realmente muito árdua tal demonstração, algo que, para além de ser admitido pela corte é, em tese, viabilizado pela imparcialidade objetiva, uma garantia suplementar e mais facilmente demonstrável:

In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see *Hauschildt v. Denmark*, 24 May 1989, § 47, Series A no. 154, and *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 119, ECHR 2005- XIII). As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill-will or has arranged to have a case assigned to himself for personal reasons (see *De Cubber v. Belgium*, 26 October 1984, § 25, Series A no. 86). The principle that a tribunal shall be presumed to be free of personal prejudice or partiality is long-established in the case-law of the Court (see, for example, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23 June 1981, § 58, Series A no. 43, and *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, § 74, ECHR 2015). Although in some cases it may be difficult to procure evidence with which to rebut the presumption, it must be remembered that the requirement of objective impartiality provides a further important guarantee (see *Pullar v. the United Kingdom*, 10 June 1996, § 32, Reports of Judgments and Decisions 1996- III, and *Micallef v. Malta* [GC], no. 17056/06, § 95, ECHR 2009). In other words, the Court has recognised the difficulty of establishing a breach of Article 6 on account of subjective partiality and for this reason has, in the vast majority of cases raising impartiality issues, focused on the objective test. However, there is no watertight division between the two notions, since the conduct of a judge may not only prompt objectively held misgivings as to impartiality from the point of view of the external observer (the objective test) but may also go to the issue of his or her personal conviction (the subjective test). As to the second test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which may raise doubts as to its impartiality. In this respect, even appearances may be of some importance (see *Castillo Algar v. Spain*,

<sup>615</sup> Em relação a esse acórdão, optou-se por excepcionar a escolha metodológica deste trabalho e, na hipótese específica, decidiu-se incluir a respectiva tradução livre objetivando facilitar a compreensão do leitor, ao que segue: “O Tribunal reitera desde o início que é fundamental, numa sociedade democrática, que os tribunais inspirem confiança no público. Para esse efeito, o artigo 6.º exige que um tribunal seja imparcial. Imparcialidade normalmente denota a ausência de preconceitos e sua existência pode ser testada de várias maneiras. O Tribunal distinguiu assim entre uma abordagem subjectiva — isto é, determinar a convicção pessoal ou interesse de um determinado juiz num caso particular — e uma abordagem objectiva - isto é, determinar se ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida a este respeito (ver *Piersack v. Bélgica*, 1 de Outubro de 1982, § 30, Série A n.º 53 e *Grievés vs. Reino Unido* [GC] n.º 57067/00, § 69, CEDH 2003 - XII (excertos)).” In: TEDH. Case of *Korzeniak v. Polonian* (n. 56134/08), Julgamento em 10 de abril de 2017. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170045>. Acesso em 15 de julho de 2017.

28 October 1998, § 45, Reports 1998- VIII, and *Morel v. France*, no. 34130/96, § 42, ECHR 2000- VI). When it is being decided whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular body lacks impartiality, the standpoint of those claiming that it is not impartial is important but not decisive. What is decisive is whether the fear can be held to be objectively justified (see *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 7 August 1996, § 58, Reports 1996- III, *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 44, ECHR 2000–XII, *Warsicka v. Poland*, no. 2065/03, § 37, 16 January 2007 and *Micallef*, quoted above, §§ 96-98).<sup>616</sup>

Especificamente sobre a justaposição de funções, o TEDH reconhece que a participação do juiz em diferentes fases do processo pode afetar a originalidade da cognição. Não obstante, o risco à imparcialidade é expressamente afastado a menos que sejam apontadas circunstâncias concretas. Ou seja, ainda que a análise da imparcialidade objetiva não se refira ao contexto processual específico (porque vinculada às reações externas), é necessário demonstrar, em cada hipótese, situações que justifiquem a supressão de legitimidade ou, em outras palavras, a perda de confiança em um julgamento justo. Daí que, essencialmente, os elementos se confundem e, o que pode justificar a dúvida acerca da imparcialidade objetiva, comumente poderá também evidenciar a parcialidade subjetiva. Isso significa que o acréscimo ao entendimento original da década de oitenta, fragilizou a teoria propriamente dita, bem como sua contribuição ao deslinde da questão.

The assessment of whether the participation of the same judge in different stages of a civil case complies with the requirement of impartiality laid down by Article 6 § 1

---

<sup>616</sup> “Ao aplicar a prova subjectiva, o Tribunal tem consistentemente afirmado que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida até que haja prova em contrário (ver *Hauschildt contra Dinamarca*, 24 de Maio de 1989, § 47, série A n. e *Kyprianou v. Chipre* [GC], n.º 73797/01, § 119, CEDH 2005 - XIII). No que se refere ao tipo de prova exigida, o Tribunal procurou, por exemplo, averiguar se um juiz demonstrou hostilidade ou má vontade, ou se decidiu organizar um processo por conta própria (v. *De Cubber c. Bélgica*, 26). Outubro de 1984, § 25, Série A n.º 86). O princípio, segundo o qual um tribunal deve ser presumido livre de preconceito ou parcialidade pessoal, está estabelecido na jurisprudência da Corte (ver, por exemplo, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica*, 23 de Junho de 1981, § 58, Série A n.º 43, e *Morice v. França* [GC], n.º 29369/10, § 74, CEDH 2015). Embora em alguns casos possa ser difícil obter provas com as quais refutar essa presunção, deve ser lembrado que a exigência de imparcialidade objetiva fornece uma garantia adicional importante (ver *Pullar v. The United Kingdom*, 10 de junho de 1996, § 32, Relatórios de Decisões e Decisões 1996-III, e *Micallef v. Malta* [GC], n.º 17056/06, § 95, ECHR 2009). Por outras palavras, o Tribunal reconheceu a dificuldade de estabelecer uma violação do artigo 6.º devido à parcialidade subjectiva e, por essa razão, na grande maioria dos casos, levantando questões de imparcialidade, incidiu sobre o teste objetivo. No entanto, não existe uma divisão estanque entre as duas noções, uma vez que a conduta de um juiz pode não apenas suscitar dúvidas objetivas quanto à imparcialidade do ponto de vista do observador externo (o teste objetivo), mas pode também ir à questão da sua convicção pessoal (o teste subjetivo). Quanto ao segundo teste, significa determinar se, independentemente da conduta pessoal de qualquer dos membros desse órgão, existem fatos verificáveis que podem suscitar dúvidas quanto à sua imparcialidade. A este respeito, até as aparências podem ter alguma importância (ver *Castillo Algar v. Espanha*, 28 de Outubro de 1998, § 45, Relatórios 1998 - VIII, e *Morel v. França*, n.º 34130/96, § 42, ECHR 2000 - VI). Quando está sendo decidido se, em um determinado caso, há uma razão legítima para temer que um determinado organismo careça de imparcialidade, o ponto de vista daqueles que alegam que ele não é imparcial é importante, mas não decisivo. O que é decisivo é se o medo pode ser considerado objetivamente justificado (ver *Ferrantelli e Santangelo c. Itália*, 7 de agosto de 1996, § 58, Relatórios 1996-III, *Wettstein v. Suíça*, n.º 33958/96, § 44, CEDH). 2000-XII, *Warsicka v. Polónia*, n.º 2065/03, § 37, 16 de janeiro de 2007 e *Micallef*, citado acima, §§ 96-98).” In: TEDH. *Case of Korzeniak v. Polonian* (n. 56134/08), Julgamento em 10 de abril de 2017. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170045>. Acesso em 15 de julho de 2017.

is to be made on a case-to-case basis, regard being had to the circumstances of the individual case and, importantly, to the characteristics of the relevant rules of civil procedure applied to the case. [...] Turning to the circumstances of the present case, the Court observes that the applicant's concerns regarding the Supreme Court's impartiality originated in the fact that the same judge, H.Sz., who was previously involved in the appellate proceedings, sat on its bench. It can be accepted that this situation could raise doubts in the applicant's mind about the impartiality of that court. However, the Court has to decide whether those doubts were objectively justified. The answer to this question depends on the circumstances of the case.<sup>617</sup>

Sobre a posição do TEDH, inalterada há, aproximadamente trinta anos, sintetiza Giacomolli que, com base no elemento subjetivo presumido e, portanto, de difícil comprovação, “a dúvida acerca da parcialidade há de ser fundada em circunstâncias fáticas objetivas e em um determinado caso concreto, como a situação de já ter participado de julgamentos anteriores sobre o mesmo caso”<sup>618</sup>. Ainda sobre o assunto, a presunção da imparcialidade subjetiva referida pelo autor é um aspecto bastante significativo, pois para suplantar esse pressuposto, é premente uma prova decorrente do processado. Um dado difícil de ser produzido, frise-se. Em consequência, é possível perceber que, de prova em prova, a jurisprudência internacional ressuscitou a dificuldade que, pouco antes, trabalhara para vencer.

### 2.3.1 O dever de imparcialidade em âmbito local: a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como já disposto anteriormente e no mesmo sentido da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também disciplina o assunto no artigo 8.1 ao estabelecer que “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, estabelecido anteriormente por lei [...]”. Por conseguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em funcionamento desde o ano de 1979, foi criada para dirimir conflitos

<sup>617</sup> A apreciação sobre se a participação do mesmo juiz em diferentes fases de um processo civil [ou penal] cumpre o requisito de imparcialidade previsto no artigo 6.º, n.º 1, deve ser tomada caso a caso, tendo em conta as circunstâncias do caso individual e, mais importante, as características das normas relevantes do processo civil [ou penal] aplicadas ao caso. [...] Quanto às circunstâncias do caso em apreço, o Tribunal observa que as preocupações da recorrente quanto à imparcialidade do Supremo Tribunal se devem ao facto de o mesmo juiz H.Sz., que estava anteriormente envolvido no processo de recurso, se sentar no seu banco. Pode aceitar-se que esta situação poderia suscitar dúvidas no espírito do recorrente sobre a imparcialidade desse tribunal. No entanto, o Tribunal deve decidir se essas dúvidas foram objectivamente justificadas. A resposta a esta pergunta depende das circunstâncias do caso. [...]”. In: TEDH. Case of *Korzeniak v. Polonian* (n. 56134/08), Julgamento em 10 de abril de 2017. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170045>. Acesso em 15 de julho de 2017.

<sup>618</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Op. cit., p. 235.



relacionados ao referido pacto e qualquer dos Estados parte que, atualmente, são os seguintes: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Importante destacar que Trinidad y Tobago e Venezuela, apesar de pertencerem ao grupo original de Estados parte, denunciaram a Convenção, respectivamente, em 1998 e 2012.

Algumas situações relacionadas à imparcialidade já foram apreciados pela corte, dentre elas, uma das deliberações mais significativas foi a opinião consultiva (n. 20/2009). Nela, o tribunal interamericano foi questionado pela Argentina sobre a possibilidade de participação em julgamentos relativos a determinado Estado de juízes nacionais do país envolvido. A conclusão foi de que há restrição à presença de juízes nacionais nas demandas entre Estados, mas não nas reclamações que envolvam particulares, respeitado-se, ainda, o direito de o próprio magistrado recusar participação nas decisões correspondentes. Ao enfrentar o assunto, o órgão supranacional especificamente se manifestou sobre o conceito de imparcialidade e, além de o vincular ao devido processo, referiu que somado ao aspecto subjetivo, o dever a um julgamento imparcial envolve “garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”<sup>619</sup>.

Em outras palavras, a corte expressamente adotou a divisão proposta pelo tribunal europeu entre imparcialidade objetiva e subjetiva.

No que tange às decisões contenciosas, tal divisão já havia sido manifestada no caso *Apitz Barbera contra Venezuela*, apreciado em 5 de agosto de 2008<sup>620</sup>, e que foi citado no texto da opinião consultiva acima referida. Em síntese, por não se tratar de hipótese diretamente criminal, a questão foi verificada em razão da carência de imparcialidade no processo de destituição de três magistrados (*Apitz, Rocha e Ruggeri*), supostamente afastados

---

<sup>619</sup> CIDH. Opinión Consultiva solicitada por la República Argentina (OC-20/09). Julgamento em 29 de setembro de 2009. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_20\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_20_esp1.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017. Do texto do acórdão extrai-se que “el juez nacional del Estado demandado no pierde su imparcialidad e independencia por esa sola calidad pues la función jurisdiccional goza de la presunción de aquellas, por lo que cualquier observación contraria debe realizarse en el caso concreto y no de manera general”. Ainda, a respeito da imparcialidade especificamente, estabeleceu a corte que se “asegura a las partes en el proceso la vigencia de uno de los principios fundamentales de la justicia que es el debido proceso, el cual tiene como presupuesto que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”.

<sup>620</sup> CIDH. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Julgamento em 5 de agosto de 2008. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

do cargo que exerciam pelas opções teórico-jurídicas no exercício das funções. Assim, além da imparcialidade, foi também discutida a aplicabilidade do princípio de independência à jurisdição, quanto à interferência às atividades desempenhadas pelos profissionais envolvidos no julgamento. Ocorre que durante a análise dos afastamentos, alegou-se que “o tribunal administrativo que processou e julgou o caso esteve sob a influência de outros Poderes do Estado e de outros órgãos do próprio Poder Judiciário”<sup>621</sup>, inexistindo, ainda, qualquer possibilidade legal de recusa dos julgadores, nem mesmo por inimizade ou pré-julgamento.

Sobre este último ponto, o tribunal analisou a impossibilidade de recusa dos juízes, pela legislação venezuelana, quando as partes desconfiam de suspeição e sustentou que “el Tribunal considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción”<sup>622</sup>. Estabeleceu também a corte que “en tal sentido, la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho”<sup>623</sup>.

Ou seja, o direito a recusar o juiz tem uma relação direta com as garantias de um julgamento justo e transcende ao que as hipóteses definidas na lei podem expressar. Não obstante, tais previsões legais são instrumentos que devem estar à disposição das partes justamente para assegurar uma atuação livre e independente da jurisdição, além de apta a inspirar confiança aos jurisdicionados. Em consequência, a insuficiência legislativa consubstanciada no fato de a Venezuela não dispor de ferramentas legais às partes e de limitar as situações de suspeição ao reconhecimento unilateral por parte do juiz (pela lei venezuelana vigente à época, o julgador detinha o dever de manifestar situações de parcialidade, porém, em caso de inércia, nada socorreria as partes), representaria violação às condições necessárias a um julgamento imparcial<sup>624</sup>.

Ademais, outras controvérsias, contemporâneas ou não à opinião consultiva e ao caso *Apitz Barbera* foram igualmente apreciadas pelo tribunal supranacional. Nesse sentido, é possível citar as situações envolvendo Jaime Francisco Castillo Petruzzi em face do Peru, hipótese analisada em 30 de março de 1999; Luis Alberto Cantoral Benavides também contra

---

<sup>621</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal...** Op. cit., p. 251.

<sup>622</sup> CIDH. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Julgamento em 5 de agosto de 2008. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

<sup>623</sup> CIDH. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Julgamento em 5 de agosto de 2008. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

<sup>624</sup> CIDH. Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. Julgamento em 5 de agosto de 2008. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_182\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

o Peru, julgado em 18 de agosto de 2000; Humberto Antonio Palamara Iribane em oposição ao Chile, apreciado em 22 de novembro de 2005; e Luis Jorge Valencia Hinojosa contra o Equador, sentença proferida em 29 de novembro de 2016, além de mais algumas difusas hipóteses cujos argumentos reprisaram os utilizados nos casos acima referidos.

Especificamente, os episódios fáticos em que implicados Jaime Francisco Castillo Petruzzi, Alejandro Luis Astorga Valdez, María Concepción Pincheira Sáez e Lautaro Enrique Mellado Saavedra vs. Peru, supostamente abarcaram atos de combate ao terrorismo perpetrado pelo grupo ‘Sendero Luminoso’. Durante o curso de detenção cautelar, os acusados foram processados pela justiça militar, mediante cognição sumária e perante ‘juízes sem rosto’ — os réus foram ouvidos algemados e vendados, bem como e, principalmente, as decisões judiciais eram apócrifas e destituídas de qualquer identificação<sup>625</sup>. Ao apreciar o assunto, a corte interamericana sustentou a incompatibilidade entre os deveres de imparcialidade, investigação e julgamento ao passo que, no caso, verificou que o mesmo órgão responsável pela repressão e investigação das infrações, também o era para proferir as sentenças criminais respectivas.<sup>626</sup> A respeito da figura dos ‘juízes sem rosto’, afirmaram os julgadores que “la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean ‘sin rostro’, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”<sup>627</sup>. Em outras palavras, impossível o anonimato em sede judicial, sendo necessário providenciar a segurança e independência dos julgadores sem sacrificar a verificação de eventuais vícios processuais.

Em Luis Alberto Cantoral Benavides também contra Peru, a discussão foi semelhante à empreendida em Castillo Petruzzi, pois, na hipótese, também as acusações versaram sobre traição a pátria e terrorismo, bem como igualmente se verificou a sobreposição funcional

---

<sup>625</sup> Além disso, outros elementos infracionais foram suscitados pela defesa e albergados pela corte, a exemplo de cerceamento de defesa, lesão ao duplo grau de jurisdição, à publicidade, à incolumidade física e tortura, entre outros. In: CIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Julgamento em 30 de maio de 1999. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

<sup>626</sup> Nesse sentido, colhe-se do acórdão que “el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador [...]. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.”. In: CIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Julgamento em 30 de maio de 1999. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

<sup>627</sup> CIDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Julgamento em 30 de maio de 1999. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

repressiva, investigativa e decisória no âmbito da justiça militar peruana<sup>628</sup>. De outro lado, tal hipótese teve, em identidade de condições, a aplicação do procedimento relativo aos ‘juízes sem rosto’. As conclusões, portanto, foram as mesmas e foi reconhecido sério agravo ao dever de independência e imparcialidade.

Posteriormente, em Humberto Antonio Palamara Iribarne em oposição ao Chile<sup>629</sup>, a controvérsia envolveu a conjunção entre os direitos à imparcialidade e à liberdade de expressão que confluíram em múltiplas ações criminais, particularmente vinculadas a crimes de desobediência e desacato. Basicamente, Palamara Iribarne, na época em que ocupava posto de assessor técnico das forças armadas, escreveu um livro sobre aportes éticos à atividade castrense. Prestes a publicar a obra, foi impedido por superiores hierárquicos de fazê-lo, ante a negativa de autorização, inobservou a ordem e também deixou de entregar os manuscritos conforme requerido pelas forças armadas. Propostas as correspondentes ações criminais por ‘descumprimento de deveres militares’ (por escrever e revelar procedimentos sigilosos) e desobediência (por publicar e recusar depósito de escritos originais), além de outros crimes de desobediência (por pronunciamentos nos meios de comunicação), verificou-se que o conjunto de magistrados competentes para o julgamento não era idôneo. Ocorre que como integrante do órgão julgador estava o indivíduo que primeiro conheceu os fatos, como comandante geral, e que já declarara impedimento para o julgamento quanto às circunstâncias relativas à violação de obrigações funcionais – tendo, inclusive, prestado auxílio testemunhal.

Em outras palavras, a corte interamericana verificou uma justaposição entre as funções repressiva, investigativa (com prisão cautelar) e decisória, porque durante a apreciação dos fatos, ou houvera participação direta do citado comandante geral, ou ocorrera intervenção de militares imediatamente subordinados a ele. A imparcialidade, especificamente no que tange ao seu aspecto objetivo, foi, então, lesada pela cumulação de funções pela justiça militar chilena, além de ausente a independência dos julgadores, tendo, para tanto, expressamente consignado a corte interamericana: “en aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno

---

<sup>628</sup> O que se verificou foi uma sobre posição abstrata de funções. Observa-se do acórdão: “la Corte considera que en un caso como el presente, la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”. In: CIDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Julgamento em 18 de agosto de 2000. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

<sup>629</sup> CIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Julgamento em 22 de novembro de 2005. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.<sup>630</sup> O que se verifica é que, neste caso, aplicou-se o entendimento básico sobre a vedação de parcialidade objetiva.

Mais recentemente, em Valencia Hinojosa contra o Equador, também restou assentado dano à imparcialidade, além de confirmada a jurisprudência anterior da corte interamericana sobre o assunto. O debate versou sobre um suposto homicídio/suicídio, em face de vítima militar (Luis Jorge Valencia Hinojosa). O fato teria acontecido na sequência ao cometimento de falta disciplinar (embriaguez em serviço e disparo de arma de fogo, com lesão à pessoa) em que o oficial Hinojosa empreendera fuga. Logo após, entretanto, o policial foi encontrado morto — também por arma de fogo — em um dos locais sujeitos à administração castrense.

Também neste processado, as investigações e a respectiva decisão de arquivamento do caso foram realizadas com sobreposição de funções no âmbito da própria polícia e justiça militares. Daí que o tribunal supranacional assentou (como já o fizera nas outras oportunidades citadas) a impraticabilidade da coincidência funcional no contexto do dever de imparcialidade:

La Corte ha señalado que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad <sup>631</sup>.

De todo o exposto, é possível concluir que, no mesmo sentido da corte europeia, o tribunal interamericano mantém constante sua jurisprudência. Assim, apesar da similitude dos conteúdos que representam a vertente subjetiva da imparcialidade, diferente dos julgadores do antigo continente, a corte regional não requer o detalhamento da imparcialidade objetiva com base nos elementos específicos dos autos, sendo aludida ‘confiança’ pública em termos gerais. Dessa forma, a verificação é ampla e, para restar abalada a credibilidade de um julgamento

---

<sup>630</sup> CIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Julgamento em 22 de novembro de 2005. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017. Extrai-se do julgado a seguinte e importante conclusão: “la Corte toma en cuenta que en los últimos años en Chile se ha implementado una importante reforma de la justicia penal destinada a introducir las garantías del debido proceso en el sistema de enjuiciamiento penal, con el propósito de pasar de un sistema procesal inquisitivo escrito a un sistema procesal acusatorio con garantías de oralidad. Sin embargo, se excluyó de dicha reforma procesal, la cual implicó una reforma constitucional, a la jurisdicción militar [...] el juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial.

<sup>631</sup> CIDH. Caso Valencia Hinojosa vs. Equador. Julgamento em 29 de novembro de 2016. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017. Importante estabelecer também que neste acórdão, apesar de se tratar de um julgamento civil (compatibilidade entre funções militares e homossexualidade), houve referência expressa ao caso Aritz Barbera, o que também aconteceu também ao caso Caso Flor Freire vs. Equador. Julgado em 31 de agosto de 2016. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_315\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf). Acesso em 06 de setembro de 2017.

imparcial, é suficiente a justaposição das atividades repressiva, investigatória e decisória. Entretanto, é importante atentar para o fato de que as situações apreciadas em âmbito local são diferentes das analisadas além mar. Dessa maneira, na esfera americana verificaram-se principalmente cenários com participação da justiça militar, mas não hipóteses adstritas à justiça ordinária. Nesse sentido e localmente, há ainda um vácuo interpretativo sobre a matéria.

Ademais, é também importante refletir acerca do caso brasileiro, ainda não apreciado supranacionalmente, e que aparenta estar alheio às discussões expostas (por isso mesmo, fornece um importante objeto de análise). Em outras palavras, no Brasil, a legislação infraconstitucional consagra a identidade física do juiz, vinculando à postura ativa do magistrado, o que lhe permite produção de provas de ofício e, para arrematar, estabelece taxativa e limitadamente situações de suspeição e impedimento do julgador.

### 2.3.2 A imparcialidade no Brasil e a exasperação do problema: as consequências da escassez de identidade jurídica

Em reiteradas oportunidades, este trabalho afirmou que o Brasil é um espaço de graves contradições que estão, mais especificamente para a temática deste estudo, relacionadas à aplicação e compreensão das ciências criminais. Essa característica tem sido responsável por incongruências significativas entre a constituição e a legislação ordinária, algo que acontece, consoante estabeleceu o primeiro capítulo, tanto pela forma como ocorreu em solo brasileiro a consolidação do positivismo racionalista, quanto pela falta de identidade ou, como também já se mencionou, pela carência de um princípio unificar ao que se difunde (e que, a título exemplificativo, pode ser analisado pela coexistência entre o sistema constitucional acusatório e a lógica inquisitorial do código de processo penal).

Entretanto, importante que se reitere: não se trata da defesa de uma postura autoritária, mas de uma escolha que já foi democraticamente efetuada pelo legislador constitucional ordinário e, como tal, interdita condutas incompatíveis aos valores e ao sistema de proteção a direitos humanos. A respeito, já se aduziu, nesta pesquisa, que Aroca sustenta a inadequação das categorias relacionadas aos processos acusatório e inquisitório, por inexistir processo penal diferente do acusatorial. Assim, para o autor, “el llamado proceso acusatorio no es mas que un verdadero proceso, con sus principios esenciales, mientras que el llamado proceso

inquisitivo no existe como proceso”<sup>632</sup>. Recorde-se, também que, ao seu turno, Gloeckner discorda de Aroca no sentido de que a distinção entre os sistemas é possível e necessária, não para legitimar as práticas do processo arbitrário, mas para estabelecer a antítese que, ao demarcar “um marco claro de tensionamento das categorias”, esteja apta a enfraquecer as práticas autoritárias<sup>633</sup>.

De qualquer forma e, conforme as diferenças conceituais, os autores são consonantes no que tange ao espírito do processo penal democrático como matriz do pensamento científico-normativo atual (e que deveria prevalecer em sede da prática jurídica respectiva). O Brasil, nesse contexto, elege e ratifica a democracia em múltiplos espaços do texto constitucional, a exemplo do que determina já no artigo 1º da carta fundamental. Não obstante, a aclamação desse valor constitucional pelo legislador originário não tem sido suficiente para aplacar o alvedrio inquisitorial no emprego de leis com ele incompatíveis (anteriores e não recepcionadas), bem como na publicação de novos e repressivos diplomas regulamentares, igualmente antagônicos à norma básica. Paralelamente, a transposição dos valores constitucionais efetuada com a abertura política não atingiu totalmente o cotidiano da aplicação do direito, o que pode ser facilmente verificado nas divergências substanciais verificadas na atuação de juízes e tribunais.

Frise-se: não se trata de obstar dissentimentos que caracterizam o relativismo que decorre da interpretação, intrínseca ao direito e que pode estar relacionada às discussões sobre verdade, já aqui realizadas ou, no âmbito da pesquisa científica, aos questionamentos acerca da inviabilidade da polaridade entre verdadeiro e falso, já denunciada por Popper<sup>634</sup>. Significa mais e importa que, a par das divergências, são também imprescindíveis os limites, a exemplo dos apontados por Dworkin, quando discute o assunto com base no que chama de “agulhão semântico”, ou melhor, da perfídia das grandes alterações que, só existem porque os juristas

---

<sup>632</sup> MONTERO AROCA, Juan. **El principio acusatorio entendido como eslogan político**. Op. cit., p. 66-87, 2015, p. 86. No mesmo sentido, também estabelece o autor em outra obra: “Hemos ido viendo que el proceso penal no necesita para ser configurado, con base en la mera razón, hacer referencia a un pretendido principio acusatorio, por cuanto basta con entender lo que es proceso y lo que supone la actuación del derecho penal por medio del mismo. Desde el sentido común puede cualquier jurista percatarse de que las notas individualizadoras de ese pretendido principio o son propias del proceso sin más (la distinción entre juez y parte) o responden a la división del proceso en dos fases cada una con su propia finalidad (el juez que instruye no puede luego juzgar) o no deben informar el proceso penal (la pretensión penal y la vinculación la misma del juez penal) a riesgo de ignorar que no puede ser lo mismo actuar el derecho material privado que el derecho penal”. In: MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal: um intento de explicación doctrinal basada en la razón**. Valência: Tirant lo Blanch, 1998, p. 359-360.

<sup>633</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do autoritarismo no processo penal**. Ob.cit., p. 383.

<sup>634</sup> POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 304-305.

analisam os fenômenos com base em diferentes concepções acerca da essência do direito<sup>635</sup>. E o problema é justamente definir a natureza fundamental que deve orientar todo o processo hermenêutico de adaptação dos fatos às normas jurídicas. Assim, ainda que esse processo seja mutável e adaptável aos seres que, dentro do seu contexto, dão-lhe diferentes nuances, é necessário estabelecer e respeitar parâmetros básicos (no caso, constitucionais), mesmo que suscetíveis a alterações de sentido no decorrer do tempo.

Dessa forma, a tarefa das próximas páginas é analisar a observância do dever de imparcialidade no que se refere à legitimidade da jurisdição brasileira. Para tanto, reitera-se que, no Brasil, a imparcialidade constitui garantia constitucional implícita, integrando o bloco de constitucionalidade, formado pela interpretação conjunta do regime democrático, dos princípios elencados pela constituição, bem como pelo que foi subscrito pelo país em convenções internacionais. Isso significa que o fundamento do dever de equilíbrio e isenção jurisdicional decorre (ou deveria resultar) de uma interpretação sistemática daquilo que, em termos normativos, deve orientar a aplicação de todos os postulados jurídicos.

É por isso que, objetivando resguardar a independência e imparcialidade, a constituição do país estabelece expressamente uma série de garantias e vedações ao exercício da atividade judicante. Em consequência, o artigo 95 da carta, a título de prerrogativas, confere aos juízes vitaliciedade, dependendo a perda do cargo à sentença judicial transitada em julgado<sup>636</sup>, inamovibilidade, salvo interesse público, além de irredutibilidade nominal de subsídios<sup>637</sup>. Em termos de proibições, impede o constituinte cumulação de funções com qualquer outro cargo (exceto e limitadamente a atividades de magistério), veda o recebimento de custas ou participações nos processos, bem como o desempenho de ações político-partidárias e, ainda, o exercício da advocacia no período de três anos do afastamento do judiciário (quarentena de saída).

---

<sup>635</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 109 e 488. No que tange à essência, remete-se o leitor para a relação entre o ser e os conceitos, elaborada pelo já citado Martin Heidegger, para quem “uma análise da presença constituiu, portanto, o primeiro desafio no questionamento da questão do ser. Assim, torna-se presente o problema de como se deve alcançar e garantir a via de acesso à presença. Negativamente: na construção da presença, não se deve aplicar, de maneira dogmática, uma ideia qualquer de ser e realidade por mais “evidente” que seja. Nem se deve impor à presença “categorias” delineadas por aquela ideia. Ao contrario, as modalidades de acesso e interpretação devem ser escolhidas de modo que esse ente possa mostrar-se em si mesmo e por si mesmo. Elas têm de mostrar a presença na sua cotidianidade mediana, tal como ela é antes de tudo, e na maioria da vezes. Da cotidianidade, não se deve extrair estruturas ocasionais ou acidentais, mas, sim, estruturas essenciais”. In. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Op. cit., p. 44.

<sup>636</sup> O afastamento administrativo fica reservado apenas ao período de estágio probatório.

<sup>637</sup> Sobre esse ponto, importante esclarecer que a irredutibilidade de subsídios não abrange necessariamente a recomposição monetária e ou inflacionária decorrentes da desvalorização da moeda. Entretanto, não pode ocorrer diminuição nominal de valores.



Ao lado dos preceitos da constituição, a legislação ordinária estabelece, nos artigos 112, 252, 253 e 254, do código de processo penal, hipóteses de impedimento, incompatibilidade e suspeição que atingem apenas de forma sectária as possibilidades de lesão aos princípios correlatos à imparcialidade (devido processo legal, contraditório e isonomia, etc.) elencados no início deste capítulo. Sobre o tema, Badaró sustenta ainda que ao lado da diferenciação operada legislativamente “a distinção é meramente terminológica, sendo destituída de relevâncias práticas”<sup>638</sup>, até porque todos os elementos estão relacionados ao mesmo postulado constitucional: a imparcialidade. Então, além de a lei brasileira ocupar-se de divisões inócuas e, com base no pensamento de Pozzebon<sup>639</sup> (já genericamente referido, mas que será mais bem detalhado à frente) não disciplina suficientemente o conteúdo jurídico respectivo.

Entretanto, para que seja possível apreciar esse ponto em particular, é necessário compreender toda a dinâmica que abarca o assunto. Assim e independente da manifestação do julgador, de ofício, é permitido às partes recusa do juiz por meio da ‘exceção de suspeição’ prevista no artigo 96 do CPP. Tal dispositivo, contudo, é suposta norma em branco ao que é complementada por algumas situações que, tendo como referencial o juiz e os envolvidos, representam a incongruência entre o ato de decidir e as relações comerciais, de aconselhamento, amizade ou inimizade, proveito na formação de precedentes e, ainda, interesse em julgamento a ser efetuado por qualquer das partes e relativo a demandas movidas/respondidas pelo próprio juiz ou parentes próximos. Especificamente no que tange à disposição pela formação de jurisprudência, o legislador refere-se à ‘vantagem’ de cônjuge, ascendente ou descendente. Já quanto a possíveis dividendos decorrentes de decisão alusiva à fato análogo, há ampliação de destinatários, a lei faz menção ao cônjuge, mas também a qualquer outro familiar, até o terceiro grau, em termos de consanguinidade ou afinidade.

Circunstâncias correlatas à suspeição são as de impedimento, previstas nos artigos 252 e 253 do CPP. Em síntese, nelas o codificador tenciona facilitar a originalidade cognitiva e impedir o pré-julgamento, já que veda a atuação jurisdicional de magistrado que tenha intervindo no feito em diferente instância ou mesmo participado como defensor, advogado, membro do ministério público, autoridade policial, perito, auxiliar da justiça ou testemunha. A proibição também atinge o juiz que, a despeito de atividade particularmente primeva, constate que algum parente (até o terceiro grau) por relações afetivas ou sanguíneas, tenha

---

<sup>638</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 274.

<sup>639</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. Op. cit., p. 116.

desempenhando qualquer das funções acima enumeradas. Na mesma linha, mas em sede dos julgamentos colegiados, é também obstruída a intervenção conjunta de dois ou mais magistrados que detenham ligações familiares, mais uma vez, até o terceiro grau. Ademais, outro aspecto curioso a ressaltar é que, assim como nas hipóteses de suspeição, também no impedimento existe interdição ao juiz quando “diretamente interessado no feito” o que similarmente se estende a familiares.

Contudo, diferente do que está adstrito à suspeição, o reconhecimento jurisdicional do impedimento está apenas genérica e legislativamente franqueado à provocação dos envolvidos (artigo 112 do código de processo penal) ou sujeito à manifestação unilateral do juiz. Essa conclusão advém do fato de que dentre as hipóteses de ‘exceções’ processuais, instrumentos legais para que sejam suscitados incidentes, não há propriamente uma ‘exceção de impedimento’ (artigo 95, CPP). Não obstante, como tais obstáculos são originados de ausência de imparcialidade e, portanto, representam também infração ao juiz natural<sup>640</sup>, nada impede que sejam arrazoadas pelos sujeitos processuais indistintamente, bem como a qualquer tempo e independente da observância de regras formais, situação esta que igualmente se aplica à suspeição, por idêntico fundamento.

Tocante às incompatibilidades, o legislador processual penal não apresentou enumeração casuística e, nesse sentido, é possível concluir que sob essa terminologia estão reunidas todas as situações adstritas ao ‘foro íntimo’. Ou seja, tratar-se-iam do gênero de acontecimentos (compreendendo suspeição ou impedimento) que, reconhecidos diretamente (de ofício) pelo julgador, representassem sua retirada do conflito<sup>641</sup>.

Outrossim, a essas observações relacionadas às causas oficiais de parcialidade e albergadas pela constrição judicial específica, agregam-se outras referentes à taxatividade do rol de situações que permitem o afastamento do juiz pelas partes. A respeito, entabula Pozzebon que “a questão da imparcialidade somente tem vindo à tona nos processos criminais, quando suscitadas as hipóteses de exceção de impedimento ou de suspeição, respectivamente, previstas nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal”<sup>642</sup>. Sobre a interpretação reducionista que se tem dado ao tema, acrescenta o autor: “as hipóteses previstas

---

<sup>640</sup> Recorde-se que juiz natural é fundamento para a vedação de júzos ou tribunais de exceção, bem como para a definição de regras de competência gerais, prévias e constantes. Ou seja, o juiz natural impede a formação de órgãos julgadores específicos e subsequentes a determinados fatos criminais: isso acontece justamente para preservar o dever de imparcialidade e proibir a ‘escolha’ do juiz segundo interesses específicos.

<sup>641</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Op. cit., p. 281.

<sup>642</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. Op. cit., p. 116. Sustenta ainda o autor que o conceito é negativo, uma vez que “se possa falar ser imparcial o juiz não suspeito ou impedido”.

nos aludidos dispositivos, para parte da doutrina e jurisprudência, são exaustivas<sup>643</sup>, ou seja, ante o descompasso estrito e literal aos itens elencados, inexistente obstrução à atividade judicante. Atinente a isso, Badaró sustenta que “o rol legal não pode prevalecer sobre a finalidade que tal regra pretende assegurar [...]. É inaceitável que se admita o julgamento por um juiz parcial, sabidamente parcial, apenas e tão somente porque a situação da qual se infere o risco de parcialidade não esteja previsto em lei<sup>644</sup>.”

Pozzebon compartilha desse entendimento<sup>645</sup> e, ao referir Lopes Jr., menciona que a interpretação da questão, quanto à taxatividade legal, é contrária ao conteúdo material da imparcialidade. Para este último, o problema é que a limitação da matéria impede a verificação da compatibilidade entre a postura jurídica do julgador e a observância de ditames constitucionais garantidores. Isso significa que é possível “a assunção, por parte de alguns julgadores, de uma postura ideologicamente comprometida com o combate ao crime, conduzindo a um (ab)uso de poderes investigatórios e/ou instrutórios que o CPP infelizmente consagra<sup>646</sup>.”

Ainda e em decorrência da pretensa exaustividade, há que se ressaltar, em transposição às concepções criminais excessivamente repressivas aludidas por Lopes Jr., outros eventos podem indicar parcialidade, a exemplo dos que detêm um viés ideológico. A respeito, Fenoll é categórico ao afirmar que “cuando un juez juzga, sus únicas ataduras ideológicas deben ser los mandatos de la Constitución<sup>647</sup>.” Em consequência, segue o autor espanhol afirmando que “cualquier ciudadano puede desconfiar, legitimamente, de los juicios de un determinado juez cuando tiene la percepción de que el mismo posee una orientación ideológica de combate ao crime especialmente marcada<sup>648</sup>.” Em outras palavras, é também possível identificar parentelismos em termos de questões espirituais, políticas ou mesmo de comportamento social.

<sup>643</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição.** Ibidem, p. 117.

<sup>644</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** Op. cit., p. 274. Prossegue o autor de forma exemplificativa: “embora a lei preveja o impedimento do juiz cujo cônjuge seja parte no feito (artigo 254, IV, CPP), não seria impedido de julgar o juiz que tivesse uma relação homoafetiva com o acusado?”. Não obstante, reconhece-se a possibilidade de, atualmente, casais homoafetivos realizarem união civil matrimonial. Entretanto, isso não retira a importância do questionamento quanto ao fato de que a lei não prevê todas as situações, simplesmente porque elas são socialmente contingentes.

<sup>645</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição.** Op. cit., p. 117.

<sup>646</sup> LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal,** Op. cit., p. 324.

<sup>647</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal,** Barcelona, n. 1-2, p. 23-26, 2011, p. 23.

<sup>648</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal,** Ibidem, p. 23.

Não obstante, Fenoll também sustenta que ideologia é um termo extremamente genérico, de maneira que o magistrado não pode ser excluído simplesmente em razão de suas convicções e predileções íntimas, até porque isso equivaleria a obstar de maneira profundamente arbitrária as liberdades de pensamento e expressão<sup>649</sup>. De outro lado, também lembra o autor que é relevante e deve ser considerada pelo direito, a sensação de injustiça que naturalmente surge da veemente atuação judicial por determinado assunto, sempre que fatos vinculados ao tema serão julgados<sup>650</sup>. Ademais e assim como no Brasil, Fenoll refere que, em seu país de origem [Espanha] “por desgracia, es completamente imposible excluir, *a priori*, a un ‘fanático’ de la función de juzgar en un caso concreto que tenga que ver directamente con su ideología”<sup>651</sup>.

Acrescenta ainda Fenoll que no direito comparado em geral, a situação melhora já que, apesar de normalmente inexisterem dispositivos que contemplem as crenças e ideologias propriamente ditas, as legislações preveem cláusulas abertas, permissivas de interpretação extensiva causal. Em decorrência, nesses países pode ocorrer o afastamento do magistrado por quaisquer dúvidas, desde que fundadas, sobre a imparcialidade, a exemplo do que é previsto na Alemanha, Itália, Suécia e Estados Unidos, em que existem determinações como as seguintes: a) ZPO alemã, § 42 e § 24 da StPO: o juiz pode ser afastado do julgamento “se existe um motivo que justifique devidamente as dúvidas sobre a imparcialidade”; b) CPC italiano, artigo 51 e 36.h do CPP: afasta-se o julgador sempre que presentes “graves razões de convencimento”; b) CC sueco (Rattegangsbalken), capítulo 4, sección 13, 10: “exclui-se o juiz de um processo, se há qualquer outra circunstância que diminui a confiança em sua imparcialidade”; d) § 455 do U.S Code Judiciary and Judicial Procedure: afasta-se o magistrado quando, em qualquer processo “sua imparcialidade puder ser razoavelmente questionada”<sup>652</sup>.

---

<sup>649</sup> Ressalta-se, contudo, que no âmbito dos diplomas internacionais, encontram-se consignadas limitações legítimas à liberdade de expressão, relativas aos direitos à reputação, segurança nacional, ordem, moral públicas e saúde, admitidas sempre que impostas por lei e sejam necessárias, tudo segundo o que preconiza o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 19.3). Isto acontece porque os mesmos textos que preveem os direitos comunicativos estabelecem outros, de igual relevância, fundados nos direitos à presunção de inocência e ao ‘fair trial’, corolário do devido processo legal. No que se refere à liberdade de pensamento, o assunto é muito mais polêmico, mas são vedados, por exemplo, os ‘hate speech’ (discursos de ódio).

<sup>650</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal**, Op. cit., p. 24.

<sup>651</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal**, Ibidem, p. 24.

<sup>652</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal**, Ibidem, p. 24-25. Quanto às referências ao direito comparado, ver também, do mesmo autor: El sesgo ideológico como causa de recusación. **Revista Ius et Praxis**. Talca, ano 18, n. 2, p. 295- 308, 2012 e o artigo 339 do código penal alemão, que prevê como criminosa a conduta parcial de juiz ou servidor.

Por conseguinte, afirma o autor que o ideal seria, nos Estados em que as regras ao impedimento ou suspeição são fechadas, incluir-se à legislação um dispositivo geral, com redação ampliada e que contemple manifestações judiciais prévias, ainda que abstratas, a respeito de crenças e particularidades psicológicas. Assim sendo, seria possível afastar o juiz se ele “haber sentado critério publicamente sobre aspectos directamente relacionados con el objeto del proceso, en términos tales que se evidencie un sesgo ideológico por parte del juzgador”<sup>653</sup>.

É importante consignar, neste aspecto, que não obstante o parágrafo IV do artigo 252, do CPP brasileiro asseverar o impedimento do juiz ou de familiar quando “directamente interessados no feito”, não há, na jurisprudência pátria nenhuma interpretação que ligue tal dispositivo à questão ideológica. O que se verifica, paradoxalmente, conforme referido por Pozzebon, é uma linha interpretativa limitada e reducionista quanto às disposições legais já presentes nos artigos 252 e 254 do CPP, o que demonstra como o tema é tormentoso, necessitando não apenas de uma revisão legislativa, mas também de cultura jurídica<sup>654</sup>.

A fim de demonstrar o quadro, citam-se precedentes do Supremo Tribunal Federal que, em detrimento de análises mais vanguardistas sobre o assunto, já avançou e também retrocedeu a posicionamentos obsoletos. Assim, em uma análise dos julgamentos efetuados nas duas últimas décadas, são reiteradas as decisões restritivas à aplicação do inciso III do artigo 252, que trata do pré-julgamento em razão de o julgador ter conhecimento prévio da controvérsia. Nesses casos, a suprema corte brasileira tem entendido que o óbice resume-se à atuação reiterada do magistrado em uma mesma ação penal, mas em instâncias diferentes. As outras situações definidas pelo legislador nem ao menos vêm sendo aventadas.

Isso pode ser verificado no *Habeas Corpus* n. 120017, em que se verificou a sobreposição de funções em procedimento administrativo (com ordem de penalidade disciplinar) e ação penal respectiva. No caso, o STF considerou que não havia empecilho à decisão criminal pelos mesmos juízes, pois asseverou que o dispositivo legal “merece interpretação restritiva, circunscrevendo-se o impedimento do juiz às causas em que tenha

---

<sup>653</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal**, Idem, p. 25. Nesse sentido, estabelece o autor que “el control de la existencia de ese sesgo solamente puede ejercerse si el juez realiza una exposición pública de su ideología en terminos diáfanos, sin ninguna clase de reserva. A partir de ese momento si el juez debe juzgar un asunto relacionado con esa ideología que tuvo a gala publicamente, si queremos conservar una imagen aparial de imparcialidad en el juzgador, no habrá outro remedio que apartarlo del proceso”. No mesmo sentido e do mesmo autor: El sesgo ideológico como causa de recusación. **Revista Ius et Praxis**, Op. cit., p. 307.

<sup>654</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição**. Op. cit., p. 118.

atuado em graus de jurisdição distintos, não comportando a norma ampliação da hipótese taxativamente estabelecida”<sup>655</sup>.

Esta também foi a compreensão em ‘arguição de impedimento’ proferida em sede da Ação Penal n. 470, coloquialmente conhecida como Mensalão. Naquela oportunidade, especificou-se que “as causas de impedimento do julgador, listadas no art. 252 do CPP, são mesmo taxativas e jungidas a fatos diretamente relacionados à ação penal em que arguida a imparcialidade do julgador”<sup>656</sup>. No acórdão proferido em face de suposta opinião prévia do relator da ação, consignou-se que a defesa afirmara estar o relator impedido a julgar a controvérsia, visto que, em sessão plenária anterior, “por três vezes, referiu-se ao excipiente afirmando que este é expert em atividades de lavagem de dinheiro, tem expertise em crime de lavagem de dinheiro e é pessoa notória e conhecida por atividades de lavagem de dinheiro”. Apesar disso, o tribunal refutou o pedido ante o argumento de que a texto da lei “veda a atuação do magistrado em instâncias distintas, dentro de uma mesma relação jurídico-processual penal, porque tende a preservar a imparcialidade subjetiva do julgador e a intangibilidade do duplo grau de jurisdição”<sup>657</sup>.

As deliberações mais célebres sobre o assunto, entretanto, foram proclamadas anteriormente, nos anos de 2008 e 2010. Inclusive e em termos cronológicos, o último destes julgamentos expressamente referiu o anterior. Em resumo, a situação foi antes analisada no *Habeas Corpus* n. 94.641-1, da Bahia<sup>658</sup>, em que foi concedida ordem para anulação da demanda criminal a contar do recebimento da denúncia. O argumento: impedimento do juiz e lesão à originalidade de cognição. Na hipótese, o magistrado analisara tanto a ação cível (ação de investigação de paternidade) quanto a ação penal (estupro) sobre os mesmos fatos — a

---

<sup>655</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 120.017, de São Paulo. Paciente: Maria Cristina de Luca Barongeno. Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 27 de maio de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6478870>. Acesso em 03 de novembro de 2017. Em síntese, a decisão foi proferida no curso de ação penal movida contra juíza federal que recebera sanção administrativa de disponibilidade e proventos proporcionais ao tempo de serviço, por supostos crimes de corrupção passiva e formação de quadrilha.

<sup>656</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Arguição de Impedimento n. 4, do Distrito Federal. Agravante: Marcos Valério Fernandes de Souza. Agravado: Relator da AP 470. Relator: Min. Ayres Brito, julgamento em 24 de maio de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2258678>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>657</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Arguição de Impedimento n. 4, do Distrito Federal. Agravante: Marcos Valério Fernandes de Souza. Agravado: Relator da AP 470. Relator: Min. Ayres Brito, julgamento em 24 de maio de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2258678>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>658</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 94.641-1, da Bahia. Paciente Osmar Vieira Barbosa. Relator: Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 11 de novembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

acusação foi de que o pai da criança seria também o genitor de sua representante, portanto, pai e avô da menor. Do voto de um dos ministros (integrante da tese vencedora) colhe-se a seguinte observação:

Pensa a jurisprudência dominante que, à luz do disposto no art. 252, do Código de Processo Penal, não esteja o juiz que tenha atuado em outro processo a respeito da matéria, impedido de exercer o ofício, porque seriam taxativas as hipóteses ali previstas, das quais a do inc. III diária respeita a atuação em fases diversas do mesmo processo [...]. Não me parece, *data vênia*, seja esta a leitura mais acertada, sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que a devem iluminar, segundo as incontroversas circunstâncias do caso, em que o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu — nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas — despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade.

Assim, o julgamento de 2008, aparentemente, representara uma ampliação hermenêutica da literalidade das disposições legais, para atingir o conteúdo do que significa a imparcialidade. No entanto, outra decisão de 2010, assim como os dois precedentes já citados (Ação Penal 470, apreciada em 2012 e *Habeas Corpus* n. 120017, analisado em 2014)<sup>659</sup>, entre outros, retrocederam ao entendimento tradicional. Tal recuo foi delineado com efetividade no *Habeas Corpus* n. 97.553, do Paraná<sup>660</sup>, em que se ponderou sobre o impedimento de juiz que, em demanda prévia, homologara acordo de delação premiada e promovera reinquirição do delator na fase final de ação penal apenas contra ele lançada. Naquela oportunidade, foi aduzido que é vedada interpretação extensiva quanto às causas de impedimento, não sendo permitido entender “que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição)”<sup>661</sup>.

Em termos de retrospectiva fática, a controvérsia referiu-se a fato complexo envolvendo duas ações criminais. Na primeira, movida contra determinado indivíduo, foram delatadas duas outras pessoas (teoricamente integrantes do mesmo esquema criminoso). Isso

<sup>659</sup> No corpo do acórdão apreciado em 2010, também foram mencionados dois outros precedentes do STF: 1) HC n. 92.893, do Espírito Santo, julgado em 02 de outubro de 2008 e 2) RHC n. 98.091, da Paraíba, julgado em 16 de março de 2010. Nesta pesquisa, entretanto, optou-se pela não alusão específica a estes acórdãos, dada a repetição dos argumentos já elencados na jurisprudência antes exposta.

<sup>660</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.533, do Paraná. Paciente Sergio Amilcar de Aguiar Maia. Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 16 de junho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>661</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.533, do Paraná. Paciente Sergio Amilcar de Aguiar Maia. Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 16 de junho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

aconteceu quando a controvérsia primeira já se encontrava em fase de alegações finais e durante ‘reinterrogatório’ do acusado. Em consequência, foram instauradas investigações preliminares contra os dois novos implicados, seguidas de pedido de arquivamento pelo ministério público, sob o fundamento de ausência de requisitos mínimos à acusação. Tal requerimento não foi deferido pelo magistrado que, em detrimento de aplicar o artigo 28 do CPP, remeteu diretamente o inquérito a outro procurador<sup>662</sup>; este, por sua vez, ofereceu a denúncia e a teve recebida pelo juiz, dando-se origem à segunda ação. A ação de *Habeas Corpus* e o pedido de impedimento relacionam-se ao segundo processo.

Ademais, o texto da decisão proferida na ação impugnativa referiu que “o fato de haver o juiz conhecido e julgado o feito contra outros réus, não é causa de impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente”<sup>663</sup>. Asseverou ainda o julgado que “diversamente do que se deu no precedente invocado pela defesa (HC n. 94.641/BA) [...], na hipótese dos autos, a intervenção do juiz não se deu em processo antecedente instaurado contra o próprio réu, no qual, sob a presidência do mesmo magistrado, já tivesse ele formado juízo de valor a respeito dos fatos”<sup>664</sup>.

Esta última é uma observação extremamente delicada, se considerada a identidade complexiva do fato criminoso, da ciência pelo juiz da suposta implicação de novos sujeitos e, principalmente, da circunstância de ter existido pedido de arquivamento do inquérito, frise-se: não acolhido. Sobre isso, é indispensável mencionar que o magistrado não está adstrito à conclusão do ministério público, entretanto, a inobservância do procedimento legal subsequente e a ‘escolha’ de promotor para remessa dos autos é um indicativo bastante significativo de parcialidade, tanto subjetiva (ânimo demonstrado pela insistência seletiva) quanto objetivamente (confiança externa abalada pela suspeita que advém do desprezo por conhecida regra processual).

---

<sup>662</sup> Depreende-se também do julgado que a circunstância foi, apesar de irregular, convalidada pelo Conselho Nacional do Ministério Público. A respeito, recorde-se que, para Luhmann, “a legitimação não é declarada como objetivo do procedimento, mas sim a garantia legal ou ainda a elaboração de decisões obrigatórias e justas [...] os procedimentos jurídicos públicos deveriam servir, numa relação unitária entre objetivo e meios, para o estabelecimento correto do direito e, simultaneamente, para a divulgação da opinião jurídica correta”. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980, p. 181 e 184.

<sup>663</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.533, do Paraná. Paciente Sergio Amilcar de Aguiar Maia. Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 16 de junho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>664</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.533, do Paraná. Paciente Sergio Amilcar de Aguiar Maia. Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 16 de junho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em 03 de novembro de 2017.



Por outro lado, essas decisões demonstram o quanto são limitadas as hipóteses legais e interpretativas de parcialidade no Brasil, principalmente por não atingirem o requisito de legitimidade e primariedade da cognição. Afinal, se o espírito da norma é evitar pré-julgamentos e proteger a espontaneidade contraditória na formação do convencimento judicial, não é este o sentido que os julgadores constitucionais lhe estão conferindo.

Ademais e no que tange ao instituto (originalidade cognitiva), a perspectiva de Vygotsky é interessante, pois, em sua concepção, o conhecimento é mediado pelas práticas culturais, pelo outro e pela linguagem. Em outras palavras, para Vygotsky, os acontecimentos do cotidiano e a relação com as pessoas são importantes para classificar, recortar, agrupar e representar significações ao ‘real’. Em seu trabalho acerca do desenvolvimento cognitivo em crianças, o educador dá especial ênfase à linguagem que confere sentido às coisas<sup>665</sup>. Nesse aspecto, a leitura de Vygotsky é importante ao direito porque, em sede das investigações jurídicas a única forma de linguagem que é admitida é a contraditória, justamente para que o sentido psíquico seja edificado com base na democracia processual. Daí a importância da cognição que se forma com diálogo e confrontação de ideias, razão pela qual deve ser originária e destituída de pré-julgamentos.

Paralelamente a Vygotsky, Lacan, como estudioso da linguagem da área da psicanálise, igualmente estabelece alguns elementos interdisciplinares bastante pertinentes. Em breves palavras (até porque não é o tema específico deste trabalho, apesar de indiretamente relacionado a ele), Lacan, discípulo de Freud, abre-se às interferências do inconsciente na permanente formulação da expressividade do sujeito<sup>666</sup>. Entretanto e transcendendo ao mestre, utiliza-se das lições de Ferdinand de Saussure para encontrar na linguagem uma “ponte” entre signos, significantes e significados. Em Saussure, o signo

---

<sup>665</sup> VYGOTSKY, Lev Semenovic. **A formação social da mente**: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores. Trad. de José Cipolla Neto, Luis Silveira Menna Barreto e Solange Castro Afeche. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 59-65. Especificamente, estabelece o autor que o processo de internalização de um signo consiste numa série de transformações, como: 1) uma operação que inicialmente representa uma atividade externa é reconstruída e começa a correr internamente; 2) um processo interpessoal é transformado num processo intrapessoal; 3) a transformação de um processo interpessoal num processo intrapessoal é o resultado de uma longa série de eventos ocorridos ao longo do desenvolvimento.

<sup>666</sup> LACAN, Jacques. **Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise**: escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 259, 265 e 288. Neste sentido, colhe-se dos ensinamentos de Lacan (respectivamente às páginas referidas): “o inconsciente é a parte do discurso concreto, como transindividual, que falta à disposição do sujeito para restabelecer a continuidade de seu discurso consciente [...] o inconsciente é o capítulo de minha história que é marcado por um branco ou ocupado por uma mentira: é o capítulo censurado”. Prossegue o autor acerca dos símbolos: “eles fariam surgir no próprio instrumento da palavra a distinção entre significante e significado” e, ainda, “a referência à linguística nos introduzirá no método que, ao distinguir as estruturas sincrônicas das estruturas diacrônicas na linguagem, pode permitir-nos compreender melhor o valor diferente que nossa linguagem assume na interpretação das resistências e da transferência, ou então diferenciar os efeitos típicos do recalque e a estrutura do mito individual na neurose obsessiva”.

representa a junção entre o significante e o significado, ou seja, simboliza a relação entre a imagem acústica e a ideia que essa mesma representação verbal ou escrita detém para o indivíduo<sup>667</sup>. Nesta acepção, o significante é a declaração formal, como a palavra e a imagem simbólica, já o significado é a composição ininteligível atribuída pelo sujeito a esse mesmo elemento.<sup>668</sup> A diferença entre os ensinamentos dos dois autores pode ser resumida na estrutura e na preponderância que cada um dos fundamentos assume na estrutura da linguagem. Assim, para Lacan, para além de um paralelismo igualitário e interdependente entre significante e significado presente em Saussure, o inconsciente tem função preponderante no sentido que cada indivíduo dá aos conceitos e situações.<sup>669</sup> Ou seja, para o francês, as manifestações intrínsecas e ‘intuitivas’ determinam o que o sujeito expressa.

Em consequência, a análise interdisciplinar permite concluir que o signo formado pelo juiz deve ser edificado pelo exame dialógico do que foi produzido pelas partes, sob pena de os riscos de significados unilaterais suplantarem os significantes processuais-democráticos. Ademais, o conhecimento antecipado dos fatos pode redundar em uma representação do ‘real’ arbitrária, sectária e facciosa, tão convincente mentalmente que nem mesmo o julgador percebe a análise tendenciosa que efetua. Então e como já referido, assiste razão a Pozzebon quando conclui pela reducionista interpretação que a corte suprema brasileira confere à questão, porque limitar a vedação do contato prévio entre juiz e os fatos apenas a instâncias diversas, importa ignorar a produção de sentido inconsciente que pode acontecer em todas as outras situações.

Por conseguinte, voltando ao que referiu Fenoll, a definição da imparcialidade como valor constitucional merece a inserção de uma cláusula aberta. Entretanto, muito mais urgente do que novos dispositivos legais é premente uma mudança de cultura jurídica com definitiva superação do positivismo vazio, afinal, o instituto não pode ser definido pelas suas hipóteses constitutivas, devendo, ao revés ser abalizado pela essência do que representa. Em outras

---

<sup>667</sup> Em termos exemplificativos, o signo se forma pela representação formal e acústica de algo, que é seu significante (ex: c-u-l-p-a), bem como pela a representação mental inconsciente (ex: remorso, vingança, piedade, etc). Por isso, o signo difere casuisticamente de indivíduo para indivíduo. Sobre o assunto, ver FERREIRA-LEMOES, Patrícia do Prado. Sujeito na psicanálise: o ato de resposta à ordem social. In: SPINK, M.J.P.; FIGUEIREDO, P.; BRASILINO, J.. (Ogs). **Psicologia social e personalidade** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011, p. 89-108. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em 25 de janeiro de 2018.

<sup>668</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Trad de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 28ª edição, São Paulo: Cultrix, 2012, p. 79-81.

<sup>669</sup> LACAN, Jacques. **Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise**: escritos. Op. cit., p. 265. É do autor: “a onipresença do discurso humano talvez possa, um dia, ser abarcada sob o céu aberto de uma onicomunicação de seu texto. O que não quer dizer que por isso ele seja mais harmonizado. Mas é esse o campo que nossa experiência polariza, numa relação que só é a dois na aparência, pois qualquer colocação de sua estrutura apenas em termos duais é-lhe tão inadequada na teoria quanto destrutiva para sua técnica”.

palavras, os artigos 252 e 254 do código de processo penal não delimitam o dever de imparcialidade, já que seu espírito decorre de uma interpretação sistemática da norma constitucional, incluindo-se, nesse contexto, todo o bloco de constitucionalidade integrado pelas convenções internacionais de que o Brasil é parte.

Disto é possível concluir que a exegese feita pelo supremo tribunal não é apenas restritiva, mas insuficiente para abarcar a jurisdição como garantia de julgamentos isentos e democráticos. Repita-se: o sentido da originalidade cognitiva não é satisfeito pelo impedimento de atuação em instâncias diferentes da mesma ação penal (isso pode acontecer em processos administrativos, cíveis, e acordos de colaboração premiada, etc). Os precedentes expostos, claramente, revelam o quão é complicado o caminho da compreensão do juiz, quanto mais se a apreciação do assunto for realizada mediante aportes interdisciplinares, como os que foram delineados acima.

Contudo, considerando-se que as outras hipóteses de impedimento e suspeição, definidas pela legislação ordinária, no Brasil, não tenham sido objeto de apreciação corriqueira pelos tribunais, há um argumento no acórdão do *Habeas Corpus* n. 97.533, do Paraná, que atenta ao instituto da conexão, sustentando-se que “se uma situação como a dos autos implicasse em impedimento, também o seria em todos os casos de infrações conexas”<sup>670</sup>.

Este ponto, inclusive, merece especial atenção. No que tange à conexão, importante asseverar que representa o julgamento conjunto de crimes que detenham algum liame ou ligação subjetiva (como agentes ativos e motivação) ou objetiva (como circunstâncias probatórias e de fato, a exemplo de lugar, tempo e modo de execução)<sup>671</sup>. Em resumo, por razões de economia processual, o mesmo juiz deve apreciar ações penais mutuamente relacionadas. Cabe ainda ressaltar que as regras determinantes de tal sistematização estão definidas em diplomas infraconstitucionais e, portanto, também elas devem observância às normas fundamentais.

Paralelamente a isso e em interpretação extensiva, as reflexões de Maya sobre a prevenção podem contribuir na discussão acerca da obrigação de julgamento sincrônico de

---

<sup>670</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.533, do Paraná. Paciente Sergio Amilcar de Aguiar Maia. Relator: Min. Dias Toffoli, julgamento em 16 de junho de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614108>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>671</sup> Para Badaró, a correta interpretação dos dispositivos legais pertinentes ao assunto abrange a conexão intersubjetiva (pluralidade de sujeitos) e teleológica (vincuação entre infrações), bem como a continência probatória (quando a prova de um crime pode influir em outro). Ademais, sustenta o autor que as “regras sobre conexão e continência nunca serão bastantes em si, para determinar o juiz competente”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Op. cit., p. 250-253.

certos crimes. Para Maya, a prevenção definida pelo artigo 83 do código de processo penal, como situações em que “concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa”, deveria determinar a exclusão de competência e não o contrário<sup>672</sup>.

Para chegar a essa conclusão, o autor estabelece uma digressão sobre as regras de definição da competência jurisdicional. A respeito das características do instituto, no direito brasileiro<sup>673</sup>, sustenta que se trata de “uma regra de determinação – ou de fixação da competência, de natureza residual, subsidiária pois incidente somente nos casos em que os demais critérios de determinação do juízo competente se mostrarem insuficientes”<sup>674</sup>. Ou seja, a prevenção deverá ser aplicada quando, no plano concreto de demarcação do juízo habilitado para julgar certa infração, houver insuficiência na adoção dos critérios usuais (funcional, material ou territorial) e, após tal verificação, ainda concorram ao julgamento duas ou mais autoridades igualmente competentes. Normalmente, essas situações acontecem quando a infração é cometida em locais limítrofes (sendo desconhecido o exato local da consumação), em crimes plurilocais, continuados, permanentes, etc., funcionando a prevenção como uma regra de desempate.

Não obstante, tal solução usualmente seguirá um critério contrário à originalidade cognitiva, ou seja, considerar-se-á prevento o juízo que primeiro teve acesso qualificado aos autos, ‘decidindo’ sobre medidas como busca e apreensão, cautelares reais (arresto, sequestro ou hipoteca legal) ou pessoais (como a conversão do flagrante, prisão preventiva propriamente dita, constrição temporária da liberdade e até mesmo a adoção de providências diversas da prisão), quebra de sigilos telefônico, bancário e fiscal, ou ainda qualquer outra medida probatória antecipada que seja adotada diretamente pelo juiz. Sobre essa análise primeva, importante referir que sempre exigirá justificação. Aliás, como todas as decisões

---

<sup>672</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. Op. cit., p. 104.

<sup>673</sup> O objeto deste trabalho não é discorrer especificamente sobre as regras de definição de competência, conexão ou prevenção, apesar de que todos os institutos estão manifestamente vinculados ao juiz natural, princípio que fundamenta o dever de imparcialidade. Por isso e apenas sinteticamente, vale referir que a competência pode ser absoluta (em razão da matéria ou prerrogativa de função) e relativa (território). A competência absoluta é constitucional, ao passo que a relativa é estabelecida pelo direito ordinário. Assim, inexistindo situações especiais que decorram de matéria constitucional ou ainda de foro especial funcional, a competência é determinada pelo local em que ocorreu a infração. Ocorre que este elemento nem sempre é claramente identificável, como é o caso de delitos plurilocais, continuados e permanentes, que podem ser executados em diferentes comarcas. Nestes casos, a prevenção pode ser utilizada para definir o juízo habilitado para analisar a infração. A questão da conexão (também definida em lei ordinária) é ainda mais tormentosa, porque por ela, é possível alterar o juiz natural correto por uma questão de conveniência e economia processual.

<sup>674</sup> MAYA, André Machado . **Imparcialidade e processo penal**. Op. cit., p. 126.

proferidas jurisdicionalmente precisam ser motivadas, impossível evitar um diagnóstico, comumente unilateral, acerca da materialidade e autoria do suposto fato delituoso.

A respeito, sustenta Maya que, ao ponderar sobre as ordens iniciais, minimamente deverão ser verificados o *fumus comissi delicti*, bem como a possibilidade de ter o acusado agido sob as causas de exclusão de ilicitude, ou melhor, “seja qual for a decisão, exige uma vinculação subjetiva mínima do magistrado, senão com as teses de acusação, com as de defesa”<sup>675</sup>. Evidência disso é que o legislador utiliza as expressões ‘fundada suspeita’ em caso de flagrante, ‘prova da existência do crime e indícios de autoria’ em situação de preventiva, ‘fundadas razões de autoria ou participação’ para ocorrência de prisão temporária, além de requisitos semelhantes à quebra de sigilos.

De qualquer forma, ainda que a convicção seja sumária, é preponderante relacionar tais circunstâncias processuais ao que já se referiu sobre as teses vygotskyanas e lacanianas acerca da comunicação psíquica que forma a linguagem. Recorde-se que, para os autores, a mente humana atua na definição de sentidos inconscientes e, nos casos, fá-lo com base em informações superficiais e sectárias.

De outro lado, Maya também alerta aos perigos da prevenção em sede recursal, como é o caso de *Habeas Corpus*, da apreciação da decisão absolutória lastreada no artigo 397 do código de processo penal e das situações de recurso em sentido estrito, entre outras, advertindo sobre a reiteração e desprezo legislativos ao pré-julgamento, permitido pela vinculação do julgador que primeiro decidiu as análises posteriores sobre o mesmo fato<sup>676</sup>.

Complementarmente e voltando à conexão, esta determina que, considerando-se a multiplicidade de locais competentes para dispor sobre um ou mais delitos (ou porque não há como precisar o juízo natural — jurisdição cumulativa, ou porque há uma relação de acessoriedade — um liame entre autores e/ou provas), o julgamento será reunido e será considerado competente o ente jurisdicional que primeiro examinar a controvérsia, se única, ou qualquer delas, se plurais. Daí que, para Maya, o raciocínio é análogo, já que nos dois institutos “o que se tem é uma possível violação da imparcialidade com origem no próprio procedimento penal, pois fica afastada a possibilidade de abordá-la como caso de suspeição *strictu sensu*, com base no artigo 254 do Código de Processo Penal”<sup>677</sup>. Em outras palavras, inclusive as regras da conexão e prevenção não são argumentos idôneos para afastar uma

---

<sup>675</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. Ibidem, p. 171. Sobre as discriminantes, previstas no artigo 23 do código penal, ver os artigos 314 e 395, II da lei processual codificada.

<sup>676</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. Ibidem, p. 175.

<sup>677</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**. Ibidem, p. 179.

compreensão ampliada do dever de imparcialidade, servindo, ao contrário, como fundamentos ao desprezo da legislação pátria à originalidade de cognição. Mais uma vez, o problema do positivismo avalorativo se mostra presente, impedindo uma interpretação que permita a eficácia material dos valores constitucionais.

Superada a exploração das causas de impedimento ou suspeição do juiz no que tange à resolução do conflito sobre a união de julgamento e dever de isenção judicial, é possível perceber outro aspecto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que também está relacionado à higidez da decisão. Trata-se da reiteração de prisões preventivas objetivando burlar ordens de liberação do acusado em sede de ações de *Habeas Corpus*. Nessas situações, o tendencionismo ideológico referido por Fenoll e Lopes Jr., antes referidos, parece bastante marcado, não obstante tenha sido insuficiente para que a suprema corte brasileira determinasse o afastamento do juiz.

Nesses termos, do aresto prolatado no HC n. 95.518, do Paraná<sup>678</sup>, é possível extrair que atos abusivos foram reconhecidos, porém asseverou o tribunal que “apesar de censuráveis, não revelam interesse do juiz ou sua inimizade com a parte, não sendo hábeis para afastar o magistrado do processo”. Em síntese, a situação fática indica que, após a determinação de segregação cautelar e subsequente revisão da ordem pelo órgão competente, novos mandamentos constritivos foram emitidos, com base mesmos fundamentos. Em consequência, disse a corte:

São inaceitáveis os comportamentos em que se vislumbra resistência ou inconformismo do magistrado quando contrariado por decisão de instância superior. Atua com inequívoco desserviço e desrespeito ao sistema judicial e ao Estado de Direito o juiz que se irroga autoridade ímpar, absolutista, acima da própria justiça, conduzindo o processo ao seu livre arbítrio, bradando sua independência funcional.

Ademais, foram expedidos cinco mandados de prisão, pelos mesmos fundamentos e sem oitiva prévia do ministério público, alternadamente, em duas ações criminais. O primeiro desses processos versava a respeito de crime contra o sistema financeiro; o segundo, por delito de ameaça em face de corréu. Esta última infração, inclusive, deteve, por parte do juiz, simulação da distribuição para ocultar da defesa investigações sigilosas. A alegação, então, foi de suspeição do magistrado em face de seu ímpeto excessivamente repressivo. Ocorre que, embora reconhecido o contexto fático “incomum” e “atípico”, evidenciado “pelo fato de os decretos de prisão, submetidos à reexame das instâncias superiores, terem sido, em sua

---

<sup>678</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95.518, do Paraná. Paciente Rubens Catenacci. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28 de maio de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5463892>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

maioria, não confirmados, autorizando, assim, o juízo crítico lançado pelos impetrantes<sup>679</sup>, não houve afastamento do julgador, sob a justificativa de que “não é possível confundir excessos com parcialidade” pois, mais uma vez, entendeu-se que são taxativas as hipóteses de suspeição e impedimento estabelecidas pela legislação processual penal.

Em decisão mais recente, o mesmo problema foi verificado. Trata-se da ação de HC n. 130.106, também do Paraná<sup>680</sup> em que se consignou ser “incabível que eventual superveniência de novo ato construtivo concorra — mesmo involuntariamente — para limitar o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal na apreciação de *Habeas Corpus* impetrado contra o primeiro decreto de prisão”. O processado revelou a expedição de três mandados de segregação preventiva, sob os mesmos fundamentos<sup>681</sup>, quando ainda pendente de análise a ação de impugnação primeva. Assim, depois de reconhecida a reiteração argumentativa e a inexistência de fatos novos, a corte aduziu que: “no caso, não se mostra presente situação excepcional de total autonomia de fundamentação entre os dois decretos de prisão [...] foi utilizada fundamentação análoga e destacado o mesmo requisito para justificar a necessidade da custódia cautelar do paciente.” Verificou-se, ainda, que a sentença manteve as prisões por idênticos motivos, ao sustentar que “ficam mantidas, nos termos das decisões judiciais pertinentes, as prisões cautelares vigentes”.

Consequentemente são prementes duas considerações acerca do dever de imparcialidade no julgamento desses casos. Inicialmente, a tendenciosidade segregatória cautelar demonstrada na reiteração de decisões preliminares, dotadas de congênere motivação, constitui, por si só, um motivo de desconfiança. Ocorre que sendo de conhecimento jurídico basilar e notório a necessidade de relação fática concreta para a determinação de atos

---

<sup>679</sup> O acórdão também referiu, ao citar texto do Min. Eros Grau, que “juízes que se pretendem versados na teoria e na prática do combate ao crime, juízes que arrogam a si a responsabilidade por operações policiais transformam a Constituição em um punhado de palavras bonitas rabiscadas em um pedaço de papel sem utilidade prática”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95.518, do Paraná. Paciente Rubens Catenacci. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28 de maio de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5463892>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>680</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95.518, do Paraná. Paciente Renato de Souza Duque. Relator Min. Teori Zavascki, julgamento em 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10939202>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

<sup>681</sup> Colhe-se da decisão originária, referida pela corte: “já decretei também a prisão preventiva [do mesmo acusado e pelos mesmos fatos] na decisão de 13/03/2015, do processo 5012012-36.2015.4.04.7000. Tal decreto é instrumental à ação penal 5012331-04.2015.4.04.7000. Como os decretos são instrumentais a outras ações penais, cabível, então, a decretação de nova prisão, desta feita instrumental à presente ação penal. [...] Já no que se refere ao acusado, os pressupostos e fundamentos expostos na decisão de 13/03/2015 do processo 501201236.2015.4.04.7000 podem aqui ser integralmente replicados.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 95.518, do Paraná. Paciente Renato de Souza Duque. Relator Min. Teori Zavascki, julgamento em 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10939202>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

constritivos da liberdade, é minimamente ‘atípica’ e ‘incomum’ (nas palavras da própria suprema corte), a adoção de estratégia que não apenas contraria tais regras de direito, como subverte a autoridade de órgãos jurisdicionais revisionais. Ainda, também asseverou expressamente o tribunal constitucional que as condutas verificadas constituíam autorização ao “juízo crítico lançado pelos impetrantes”, argumento muito semelhante ao que a corte europeia vincula, em termos objetivos, ao dever de isenção, ou seja, à credibilidade que a jurisdição precisa despertar em seus julgamentos.

Isso significa que o STF está longe de compreender e referendar materialmente as duas facetas da imparcialidade que, conforme se verificou, não difere de outras percepções, inclusive supranacionais, também limitadas no que se refere à tangibilidade do instituto. É importante que se repita: a natureza da imparcialidade não se vincula, apenas, ao interesse do juiz por qualquer das partes, mas também à conveniência do magistrado ao seu particular fascínio por questões religiosas, políticas e até mesmo criminais que, casuisticamente, desequilibram a relação processual bem como a percepção geral de credibilidade. Então, de acordo com Fenoll, a liberdade de opinião é franqueada a todos, sendo vedado recusar o julgador por suspeitas ideológicas abstratas, entretanto, o que não se pode permitir é o descontrolo jurisdicional que privilegia, ilegalmente, qualquer dos envolvidos.

Debe decirse que el derecho de tener una opinión estricta sobre cualquier de los temas expuestos, no invalida al juez para obrar con justicia en los casos acerca de los que deba conocer. Al contrario, es posible que siendo consciente de su propio pensamiento sobre el tema, sea más capaz de no dejarse influir sobre el mismo en un determinado asunto relacionado con la cuestión en concreto. [...] No obstante, es muy difícil ser auténticamente libre para juzgar cuando se tienen convicciones tan profundas sobre un tema [...] Si para colmo de males el juez há hecho exhibición pública, en alguna ocasión y de cualquier forma, de esa ideología, resultará que será observado como un sujeto sospechoso. [...] Como se há recondado con reiteración, la imparcialidad también es una cuestión de aparências y, por ello, si existe la duda acerca de la influencia de la ideología del juez sobre eses concreto juicio jurisdicional, dicho juez, siempre que sea factible, debe ser apartado del conocimiento del asunto.<sup>682</sup>

Em retrospectiva, então, alguns são os pontos que, até este momento de pesquisa podem ser expostos como integrantes do conceito de imparcialidade e sua operacionalidade prático-legislativa. Primeiro e mais importante, o instituto é o “princípio supremo do processo”, expressão de Aragoneses Alonso<sup>683</sup> ou, como prefere Aroca, “essência da jurisdição”<sup>684</sup>. Nesses termos, um julgamento imparcial é responsável por garantir a eficácia

<sup>682</sup> FENOLL, Jordi Nieva. El sesgo ideológico como causa de recusación. *Revista Ius et Praxis*. Op. cit., p. 298.

<sup>683</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. Op. cit., p. 127.

<sup>684</sup> AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Op. cit., p. 187.



de outros princípios processuais, como juiz natural, contraditório e ampla defesa, em direta implicação ao devido processo. A questão é que, como já se referiu, a ausência de imparcialidade esvazia a formação de convencimento do julgador, fazendo com que cada um desses elementos se torne mera figuração, eis que destituídos de conteúdo.

Ainda, não é adequado confundir imparcialidade e neutralidade, já que o juiz está sim sujeito às interpelações e influências do mundo da vida, mas essa separação não é suficiente a fim de cumprir com efetividade o dever de isenção. Assim, é urgente instrumentalizá-lo, pois tal pressuposto influi e constitui a legitimidade da jurisdição, além de expressar outro princípio que fundamenta o pensamento jurídico da atualidade: a igualdade material<sup>685</sup>. Não obstante, apesar de o direito e dever à imparcialidade ser juridicamente reconhecido e consagrado inclusive por tratados internacionais e cortes supranacionais respectivas (apesar dos temperamentos), no Brasil, a aplicação do instituto é, ainda, extremamente módica e restritiva. Para tanto, mesmo que existam causas expressas à abstenção (de ofício) ou recusa do juiz (pelas partes), essas não disciplinam todas as situações, como é o caso de lesão à originalidade de cognição por sobreposição de funções na mesma instância, em ações distintas, ou mesmo em caso de conexão e prevenção.

Acentuando o problema, estão os limites hermenêuticos da suprema corte brasileira que, a despeito de zelar pela eficácia material da constituição e de seus valores fundamentais, interpreta as situações elencadas pela legislação infraconstitucional de forma reduzida, recusando-se a ampliá-las segundo o que for verificado concretamente. Em resumo, o que faz o tribunal constitucional é definir o “princípio supremo do processo” por suas hipóteses constitutivas ordinárias, sem atentar ao que ele realmente representa em termos de lidimidade da função judicante. É neste aspecto que é bastante relevante a contribuição de Fenoll, defensor da adoção de uma cláusula aberta quanto às possibilidade de afastamento do juiz, para permitir a verificação, inclusive, de perturbações à imparcialidade por razões ideológicas, religiosas e políticas.<sup>686</sup> Para este trabalho, porém, muito mais do que alterações legislativas, a efetividade do instituto requer a alteração da cultura jurídica nacional.

Apesar disso, é importante que se faça uma diferenciação básica a respeito das demarcações interpretativas da imparcialidade no Brasil. Assim é que o problema exegético pode ser sintetizado em três perspectivas: a primeira, sobre a exaustividade do rol dos artigos

---

<sup>685</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Op. cit., p. 46.

<sup>686</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal**, Op. cit., p. 24-25.

252 e 254 do código de processo penal e admissão de um preceito legal geral sobre o tema; a segunda, relativa à observância da originalidade cognitiva, como respeito à democracia processual e contraditório — possibilitando-se, então, o afastamento do julgador sempre que constatada participação decisória anterior sobre os mesmos fatos (incluindo procedimentos administrativos, cíveis, conexão e prevenção criminais); a terceira, sobre as hipóteses de prejulgamento formado com base em poderes instrutórios. Este último é um ponto ainda não diretamente abordado nesta pesquisa, mas que tem também uma relação retilínea com o dever de imparcialidade. A situação é tão ou mais complicada que as anteriores porque, além de o direito judicial à prova não integrar as hipóteses legais de afastamento, é expressamente albergado como atividade factível, autorizada pelo legislador, bem como estimulada pela cultura jurídica positiva e inquisitória.

Então, o próximo item será destinado ao assunto, objetivando avaliar em que medida as rígidas concepções processuais da ‘antiguidade’ interferem na perfectibilização de compromissos democráticos do hoje.

### 2.3.3 Os poderes instrutórios do juiz e a compulsão pela evidência

Adjacente ao fato de que a imparcialidade constitui um princípio supremo do processo, os itens anteriores demonstraram o grande espaço interpretativo entre as concepções teóricas que a definem e a aplicabilidade prática do instituto. A começar pela jurisprudência supranacional, consignou-se que de avanços a retrocessos, existem importantes oscilações entre uma construção substancial e ampliada do dever de equilíbrio e isenção do juiz, ora abrangendo a legitimidade da jurisdição pelo confiança que inspira (imparcialidade objetiva); ora restringindo-a ao ânimo do julgador (imparcialidade subjetiva); apesar de tal retração ficar camuflada pela alegada necessidade de suporte fático ‘objetivo’.

No que tange ao Brasil especificamente, a questão não se resume ao aspecto exegético, embora essa circunstância represente a manifestação concreta de um problema muito maior e que deriva de uma cultura jurídica extremamente positivista (com grandes déficits axiológicos) e, portanto, ainda inquisitorial. Em outras palavras, a perspectiva da corte suprema brasileira quanto aos artigos 252 e 254 da codificação processual penal, antes delineada, reflete um contexto formativo arbitrário (ver a respeito capítulo I). Assim, apesar de a constituição do país, flagrantemente, optar pelo modelo criminal acusatório, a legislação

ordinária e os tribunais locais seguem em oposição a tais postulados. Essas são referências importantes para que se compreenda o quão multifacetado é o conceito de imparcialidade que tais posturas constitutivas e interpretativas encerram.

Isso significa que o sentido que detém a prestação jurisdicional quanto à obstrução de pré-julgamentos, para que sejam efetivamente perfectilizados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não passa de mera simulação, ainda que não totalmente intencional. Ocorre que ao lado de posturas que objetivam escudar a atuação de personagens da jurisdição, muito do pensamento jurídico nacional expressa o binômio ‘bem e mal’, por meio de preconceitos irrefletidos sobre os processos de criminalização. É como se o juiz ‘mocinho’ existisse para capturar ‘bandidos’, em detrimento de ser um garantidor de direitos, inclusive e, principalmente, daqueles a quem é destinada a marginalidade, em uma exata conotação do que a expressão ‘estar à margem’ significa. Assim, um grave problema social (violência) é simplificado pelo direito, reduzindo-se a complexidade interdisciplinar que lhe é inerente.

Então, e voltando às contraditórias acepções da imparcialidade no Brasil, ligadas às exíguas causas de afastamento do julgador, encontra-se o seu poder instrutório, formalmente autorizado pelo artigo 156 do código de processo penal. Dessa forma, estabelece a lei que pode o magistrado ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, provas de natureza urgente e relevante, bem como, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante da controvérsia.

As implicações desse dispositivo, além de cronológicas (a redação legal é de 2008, ou seja, após vinte anos de constância de uma constituição de índole processual acusatória<sup>687</sup>), diz respeito ao ‘valor’ juiz natural. Isso porque o referido princípio transcende a garantia de julgamento por autoridade competente, bem como à vedação formal de juízos e tribunais de exceção e trata dos fundamentos à limitação do poder. Por conseguinte, para Cordero, a noção revolucionária francesa de juiz natural advém do surgimento, na época, de uma nova ordem legal que se contrapôs às arbitrariedades ordinárias e principalmente extraordinárias<sup>688</sup>, traduzidas por uma equânime distribuição de direitos que passou a ser assegurada pela jurisdição. Daí que o advento da imparcialidade e a consolidação de direitos (inclusive contra o poder judicial) são diretamente interdependentes. Ademais e na mesma linha, mas já no que diz respeito à instrução criminal, Giacomolli refere que “a perspectiva do sistema probatório

---

<sup>687</sup> Para Lopes “além de caminhar em direção ao passado (juiz-instrutor), a reforma pontual maquiou o problema utilizando critérios vagos e imprecisos (necessidade e adequação para que e para quem?)”. In: **Direito Processual Penal**, Op. cit., p. 124.

<sup>688</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Op. cit., p. 109.

no processo penal é o de ‘prova-juiz’ e não ‘juiz-prova’ (via de mão única). O transitar na contramão, nessa perspectiva, significa retorno à estrada de chão batido da época medieval”<sup>689</sup>.

Em outras palavras, se a jurisdição é o terceiro que garante e protege direitos, o julgador deve conduzir a controvérsia de maneira igualitária, sob pena de lesar um dos direitos que fundamentam sua existência. E a igualdade, nestes termos, significa a democracia processual contraditória. Daí que o magistrado deve ser inerte, pois o abandono da função de expectador implica desequilíbrio da balança<sup>690</sup>. A questão, ainda, pode ser sintetizada pelo seguinte argumento: se o magistrado valora livremente a prova, não pode também produzi-la ou, ao revés, estar-se-ia permitindo a confusão entre produtor e destinatário dos elementos de convicção. Para Giacomolli, “a situação processual penal informa a existência de um problema a ser resolvido pelo juiz na sentença e de várias hipóteses (respostas provisórias), a serem confirmadas ou afastadas pela prova constante do processo”<sup>691</sup> e, em consequência, havendo identidade entre as conjecturas iniciais, prova e decisão, é possível que o julgador labore involuntariamente para evidenciar, na instrução, a resolução final que deseja.

As implicações psicológicas advindas desse quadro referem-se, principalmente, ao espaço do inconsciente na edificação do pensamento e das ações humanas. Sobre esse assunto, além do debate já exposto nesta pesquisa, Fenoll alerta para “una serie de atajos del pensamiento que han sido denominados ‘heurísticos’ y que son como principios generales que asisten a la persona en la toma de decisiones.”<sup>692</sup>. Morais da Rosa expõe idêntico posicionamento ao sustentar que inicialmente, as decisões judiciais são altamente ponderadas e refletidas, entretanto, no decurso da atividade, são comuns os raciocínios automáticos que simplificam a complexidade das situações em exame. Para o autor, “heurísticas são atalhos de como pensamos. Nossa memória de trabalho não é infinita, nem o tempo de reflexão. Isso porque processamos as informações do ambiente e probatórias dentro das limitações humanas, para reduzir o esforço, criar mecanismos de decisão pronta”<sup>693</sup>.

<sup>689</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Op. cit., p. 180.

<sup>690</sup> Para Lopes, “a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador) assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade [...] Se a gestão da prova está nas mãos do juiz, como ocorre no nosso sistema, à luz do art. 156 (entre outros), estamos diante de um sistema inquisitório (juiz-ator). Contudo, quando a gestão da prova está confiada às partes, está presente o núcleo fundante de um sistema acusatório (juiz-espectador”. In: **Direito Processual Penal**, Op. cit., p. 94.

<sup>691</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Op. cit., p. 180.

<sup>692</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Op. cit., p. 54.

<sup>693</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4ª edição, Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 86.

Basicamente, existem três grupos genéricos de heurísticas<sup>694</sup> que podem ser assim dispostos: a) ‘heurística da disponibilidade’, na qual o processo de tomada de decisão acontece por aquilo que o sujeito considera mais frequentemente exitoso, já que a experiência cotidiana lhe demonstra tal hipótese de sucesso<sup>695</sup>; b) ‘heurística da representatividade’ configura o julgamento que ocorre através de etiquetamento ou formação mental de categorias – significa que os fatos são agrupados em categorias por conceito preconcebidos, independente da exata correspondência com o real<sup>696</sup>; c) ‘heurística da ancoragem ou ajustamento, correspondente àquela em que, com base em uma decisão preliminar, são orientadas todas as subsequentes, como forma de confirmação, até mesmo instintiva, da postura inicial.<sup>697</sup> Sobre o modelo heurístico de ancoragem ou ajustamento, aduz Fenoll:

Uno de los heurísticos que mejor revelan las claves más discutibles de nuestro actuar cotidiano es el de ‘anclaje y ajuste’. Supongamos que el sujeto que lo emplea ya há tomado una decisión. Para ejecutarla y mantenerla anclará y ajustará todos los datos de la realidad para seguir defendiendo que su decisión es la correcta, aunque ya no lo se porque esos datos desmientan la bondad inicial de la decisión inicial. Todos los heurísticos provocan sesgos del pensamiento, pero el más conocido de los que ocasiona este en concreto es ele sesgo de confirmación, que precisamente impede a um sujeto percibir como errónea una decisión, porque se empecina en ir reinterpretando todos los datos que recibe a favor de la corrección de esa decisión, aunque le desmientan a cada paso.<sup>698</sup>

Refere ainda Fenoll que uma vez operada a heurística de ancoragem ou ajustamento nos processos de decisão judicial, é difícil que o magistrado mude de opinião, a menos que aconteça algo espetacular, pois uma das características desses ‘atalhos’ corresponde à difusão,

---

<sup>694</sup> A nomenclatura acerca das heurísticas não é unívoca, tanto que para Matlin, as categorias utilizadas são diferentes das referidas por Sternberg. A autora as define como “heurística de subida de morro”, “heurística de meios e fins” ou ainda “heurística por abordagem analógica”. Não obstante, e apesar destas distinções classificatórias, os autores concordam quanto ao conteúdo destes ‘atalhos do pensamento’ humano, bem como quanto aos equívocos que eventualmente provocam. In: MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. Trad. de Stella Machado, Rio de Janeiro: LTC, 2004, p. 241-243.

<sup>695</sup> Segundo Robert J. Sternberg “pela heurística da disponibilidade fazemos julgamentos com base no grau de facilidade com que podemos trazer à lembrança aquilo que percebemos como situações relevantes de um fenômeno” In: **Psicologia Cognitiva**. Trad. de Anna Maria Dalla Luche e Roberto Galman, São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 438.

<sup>696</sup> Sobre a heurística da representatividade, Sternberg refere que “na representatividade, julgamos a probabilidade de um evento incerto de acordo com a obviedade com que é similar ou representativo da população da qual se origina e o grau em que reflete as características notáveis do processo pelo qual é gerado (como a aleatoriedade)”. In: **Psicologia Cognitiva**. Ibidem, p. 437.

<sup>697</sup> Em outras palavras, a heurística de ancoragem e ajuste, significa a “disponibilidade pela qual as pessoas ajustam suas avaliações, por meio de certos pontos de referência denominados ancoras de finalidades”. In: STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. Ibidem, p. 440. Além desses três grandes grupos de processos heurísticos, Rosa aponta outros complementares e acessórios, a exemplo da empatia, enquadramento, correlação ilusória, excesso de confiança, custos afundados, além de outros. Rosa também aponta para o chamado ‘Efeito Halo’ como uma das possibilidades de direcionamento do pensamento, exemplificado com base no adágio popular que estabelece “a primeira impressão é a que fica”, bem como por meio de impactos positivos ou negativos relacionados à estética (roupa, cabelo, aparência em geral). In: Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. Op. cit., p. 92.

<sup>698</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Op. cit., p. 54-55.

no íntimo do sujeito, da sensação de confiança<sup>699</sup>, por vezes disfarçada por ‘intuição’ ou ‘sexto sentido’<sup>700</sup>. Ademais, Morais da Rosa emprega o exemplo da lógica sumular, para demonstrar que muitos dos enunciados heurísticos impedem a análise profunda dos assuntos. Sustenta o autor que “não há trajeto reflexivo quando o ponto de chegada já está dado. Daí a criação de heurísticas: ‘mantras de sentido’, táticas informais, intuitivas e especulativas que podem gerar padrões de acerto e, também, de erro”<sup>701</sup>. Assim, é importante referir que tais metodologias inconscientes, “nem sempre conduzem a julgamentos errados ou a decisões inadequadas, usamos efetivamente estes atalhos mentais porque, muitas vezes, estão certos”. Ocorre que existem também chances concretas de equívocos atribuídos à “falácia do jogador”, que é a crença imprópria sobre determinada probabilidade ou, ainda, à “correlação ilusória”, em que os preconceitos pessoais são usados na formação de estereótipos.<sup>702</sup>

Isso significa que o problema das heurísticas reside na ‘descomplicação’ à resolução das controvérsias e na potencialidade de imprecisões, algo que não se resume ao judiciário, já que facilmente identificável junto ao senso comum em geral e aos meios de comunicação social. No âmbito jurisdicional, entretanto, Fenoll percebe um instrumento importante ao controle de tais mecanismos psicológicos e que está diretamente vinculado ao procedimento<sup>703</sup>.

Além disso, o autor também estabelece como alternativa ao enfrentamento do problema a adoção de modelos mentais que possibilitem “chaves de correção”. Em síntese, essa metodologia implica “en que los sujetos, a la hora de decidir, se representan una situación o modelo mental en el que cuadran los datos o indícios que están observando”, ou seja, antes de optar pela absolvição ou condenação, por exemplo, deve o juiz estabelecer uma representação, com pontos obrigatórios a preencher e relativos a cada uma das hipóteses<sup>704</sup>. Segundo essa premissa, o raciocínio direto aumenta a possibilidade de incidência das heurísticas equivocadas, mas não é suficiente para excluir totalmente sua incidência.

---

<sup>699</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Idem, ibidem, p. 55. Informação semelhante é também encontrada em STERNBERG, Robert J. **Psicología congitiva**. Op. cit., p. 442.

<sup>700</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. Op. cit., p. 82.

<sup>701</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos. Ibidem, p. 86. Sobre o assunto, o autor também alerta para a manipulação do discurso, comumente relacionado às heurísticas.

<sup>702</sup> STERNBERG, Robert J. **Psicología congitiva**. Op. cit., p. 440, 442 e 444.

<sup>703</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Op. cit., p. 53. O procedimento como instrumento de controle da parcialidade e consequente aumento das condições de imparcialidade é assunto do capítulo III desta pesquisa.

<sup>704</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Idem, p. 56. Nesse sentido, sustenta o autor que “es preciso que el juez intente siempre la formulación de otros modelos mentales que conduzcan a hipotesis distintas. Solamente si es incapaz de localizar modelos alternativos en los que cuadren dichos indícios, podrá decirse que, efectivamente, la decisión es correcta”.

Paralelamente ao viés psicológico, Fenoll reconhece que um dos grandes obstáculos à inércia jurisdicional e à implantação do modelo acusatório refere-se ao genérico *non liquet*. Sobre o assunto, explica o autor, é realmente difícil despender muitas energias à ação penal, para não chegar a lugar algum. Contudo, trata-se de uma inquietação que, segundo ele, deriva de uma conotação inquisitorial, em detrimento da matriz democrática e acusatória, para a qual a regra é o estado de inocência, somente flexibilizado após uma decisão condenatória, imparcial e definitiva<sup>705</sup>. E é justamente tal inquietação distorcida que autoriza a postura ativa do juiz. Recorde-se a lição de Coutinho<sup>706</sup>, no sentido de que existe um princípio unificador a cada sistema processual, bem como de que a gestão da prova pelo julgador é uma das características fundamentais do sistema inquisitivo.

Ao lado disso, a compulsão pela verdade real, um também atributo do modelo medieval (consoante disposto no cap. I deste texto), desempenha uma importante função à manutenção dos poderes instrutórios jurisdicionais<sup>707</sup>. Ocorre que a rigor, toda a ‘precisão’ processual nada mais é do que uma reconstrução, um dado histórico que é (re)contado a partir das impressões de inúmeros sujeitos, tais como a testemunha, o perito, o defensor, etc. A verdade real, então, é uma soma de várias ‘realidades’, tão variáveis quanto o conjunto de histórias de vida e de subjetividades que as professam. Assim é que um mesmo fato pode sofrer diferentes interpretações, suficientemente demonstradas ou não, durante a dinâmica procedimental. Disso decorre que as múltiplas dimensões do real, somente revelam uma verdade aproximada e inatingível, não sendo idôneas para justificar o sacrifício de direitos como isonomia, equidade e imparcialidade.

Ademais, essas primeiras indagações sobre a prova, a separação de funções e a verdade, inclusive no sentido psicológico que cada um desses elementos encerra, faz despontar outro viés investigativo acerca do dever de isenção, agora relacionado não apenas ao aspecto individual, mas que abrange também as interpenetrações entre os sistemas jurídico e social. Por esse ângulo, Cunha Martins aponta ao fato de que o processo e o processo penal sofrem interferências decorrentes da comunicação sistêmica que atingem diretamente a prestação jurisdicional. Mais especificamente, a abordagem refere-se à interpenetração entre o senso

---

<sup>705</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Ibidem, p. 129.

<sup>706</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal**. Op. cit., p. 166.

<sup>707</sup> A respeito do ‘princípio’ da verdade real e do mito correspondente, sustenta Casara que há uma grande equívoco na instrução probatória pelo juiz, não obstante, a verdade “arrasta o órgão julgador à produção de provas dirige-se à reconstrução histórica, justificando a busca das bases probatórias da decisão penal” In: **Mitologia processual penal**. Op. cit., p. 165. No mesmo sentido, KHALED Jr. Salah. **A busca da verdade no processo penal**. Op. cit., p. 233.

comum<sup>708</sup> e o convencimento do julgador. Para tanto e, ao mencionar a questão probatória, o autor identifica o perigo decorrente de alucinações na definição do ‘real’ com base na ‘satisfação do espírito’ e aponta a evidência como elemento de contaminação da convicção por aquilo que o juiz acredita<sup>709</sup>. Assim, há uma relação direta entre evidência e instrução probatória, mas no sentido negativo, ou seja, “é evidente aquilo que dispensa a prova” e manifesta a “autodoação de si imediatamente intuitiva, no modo universal da sua intencionalidade como a forma por excelência da consciência de algo”<sup>710</sup>. Sendo assim, em uma conotação bastante genérica, os argumentos de Cunha Martins não deixam de ser congêneres ao debate sobre os atalhos heurísticos.

Contudo, apesar das semelhanças relacionadas ao plano de fundo dos dois assuntos (prova), as abordagens são complementares visto que partem de diferentes pressupostos, mantendo, porém, identidade quanto ao cerne da controvérsia: as interferências decisórias locais e gerais. Ademais e baseado em uma noção de totalidade semelhante à utilizada por Levinas<sup>711</sup>, Jobim do Amaral sustenta que em termos da evidência “a sua voz de verdade terá uma vocação totalizante, pois, para lograr atingir a inteligibilidade, vai à cata do que é incontestável e necessário em cada domínio, retendo aquilo que há de máxima certeza”<sup>712</sup>. Essa convicção, entretanto, por vezes decorre do desejo e, por conseguinte, da interpretação que o sujeito confere a algo, com fundamento a uma tendência pré-existente. Para o autor,

---

<sup>708</sup> É importante asseverar que o sentido da expressão ‘senso comum’ utilizada por Cunha Martins é diverso do significado que Kant emprega à mesma expressão (elemento já consignado neste texto). Para tanto, importante reprimir que, para o filósofo alemão, a locução foi empregada para definir interpretações decorrentes das leis universais gerais, voltadas ao espírito comunitário, não individual. In: KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Op. cit., p. 139-140. Cunha Martins, de outro lado, dá ao termo o sentido da confiança fundada na crença em geral, mais próxima de conhecimento vulgar e das presunções que se contrapõem à prova. Nesse sentido: “há graus máximos de adesão, incluindo os casos em que ela é máxima, forçoso será recordar que, neste último caso, o do grau máximo de adesão, a crença chamar-se-á então confiança. Ora, a confiança que é talvez a matriz da crença em geral (a mente é naturalmente confiante), repousa sobre um pressuposto de identidade e estabilidade”. In: MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Op. cit., p. 7.

<sup>709</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Ibidem, p. 3-13. O autor refere suas conclusões pelos estudos empreendidos por Fernando Gil. Nessa lógica, é possível encontrar em Gil que “a evidência se impõe diretamente: é presente e viva para mim, não precisa ser notificada por sinais distintivos peculiares: é index sui, índice de si mesma, e investida de uma necessidade intrínseca [...] Embora se trate de uma experiência do sujeito, a evidência é a experiência de algo que se dá como OBJETIVO: “isso” que “é evidente” é uma proposição com uma referência”. In: GIL, Fernando. **Modos da evidência**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 83.

<sup>710</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal**. Op. cit., p. 390-391.

<sup>711</sup> Conforme definido anteriormente, totalidade, em Levinas, significa a oposição ao pluralismo, “uma redução de toda a experiência” In: LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Op. cit., p. 61. Para Timm de Souza: “totalidade é a imanência acabada, todos no uno, a multiplicidade na unicidade original ou final. Totalidade é, assim, a realização dinâmica do mesmo, a síntese final das energias que integram o outro a uma unidade sólida”. In: Alteridade e justiça: uma introdução ao pensamento ético de E. Levinas. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 88-104, jan-fev. 2015, p. 91.

<sup>712</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal**. Op. cit., p. 391.



ainda, as características da evidência são ‘verdade’, apodicidade<sup>713</sup>, adequação e satisfação do espírito; conjunto que integra o modelo de pensar e de se enganar<sup>714</sup>.

Nas palavras de Cunha Martins, referido processo é alucinatório e não se manifesta “no sentido de um percepto do irreal em vez da percepção do existente: antes significa transposição da percepção para outra coisa que não ela mesma [...] que, com a força irrecusável do real, converte em verdade a percepção e a significação”<sup>715</sup>. Isso denota que o julgamento técnico-jurídico, originalmente legitimado pelo poder isonômico do direito na resolução de conflitos, pode, em concreto, ser substituído pelo arbítrio acerca do que é justo, certo e errado.

Em consequência, como o pensamento coloquial expressa a motivação de um ‘querer’ específico, além de ‘resistência a tudo o que parece contra intuitivo’, a evidência constitui a possibilidade de incursão aos valores vigentes no íntimo do juiz, algo que comumente é produto da irreflexão de crenças gerais. Ou seja, a evidência é manifestação do impulso e do instinto emocional coletivo. É alimentada pela ‘maquinaria processual das expectativas’, que funcionam como redutoras de complexidade. Dessa forma, para Cunha Martins, a evidência se confunde com uma específica exigência de sentido do senso comum, que é marcada pela flexibilização da instrução processual a partir da “emergência de uma verdade; é uma verdade procurada enquanto confirmação do que já se ‘sabe’ por antecipação”<sup>716</sup>.

Também assevera Cunha Martins que, idealmente, existem maneiras de constranger a evidência e evitar sua inoculação na decisão judicial. Diante disso, “cada um a sua maneira, a prova, a convicção, ou o próprio processo destinam-se a assegurar o estabelecimento de

<sup>713</sup> Segundo Jobim do Amaral “a apodicticidade é a justeza máxima do juízo, noutros termos, é o nome da vertente epistemológica da evidência” In: AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal. Ibidem, p. 390.

<sup>714</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **A política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade inquisitiva do processo penal. Ibidem, p. 391.

<sup>715</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Op. cit., p. 12.

<sup>716</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Ibidem, p. 60. Ainda, colhe-se também de DUARTE, Rui Pinto que “a verificação de que a legitimação das decisões judiciais é essencialmente política atira-nos na abordagem das ‘convicções-crença’, de uma óptica ‘micro’ para uma óptica ‘macro’, ou seja, da análise do juízo do julgador para sua contextualização social. Em especial, é de frisar que a autoridade dos juízes (para proferir decisões em matéria de facto, mas não só) assenta em ‘convicções-crenças’ coletivas quanto ao modo de resolução dos conflitos”. Ainda, do mesmo autor: “a convicção do julgador é codeterminada pelo seu ‘lado emocional’. Não sendo possível separar o perceber, o pensar e o sentir (emoções) [...]. O processo de aplicação do Direito (não apenas o das normas enunciadas em leis, mas também o das normas reveladas por outros modos, nomeadamente a jurisprudência) é um processo de concretização de conceitos. Nesse processo o julgador é determinado por múltiplos factores – que vão desde as capacidades linguísticas às suas orientações ideológicas, passando pelas suas idiosincrasias”. In: Algumas notas acerca do papel da ‘convicção-crença’ nas decisões judiciais. **Themis**. Revista da Faculdade de Direito da UNIL, ano IV. n. 6, 2003, p. 15-16. Disponível em: [rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/22\\_CONVICCAODECISOESJUDICIAIS2003.PDF](http://rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/22_CONVICCAODECISOESJUDICIAIS2003.PDF). Acesso em: 20 de agosto de 2016.

limites frente à pulsão devoradora da evidência. O problema que se coloca é, porém, o da efetividade do respectivo desempenho<sup>717</sup>. Essa é, inclusive, uma das questões que devem ser dirimidas pela dinâmica processual moderna, já que a possibilidade de cooptação do pensamento científico pelo vulgar compromete a integridade da jurisdição. O obstáculo surge justamente quando a ‘apropriação de expectativas’ instintivas no plano penal confirma a crença, subjugando e escamoteando as funções ética, técnica e valorativa que o direito deve cumprir.

Outrossim, os elementos dispostos no capítulo anterior, a exemplo do estrito positivismo bem como a desconectada configuração do ensino jurídico auxiliam no quadro, porque o alheamento ‘racional’ da cultura no direito obsta iniciativas emancipatórias. Em consequência e em razão da confluência dos fatores que configuram o processo penal atual, o equivocado “sentimento de preenchimento corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como desejo e que, de uma maneira ou outra, deve ser cumprido”<sup>718</sup>. Isso implica a redução de toda a complexidade inerente ao exercício da jurisdição e resulta na ausência de justificação à ‘certeza’. Nesse sentido, “a convicção possui, a par de uma dimensão cognitiva, uma dimensão afetiva. É menos trabalhada, é verdade; mas é a sua responsabilidade que uma vontade de adesão pareça instalar-se sempre no horizonte da convicção”<sup>719</sup>.

A este respeito, a crítica de Cunha Martins refere-se também ao contraditório, já que, para o autor, os elementos sugestivos prévios retiram-lhe efetividade e assertividade. Dito de outra forma, trata-se da atuação de operadores de contágio, mais precisamente relacionados ao convencimento, adesão e confiança<sup>720</sup>, para impedir a concretização de postulados fundamentais. Em síntese, são processos mentais de persuasão, desejo<sup>721</sup> e normalidade,

<sup>717</sup> MARTINS, Rui Cunha. Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. **Revista Sistema Penal e Violência**. PUCRS, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 8-90, jan./jun 2010, p. 84.

<sup>718</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Op. cit., p. 9.

<sup>719</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Ibidem, p. 30.

<sup>720</sup> GIL, Fernando. **Modos da evidência...** Op. cit., p. 125-126. A convicção corresponde “ao grau máximo de intensidade da crença, independente do seu valor de verdade. Define-se assim, muitas vezes, a convicção como uma ‘crença forte’. Ela é uma atitude e seu conteúdo é uma adesão e não uma proposição”. No mesmo sentido, MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**, Idem, p. 19-37. “A convicção é, por definição, uma zona de contágio na qual se insinua a dimensão de crença, que nela sempre subsiste e onde convivem diversas expressões conatadas com o registro alucinatório da evidencia [...]. Em resumo, qualquer regime de expectativas é sequestrável pela lógica epistêmica da evidência e compreende três coisas: um dado campo de experiência, um dado horizonte de expectativa e uma dada vontade de preenchimento [...]. este é o modelo genérico. Naturalmente, cada conjuntura histórica, de apropriar a a seu modo”. Sustenta ainda o autor, “a esperança, mais do que o preenchimento é oferecida pela gestão moderna da expectativa”. Ibidem, p. 19 e 43.

<sup>721</sup> Sobre o erro “ativado pelo sistema de preferências e repugnâncias do seu portador (o “desejo”), a crença provocará a fuga sem que o encadeamento das correlações habituais, conservado pela selecção ou pela aprendizagem” In: GIL, Fernando. **Modos da evidência...** Op. cit., p. 139.

diretamente voltados à integração de ‘predisposições’ ao que se decide, sem a necessária reflexão jurídica correspondente.

Nesse ponto, importante consignar que a linguagem da evidência vincula-se ao senso comum, uma vez que, diferente do pensamento científico, que requer profundas considerações de causa e efeito, bem como comprovações respectivas, “a evidência não remete para dispositivos exteriores de avaliação, porque ela constitui um desdobramento do sentido na indicação de sua própria verdade, pondo-se por si, quer dizer, ‘alucinando’<sup>722</sup>. Ainda, no que tange ao citado caráter alucinatório, Cunha Martins afirma que “qualquer regime de expectativas é sequestrável pela lógica epistêmica da evidencia e compreende três coisas: um dado campo de experiência, um dado horizonte de expectativa e uma dada vontade de preenchimento<sup>723</sup>. Nesse aspecto e, especificamente no que tange à matéria criminal, ela atua em favor da “ditadura do senso comum, como agente municador de expectativas securitárias de lei e ordem<sup>724</sup>, alimentando consciente e inconscientemente as atuações judiciais.

Em síntese, o pensamento social difuso é naturalmente intuitivo, ao que resiste a toda e qualquer afirmação contrária às percepções da experiência perfunctória. Isto estabelece uma constante tensão entre o jurídico e o social, especialmente quando os fundamentos científicos, éticos e valorativos são frágeis. Em decorrência, o desequilíbrio nessa interação pode contaminar a decisão ao servir-lhe como fundamento não necessariamente cognoscível, nem, por isso, menos determinante da perversão da prova e da inobservância material do devido processo legal. Para tanto, alerta Cunha Martins, “se o senso comum é, nesta perspectiva, o modo de consagração pardacenta e rotineira da opinião, a decisão é aquilo que permite ir para lá dele e por isso ela tem que ser arrancada ao regime da opinião<sup>725</sup>.

Dito isso, é possível concluir que a *práxis* pode se contrapor à existência ético-jurídica da jurisdição para apresentar às pessoas aquilo que esperam ver, correspondendo às mais diversas perspectivas. Isso não deixa de ser uma manifestação parcial, além de incompatível com o exercício arbitrário de razões, algo que o modelo heterocompositivo se propôs a evitar. A toda essa dinâmica aliam-se os sistemas comunicacional e econômico, responsáveis, cada um à sua maneira, pela redução da complexidade entre o ‘real’ e o jurídico:

---

<sup>722</sup> MARTINS, Rui Cunha. Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. **Revista Sistema Penal e Violência**. Op. cit., p. 84.

<sup>723</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

<sup>724</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Ibidem, p. 41.

<sup>725</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. Ibidem, p. 61.

Situarei o posto de observação numa zona de manifesta confluência intersistêmica: um sistema jurídico posicionado frente a um sistema comunicacional que por sua vez é percorrido pelo fluxos de um sistema econômico, todos envolvidos num jogo de sedução similar aos do reino animal, em que o que está em causa é captar a atenção de um sistema social inquieto por atribuir a cada um deles determinado grau de desconfiança e, em função dele, determinado grau de adesão.<sup>726</sup>

Relativamente aos meios de comunicação social, é importante aludir ao potencial de mobilização de anseios e à capacidade de contração correspondente, objetivando apenas “responder satisfatoriamente à vontade galopante de ‘novidade’ e ao desejo de sangue”<sup>727</sup>, tudo no âmbito da lógica de consumo e da verdade simplificada. Como resultado e considerando que o tempo do direito é diferente do tempo da ‘notícia’, o déficit é permanente.<sup>728</sup> Ainda, a perda de legitimidade daí decorrente faz com que diretrizes jurídicas como as garantias fundamentais, sejam percebidas como empecilho à realização da ‘justiça’. Dito isto, o problema resta majorado consideravelmente quando tal redução de complexidade influencia internamente a atuação dos sujeitos processuais, em uma manifestação de contágio da convicção pela crença (conforme referido nas linhas anteriores). A polémica sobre esse assunto, já apresentada neste trabalho, é que tanto as liberdades de imprensa, de informação e de opinião quanto à definição de um núcleo de proteção ao ser humano, como elemento fundamental ao desenvolvimento físico e psíquico da pessoa, são características dos Estados democráticos. Sobre o sentido que o termo “democracia” encerra, Bonavides alerta para a circunstância de que “o vocabulário político possui dimensão histórica com palavras que também refletem a época, condensam ideias, valorizam sentimentos [...]”<sup>729</sup>, de forma que o sentido de democracia pode ser diferente conforme os contextos cronológico e social em que está inserido.

Entretanto, assim como já exposto, o panorama dos dois últimos séculos aponta para a direção, ainda que contraditória, de salvaguarda individual, ampliada posteriormente a alguns aspectos coletivos da vida em sociedade, mas sempre no sentido da tentativa do estabelecimento de limites ao poder estatal. Cabe ressaltar que a liberdade de pensamento e expressão incluem, por óbvio, o conhecimento de tudo o que acontece, algo que deve ser verificado com base em variáveis presentes em determinado fato, até mesmo como uma forma de controle do poder. Nesse sentido, Cesare Beccaria, há mais de dois séculos, questionava

<sup>726</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**. Op. cit., p. 32.

<sup>727</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**. Ibidem, p. 43.

<sup>728</sup> Ver a respeito COSTA, José de Faria. Comunicação social e Direitos Fundamentais. Um círculo virtuoso? In: PEIXINHO, Ana Teresa, CAMPONEZ, Carlos, VAGUES, Isabel Vargues e FIGUEIRA, João Figueira (Orgs.). **20 anos de Jornalismo contra a Indiferença**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 315-321.

<sup>729</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. Op. cit., p. 191.

acerca de “quem será capaz de se defender da calúnia quando esta se arma com o escudo mais forte da tirania: o segredo?”<sup>730</sup>

De outro lado, é tolerável postergar a notícia àqueles que não são apenas indiretamente interessados na controvérsia, para que seja possível o exercício de direitos como defesa e contraditório. A publicidade, então, pode sofrer restrições temporárias e decorrentes de elementos democráticos e de controle individual<sup>731</sup>. Nesse sentido, Giacomolli consignou que “há de ser evitada e minimizada a funcionalidade negativa e estigmatizante da publicidade ao imputado [...] inclusive de audiências, com divulgação da situação do réu, cuja compreensão pelo senso comum [de crimes com grande repercussão], já é a de culpado”<sup>732</sup>.

Desse modo, as evidências e não a prova propriamente dita, contaminam a democracia processual e tornam o ambiente jurídico arbitrário, possibilitando a transposição ao direito por crenças coloquiais que fundamentam certezas alucinadas e dispensam os esforços probatórios.<sup>733</sup> De outro lado, é importante que se vincule o poder da evidência à iniciativa oficial à produção de provas. O fato é que a separação de funções justamente pretende evitar a contaminação decisória pela demarcação de encargos. Assim é que o juiz julga e, na ausência de comprovação fática (a ser apresentada pelas partes) deve aplicar a presunção constitucional de inocência. Contrariamente, detendo o juiz potencial para agir ante a inércia dos envolvidos, além de provocar o desequilíbrio processual (já que as partes conhecem os respectivos deveres), poderá atuar tendenciosamente em prol da evidência, preenchendo expectativas e formando o convencimento pela adesão e confiança. Não obstante, se o mesmo processo incidir sobre os envolvidos nos pólos processuais, o julgador funcionará como peso/contrapeso e propiciará confiabilidade à dinâmica.

Ademais, é importante perceber que o atrito entre as liberdades do sistema de comunicação social e as liberdades individuais é apenas parte de um problema maior de cunho emancipatório. Nesse contexto, as discussões efetuadas por Gil, Martins e Amaral não têm a pretensão de esgotar o assunto, mas referem-se principalmente ao contágio daquele que julga pelas crenças que detém. Para tanto, o alerta dos autores é exposto no sentido de que o problema será maior se o magistrado também puder produzir os elementos necessários à decisão tendenciosa, dando ao ato pretensa legitimidade.

---

<sup>730</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** [1764]. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 33.

<sup>731</sup> A dinâmica entre intimidade, privacidade e publicidade expressa este conflito.

<sup>732</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da costa Rica. Op.cit., p. 341.

<sup>733</sup> Sobre a substituição do termo verdade por certeza, Khaled alerta para uma identidade de resultados danosos “aptos a legitimar a atuação inquisitória”. In: **A busca da verdade no processo penal**. Op. cit., p. 394.

É verdade que tais convicções são, em parte, movidas pelo pensamento comum, todavia, como o juiz é um ser no mundo e se mostra imponderável e injustificável controlar o tecido social, talvez seja necessário restringir os efeitos psicológicos que se manifestam sobre aquele que sentencia. A questão é descobrir como fazê-lo, sem ingerir na independência e autonomia da jurisdição.

A análise, então, mostra-se relevante porque as acoplagens sistêmicas inadequadamente conduzidas são responsáveis pela restrição de subjetividades e, por conseguinte, pela contração da emancipação e cidadania materiais. Trata-se de uma via de mão dupla, já que o problema atinge tanto o sistema social (pelo interferência comunicacional e econômica), quanto o sistema jurídico (em sua configuração intrínseca ou em razão da atividade de seus agentes). Basicamente, as relações sociais de poder desiguais desequilibram as possibilidades de reação ao arbítrio, o que fica agravado quando as próprias instâncias reacionais são afetadas pela compactação da heterogeneidade. Nesse sentido, para Souza Santos, “a emancipação é tão relacional como o poder contra o qual se insurge. Não há emancipação em si, mas antes relações emancipatórias, relações que criam um número cada vez maior de relações cada vez mais iguais”<sup>734</sup>. A redução da complexidade, nesse contexto, implica a singeleza de tais zonas de contato, impedindo o exercício da cidadania pela alteridade.

Ainda, tal qual este texto consignou em várias oportunidades, recorde-se que o liame entre as acoplagens sistêmicas não está restrito à imparcialidade ou ao aspecto criminal em si. O fato é que estes são pontos relevantes, já que as discussões sobre a convicção, crença, preenchimento de expectativas e redução da complexidade atingem diretamente os institutos em questão. Assim, se imparcialidade acaba por se tornar um dever inobservado em razão do processo de ‘alucinação’ da prova denunciado por Cunha Martins, não há isonomia material e, por conseguinte, o exercício da jurisdição perde um importante fundamento de existência. Em consequência, para o senso comum, uma prestação jurisdicional contaminada pela evidência

---

<sup>734</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente...** Op. cit., p. 269. Ademais, mesmo que situado no respectivo contexto histórico e sem ter como fundamento a análise específica da subjetividade e emancipação, Tocqueville já tangenciava a questão em sua análise da democracia empreendida no século XIX. Para tanto, afirma “penso que, se não se chegar a introduzir pouco a pouco e a fundar enfim entre nós instituições democráticas e se se renunciar a dar a todos os cidadãos ideias e sentimentos que primeiro os preparem para a liberdade e, em seguida, permita lhes fazer uso desta, não haverá independência para ninguém, nem para o burguês, nem para o aristocrata, nem para o pobre, nem para o rico, mas uma tirania igual para todos; e prevejo que, se não se conseguir, com o tempo, fundar entre nós o império pacato da maioria, chegaremos, cedo ou tarde ao poder ‘ilimitado’ de um só”. In: **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.** Trad. de Eduardo Brandão, 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 371.

pode até ‘parecer’ estar aliada à justiça. Mas trata-se de uma perspectiva tão reducionista quanto a maneira simplificada com que se tem enfrentado a complexidade humana. Neste Contexto em que Souza Santos sustenta que “deixado a si mesmo, o senso comum é conservador e pode legitimar prepotências, mas interpenetrado pelo conhecimento científico pode estar na origem de uma nova racionalidade”<sup>735</sup>. Então, é possível aduzir que, em uma relação simbiótica, a interferência é mútua, podendo ser positiva ou negativa.

Em resumo, o alerta quanto à compulsão pela evidência, apesar de, em sede processual penal, estar mais especificamente relacionado à dinâmica da prova, pode ser transposto ao contexto de todas as relações intrassistêmicas que estejam ligadas ao conhecimento superficial. Isso significa que os problemas resultantes de acoplamentos entre diferentes espaços complexos podem configurar ‘causa ou efeito’ de profundas deficiências em termos de cidadania e emancipação, denotando o quanto as referidas disfunções merecem atenção. Para tanto, os assuntos dispostos no capítulo anterior quanto no atual revelam a urgência de modificações constitutivas e interpretativas acerca da subjetividade humana. Em outras palavras, é premente modificar a compreensão racional acerca das conexões entre as instituições, o homem e o outro.

## 2.4 A guisa de conclusões preliminares

Especificamente no âmbito jurídico, o que foi exposto até o presente momento por esta pesquisa demonstrou que a simples formalização de direitos jurisdicionais não garante efetividade ao poder/dever de imparcialidade, diretamente relacionado à legitimidade da jurisdição, bem como à efetividade de princípios correlatos. Assim é que isonomia, contraditório e devido processo somente serão perfectibilizados por uma postura do juiz garantidora da democracia processual e pela confiança em decisões gradativamente delineadas pelos argumentos e contrarrazões dos envolvidos em sede da controvérsia durante seu decorrer<sup>736</sup>. Disso decorre que imparcialidade é também um direito, uma vez que consubstancia e fundamenta a separação entre um julgamento equânime e a arbitrariedade contida nas ‘evidências’ criminais.

---

<sup>735</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências...** Op. cit., p. 90.

<sup>736</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Op. cit., p. 120. O autor refere a estrutura dialética “como a ‘ratio distinguendi’ que permite superar todas as outras definições do que seja processo. Não se trata de conflito de interesses, mas do conteúdo do contraditório paritário a ser possibilitado pelo procedimento.

Isso significa que a esta altura do estudo, já são possíveis algumas conclusões preliminares, principalmente relacionadas ao conceito de imparcialidade bem como à sua aplicabilidade prática. É certo que o instituto constitui uma característica fundante da jurisdição advinda do conteúdo e significado da 'justiça' em sua acepção material. Assim é que, para Trujillo<sup>737</sup>, imparcialidade pode ser identificada com a conformação entre a concretude social (práticas de vida, objetivos e finalidades comuns) e a prestação jurisdicional efetiva. Em consequência, a relação que o princípio detém com a concepção aristotélica clássica perpassa por uma atualização da concepção de virtude, agora contingente e dinâmica, além de totalmente diversa da abstração que é inerente à universalidade kantiana. Então, o dever de imparcialidade está vinculado, nesse contexto, a uma conotação ampliada de isonomia e justiça.

Entretanto, foi também factível identificar que existe um enorme espaço entre previsão formal de postulados fundamentais e o direito que se manifesta no cotidiano. Um bom exemplo desse quadro foi a fragmentação, operada no âmbito científico, entre neutralidade e imparcialidade. Isso aconteceu em função do afastamento da primeira, pois o julgador é um ser no mundo, e a ênfase à segunda, por conferir lidimidade ao processo heterocompositivo. A objeção, contudo, não se refere à acertada retirada do invólucro neutral, mas ao fato de que tal cisão passou a ser considerada perfunctoriamente suficiente para camuflar a escassez de condições a decisões minimamente equilibradas. Em outras palavras, foi como se a segmentação formal fosse apta a impedir a atuação, inclusive inconsciente, da complexa intersubjetividade humana.

Em consequência, foi possível perceber que existem problemas, inclusive no âmbito da interpretação acerca do que é a imparcialidade em sede de tribunais supranacionais que, a despeito de avanços (como a cisão entre suas vertentes objetiva e subjetiva), também foram responsáveis pela restrição ao reconhecimento abstrato de elementos processuais em prol de posturas fáticas facilmente dissimuláveis. No Brasil, a gravidade da situação é maior, já que não se resume à questão exegética, sendo o imbróglio produto de uma cultura jurídica arbitrária formada ao longo de anos e que, mesmo involuntariamente, condiciona subjetividades e manifestações funcionais. Isto significa que a imprecisão do conceito de imparcialidade no direito brasileiro não é consequência de um ou outro pensamento apenas. Trata-se do resultado de um conjunto de iniciativas pretensamente racionais e positivas que

---

<sup>737</sup> TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. Op. cit., p. 127-129.



transformaram muito da conjuntura local em um amontoado de procedimentos vazios e automatizados.

Assim, é importante que se faça, desde logo, uma demarcação conclusiva: não é porque a imparcialidade está relacionada à atividade judicante que todos os vícios advindos de sua incompletude teórica e prática poderão ser creditados à figura do juiz. Por isso, é importante perceber, à luz do que foi exposto no capítulo I deste texto, que relações arbitrárias de poder marcam as deficiências axiológicas relativas ao assunto e atingem o pensamento jurídico como um todo, desde o ensino jurídico, a advocacia, até os julgamentos pelos tribunais. A tudo isso, soma-se uma variável (cujas investigações são obstadas pelo paradigma de racionalidade estrita): o papel do inconsciente na vida e no processo de tomada de decisões.

Então, a referência às heurísticas e à compulsão pela evidência foi realizada objetivando demonstrar que são muitos os fatores que estão aptos a influenciar a prestação jurisdicional, sem que seus sujeitos, por vezes, sequer percebam. Não obstante, o dano à jurisdição e ao que ela significa é concreto. Dessa forma, mais do que eleger ‘responsáveis’ e/ou ‘padecentes’ — todos os juristas, indistintamente — esta pesquisa busca alternativas. Tais caminhos passam por duas asserções interdependentes: a primeira relaciona-se à dificuldade de imparcialidade e à insuficiência de sua separação com a neutralidade, pois, se o juiz não é neutro, ser-lhe-á psicológica e conscientemente difícil adimplir com o dever de isenção que a jurisdição lhe impõe; e a segunda está vinculada à necessidade da formulação de instrumentos que contribuam com essa intrincada tarefa. Sobre este último item, já disse Luhmann<sup>738</sup> que o procedimento é uma fonte de legitimidade, assim sendo, talvez possa ser utilizado para melhorar as condições de imparcialidade judicial.

Resta, entretanto, atentar ao contexto geral do que foi exposto até aqui. Daí que uma simples alteração procedimental deve estar acompanhada ou, em termos ideais, precedida de uma metamorfose cultural. Em consequência, seguir buscando compreender esse processo é tarefa das próximas páginas.

---

<sup>738</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Op. cit., p. 181 e 184.

## CAPÍTULO III

### O PROCESSO PENAL E CAMINHOS POSSÍVEIS: POR UMA IMPARCIALIDADE INTERDISCIPLINAR

#### 3.1 Expandindo o debate: aportes interdisciplinares à imparcialidade material

Nos capítulos anteriores restou consignado que o juiz é também um ser inconsciente e ideologicamente composto. Isso pode suscitar vicissitudes à prestação jurisdicional especialmente relacionadas à efetividade de elementos importantes à democracia processual, como o contraditório. Nesse sentido, ficou também registrado que o processo é marcado por uma estrutura dialética, responsável por permitir e possibilitar às partes um debate qualificado que se destina à construção gradativa da decisão. Assim, na dinâmica do que é definido como um procedimento em contraditório, os atos subsequentes estão relacionados aos anteriores porque cada um, segundo sua especificidade, contribui ao destino da controvérsia. Por essa razão e em consequência, somente poderão ser utilizadas no convencimento do julgador circunstâncias submetidas ao crivo processual.

O problema é que, no contexto em questão, as variáveis mentais ocultas não são oficialmente consideradas, não obstante, proporcionam a inversão dessa lógica e admitem que a decisão seja formulada à despeito da atuação dos envolvidos. Em outras palavras, é possível que os reais motivos à valoração da prova (como a evidência, por exemplo) sejam camuflados, determinando-se uma velada subversão democrática. Disso resulta que as nuances derivadas do dever e direito à imparcialidade dispostas até este momento de pesquisa são insuficientes para dirimir o quadro (até porque muitas das variáveis são inconscientes), sendo irrelevantes separações entre o instituo e a neutralidade, bem como entre imparcialidade objetiva e subjetiva. Desponta, porém, desse cenário, uma acepção que possa, com base no procedimento em contraditório, tornar factível o controle (e consequente diminuição) de condições para que o interesse do juiz se confunda com o proveito unilateral de qualquer das partes.

Ademais, e ainda em retrospectiva do que foi obtido até este momento de pesquisa, tem-se que a decisão judicial representa muito mais do que uma questão perfunctória, cujos problemas resolver-se-iam apenas por meio de segmentações formais destituídas de conteúdo ético valorativo. Quer seja um interlocutório ou sentença, o provimento jurisdicional pode

trazer consigo uma carga de (pre)conceitos decorrentes da ‘vida’ cotidiana e pessoal do magistrado, da concepção jurídica que compartilha e de suas impressões processuais abstratas. Sendo então uma disposição cujo conteúdo traduz uma complexidade própria das ciências humanas, os efeitos correspondentes podem ser devastadores a depender do referencial teórico, bem como da *práxis* jurídica preconizada por cada juiz e em cada situação procedimental.

Nesses termos e como já se ressaltou, a decisão judicial é, em potencial, uma demonstração de poder tendente ao controle, ou ainda, como manifestação de determinado segmento político e social<sup>739</sup>. Dessa forma importa que “poderá decorrer um verdadeiro dilema na percepção do magistrado, ou seja, aquele que diz respeito sobre o cuidado que deverá ter em não se tornar, apenas, meio à realização dos interesses da dominação, de um lado, e, de outro, da necessidade de aplicar a lei como resposta justa pela ocorrência do fato incriminado”<sup>740</sup>. Daí que o processo penal expressa uma constante ambiguidade, tolerante a posturas hierarquizadas e verticalizadas, proveniente do “mundo das verdades eternas, pré-linguístico, situado desde antes da linguagem, com sua ‘verdade’ verdadeira, sua justa, sua equidade correta, retiradas do mundo ideal pelo bom hermeneuta, claro, isto é, o reconhecido como membro (de carteirinha) do Monastério dos Sábios”<sup>741</sup>.

Morais da Rosa sustenta ainda que tal categoria de ‘verdades’ evidencia a “banalização lógica das decisões condenatórias [...] sob o pano de fundo da ignorância epistemológica e hermenêutica, bem como pela ausência de reflexão crítica, muito devido à deficiência teórico-prática dos atores jurídicos”<sup>742</sup>. Em outras palavras, de um lado julgar pode ser uma ‘ato mecânico’, não reflexivo e contaminado pela busca da mitológica verdade real; de outro, contudo, pode e deve evidenciar o compromisso ético em transpor os limites subjetivos unilaterais para alcançar a dinâmica dos conflitos alheios. Contudo, essa não é

---

<sup>739</sup> COHEN, Sanley. **Visiones de control social**. Op. cit., p. 259. Para o autor, que distingue o sentido formal ou informal do controle, este é, em regra, o aspecto coercitivo e burocratizado (lei) que envolve as normas de disciplina emanadas pelo Estado; ao passo que as determinações da sociedade civil necessitam, para assegurar sua existência, apenas de um acordo tácito entre os homens, sem a exigência de qualquer previsão legal para tornarem-se obrigatórias. O poder controlador manifesta-se no sentido informal – família, escola, organizações religiosas, civis, de classe e profissionais – como na esfera a pública: polícia, cárceres, manicômios, sistema judiciário e legislativo.

<sup>740</sup> NASSIF, Aramis. Reflexões crítico-fragmentárias sobre a sentença penal. In: CARVALHO, Salo (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 213.

<sup>741</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Op. cit., p. 171. No texto, o autor usa a expressão ‘monastério dos sábios’, no sentido da apropriação acrítica do saber jurídico pelo senso comum teórico dos juristas. A expressão original pode ser encontrada em WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 59.

<sup>742</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. *Ibidem*, p. 172-173.

tarefa fácil. A respeito do processo cognitivo inerente à atividade judicante, o autor alerta que a ‘consciência plena é ilusória’ e que é necessário ir ao encontro de um juiz humano, portador de subjetividades e desejos: “não se trata de adotar a psicologia do eu [...] mas de reconhecer a influência do inconsciente”<sup>743</sup>.

Paralelamente, a polarização maniqueísta contida no binômio bem/mal<sup>744</sup>, torna a tarefa de compreensão e avaliação decisórias muito mais difícil, uma vez que ao longo da história, foi fomentada a figura do juiz “portador da palavra divina, semi-deus”<sup>745</sup>, exercente de um poder supremo. Ainda sobre o tema, Warat assevera que mensagem atingiu a auto percepção dos juízes, de forma que “o lugar dos magistrados é um lugar vivido com uma força especial, já que existem magistrados que vivem o lugar como se fosse o templo de alguma divindade “vivido por muitos (mais do que democraticamente dever-se-ia esperar) como o Olimpo”<sup>746</sup>, sem consciência de sua própria falibilidade humana.

Ainda em análise retrocessiva, importante reiterar que todo esse quadro foi edificado pela construção de uma racionalidade específica, individual e liberal, que confluíu na dificuldade de transição do processo penal inquisitorial ao acusatório, junto à intrincada transposição do paradigma positivista-kelseniano. Disso decorreu, de certa forma, uma metodologia de interpretação avalorativa de dispositivos legais<sup>747</sup>, permissiva do ‘decisionismo’, espaço em que o julgador sente-se autorizado a decidir para além dos limites da legalidade constitucional e do devido processo legal.<sup>748</sup> A contradição, então, é que idealmente as demandas judiciais não estão sujeitas ao arbítrio e o magistrado fica adstrito às regras do processo. Ademais, “o agir na ‘*práxis*’ decisória pressupõe um juiz humilde, que tenha consciência do seu inconsciente, das peças que ele pode pregar sem ser percebido e também consciência de que seus preconceitos nem sempre são autênticos”<sup>749</sup>. A tarefa do julgador, então, subsume-se a que seja vigilante e atuante na “realização do direito numa

<sup>743</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Ibidem, p. 277.

<sup>744</sup> HULSMANN, Louk, CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Op. cit., p. 68. Para o Hulsmann, o crime encontra paridade com o pecado, a supremacia da lei com o poder divino e a noção de culpabilidade tem fundamentos religiosos, como os da moral maniqueísta inserta nos conceitos de bem e mal, que explicam o binômio inocente-culpado. Em paralelo, assim como os indivíduos buscam a proteção de Deus no plano espiritual – e observam os “Dez Mandamentos” – pretendem o abrigo da lei nas situações do cotidiano e almejam o provimento judicial.

<sup>745</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Op. cit., p. 277.

<sup>746</sup> WARAT, Luiz Alberto. **O Ofício do Mediador**. Op. cit., p. 224-225.

<sup>747</sup> Sobre o assunto ver DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 40-49.

<sup>748</sup> LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**, Op. cit., p. 879.

<sup>749</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na *práxis* jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 204.

perspectiva ético-constitucional, com vistas a concretizar os direitos fundamentais até mesmo contra a legislação política ordinária<sup>750</sup>. Analogicamente, pouco importa quais são as situações infraconstitucionais de suspeição ou impedimento, já que o que releva é o direito de a controvérsia ser avaliada conforme o contraditório efetivo.

Nesse aspecto, pressupondo-se que a atuação do juiz não é desprovida de ideologias, importante frisar que o julgador tem um compromisso ético com a constituição, sendo-lhe vedado, em tese, decidir ante a tendências facciosas, partidárias, ou religiosas, entre outras, em detrimento de inspirações de justiça material. É portanto, “axiomática a necessidade de uma magistratura responsável”<sup>751</sup>, no sentido de que não existem respostas certas, mas ponderações decorrentes de caminhos ético-democráticos. Em síntese e concomitantemente ao fato de o juiz não estar destituído de subjetividade interpessoal, não se lhe permite que professe qualquer sistema de ideias, sob pena de flagrante arbitrariedade.

Contudo, a junção entre ‘*práxis*’ e valores constitucionais não tem se mostrado fácil, a exemplo do que já se dispôs neste texto. Por meio do pensamento foucaultiano, por exemplo, foi possível denotar o quanto o poder é difuso<sup>752</sup>, sendo premente a adoção de sistemas de freios e contrapesos que considere amplamente as possíveis variações da arbitrariedade. Para tanto, a filosofia demonstra em Agamben, ainda que o faça analógica e genericamente, o sentido simbólico de dominação que a sentença pode apresentar. Basicamente, o argumento é fundado na origem do termo dispositivo e em estudos elaborados com base em Foucault e da palavra francesa ‘positivité’ ou positividade<sup>753</sup>. Em consequência, é possível perceber em Agamben um elemento histórico inerente aos processos decisórios,

---

<sup>750</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na *práxis* jurídica. Ibidem, p. 206. No mesmo sentido, CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 31: “[...] se o operador que detém o conhecimento-fim é o verdadeiro administrador do sistema e o faz a partir da interpretação, isto não significa que o faça sem limites, que toda interpretação seja possível, vez que encontrará suas fronteiras na correta compreensão e apreensão dos valores a partir do processo cultural”.

<sup>751</sup> NASSIF, Aramis. **Reflexões crítico-fragmentárias sobre a sentença penal**. Op. cit., p. 211.

<sup>752</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Op. cit., p. 181. No sentido dos aparelhos ideológicos do estado e na sua relação com o poder disseminado, recorde-se também o pensamento de Althusser. In: **Aparelhos ideológicos de Estado**. Op. cit., p. 69.

<sup>753</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Trad. de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 29-33. Importante referir que as ilações do filósofo quanto ao dispositivo são amplas significando “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas e as opiniões e os discursos dos seres vivos”. Idem, p. 40. Ademais, para Castro, Agamben “propõe uma classificação geral dos seres em duas classes: os seres vivos e os dispositivos. A função dos dispositivos é, precisamente, a de capturar o vivo, dando lugar por meio dessa captura, aos processos de subjetivação e de dessubjetivação” In: CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben**: uma arqueologia da potência. Trad. de Beatriz Almeida Magalhães, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 164.

algo que detém uma carga de regras, ritos e instituições, além de uma relação destes e os indivíduos, como ‘seres vivos’<sup>754</sup>. Assim, o dispositivo para o filósofo italiano, “encerra processos de subjetivação das regras em que se concretizam as relações de poder”<sup>755</sup> e está conectado com a esfera semântica de gerir, controlar e orientar. Porém, alerta o autor: o mecanismo de introspecção de cada conteúdo decisório é próprio e peculiar em cada pessoa, sendo que “na raiz de cada dispositivo está um desejo demasiadamente humano de felicidade”<sup>756</sup>.

Por este ângulo, Castro, ao escrever sobre o pensamento agambeniano, argumenta que na obra do filósofo italiano, o termo dispositivo é generalizado, coincidindo “com qualquer mecanismo que seja capaz de governar a vida”<sup>757</sup>. Desse modo, importa que apesar da simplificação operada por Agamben quanto ao significado de dispositivo, o termo não deixa de estar relacionado ao exercício de poder, algo que se comunica perfeitamente com a sentença e a atividade jurisdicional. Ocorre que a natureza das ordens jurídicas é hipoteticamente legitimada na medida em que decorre de leis gerais, abstratas e justas, além de aplicadas isonomicamente. Entretanto, e a partir do momento em que esses postulados não se efetivam, o domínio se torna arbitrário já que desaparecem as justificativas respectivas.

Basicamente, o controle é abrangente e se manifesta amplamente a partir de vários aparelhos ideológicos<sup>758</sup>, ou máquinas<sup>759</sup>, a exemplo da lei e os julgamentos. Ademais,

---

<sup>754</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Idem, p. 32. Nesse sentido, sustenta o autor que o termo dispositivo, advindo de uma conotação de positividade, representa a “relação entre os indivíduos como seres vivos e o elemento histórico, entendendo com este termo o conjunto das instituições, dos processos de subjetivação e das regras em que se concretizam as relações de poder”. Importante referir também que a locução ‘positividade’ foi inicialmente utilizada por Hegel, que originalmente lhe emprendia somente um sentido histórico. Foucault transformou o vocábulo em dispositivo e lhe deu um sentido decisivo e político. Sobre este último aspecto, o autor analisa a acepção moderna de soberania vinculando-a ao estado de exceção, para tanto “a exceção é o dispositivo e a forma da relação entre o direito e a vida [...] o soberano é aquele que decide acerca do estado de exceção, quer dizer, a aplicação ou não da lei”, assim, criticando Carl Schmitt, Agamben verifica que tal pensamento autoriza a ilegalidade e a transformação da ressalva em regra. In: CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Op. cit., p. 60. No mesmo sentido, “na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desapplicando-se, retirando-se deste” In: AGAMBEN, Giorgio **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad. de Henrique Burigo, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004, p. 90.

<sup>755</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Ibidem, p. 32.

<sup>756</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Ibidem, p. 41-44. Sobre esse desejo humano de felicidade contrária à profanação (conceito analisado a seguir) é possível uma relação interdisciplinar com a tentativa de diminuição da dissonância cognitiva também a ser verificada no próximo item de pesquisa.

<sup>757</sup> CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Op. cit., p. 164.

<sup>758</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Op. cit., p. 62.

<sup>759</sup> CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Op. cit., p. 103. Explica o autor que Agamben usa a terminologia ‘máquina’ para definir um dos sentidos de ‘dispositivo’, sendo possível encontrar na obra do filósofo italiano referências à máquina governamental, do rito e do jogo, bioplítica, da linguagem, etc.

apresenta também uma conformação comum (daí o desejo de felicidade), muito semelhante ao apresentado por Boétie<sup>760</sup>, na crítica sobre a servidão voluntária, já exposta nesta pesquisa. A proposta de Agamben, entretanto, não está necessariamente voltada a criticar ou referendar tal realidade, pretende o autor (no sentido foucauldiano) apenas demonstrá-la<sup>761</sup>. Por isso, os escritos do filósofo apresentam um alerta relacionado não ao poder propriamente dito, mas ao excesso que tolhe a emancipação.

Dito de outra forma, os processos genéricos de positivação e os de tomada de decisão encerraram, inclusive na terminologia, uma trajetória histórica de interdependência entre subjetividades e vigilância. Razão pela qual Agamben segue afirmando que o “homem procura organizar-se pelos dispositivos” e que a ‘profanação’<sup>762</sup> representa um ‘contradispositivo’, uma espécie de insurreição ao que está posto. No entanto, esteia que as sociedades contemporâneas se “apresentam como corpos inertes atravessados por gigantescos processos de dessubjetivação”<sup>763</sup>, em decorrência da diminuição de relações verdadeiramente humanas no cotidiano das pessoas.

Daí que não parece obra do acaso a sobreposição de termos, na filosofia e no direito<sup>764</sup>. Afinal, a dificuldade à materialização de valores constitucionais por meio do rompimento com o princípio inquisitivo e a dessubjetivação derivada, representa a resistência à ‘profanação’ das tradicionais formas de controle e a manutenção da ‘felicidade’ decorrente de antigas práticas. O dispositivo, por sua vez, é a manifestação do controle jurídico que, se destituído das divisas correspondentes, perde toda sua legitimidade, motivo suficiente para, uma vez mais, serem apreciados os mecanismos cognitivos e subjetivos inerentes ao ato de

<sup>760</sup> BOÉTIE, Etienne de La. **Discurso sobre a servidão voluntária**. Op. cit., p. 35.

<sup>761</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Op. cit., p. 33.

<sup>762</sup> O termo é recorrente na obra do autor, e basicamente está relacionado ao questionamento. Da mesma forma que Saussure, Lacan e o próprio Levinas, também Agamben trabalha com a relação entre significados estabelecidos pela linguagem humana e os limites daí decorrentes. Assim é que o autor relaciona ‘profanação’ à transcendência ao que está posto. Afirma Agamben que “revelação não significa revelação da sacralidade do mundo, mas apenas revelação do seu carácter irreparavelmente profano. (O nome nomeia sempre e somente coisas). A revelação confia o mundo à profanação e à coisalidade [...] A possibilidade da salvação começa somente neste ponto — é salvação do carácter profano do mundo, do seu ser-assim”. In: **A comunidade que vem**. Trad. de Cláudio Oliveira, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013, p. 83. Sobre a origem do vocábulo profanação o autor o contrapõe ao sagrado e sustenta que “se consagrar ‘sacrare’ era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano, profanar, por sua vez, significa restituí-las ao livre exercício dos homens”; ainda, para Agamben, “é importante, toda vez, arrancar dos dispositivos — de todo dispositivo —, a possibilidade de uso que os mesmos capturaram”. In: **Profanações**. Trad. de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 65 e 79.

<sup>763</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Op. cit., p. 41-44.

<sup>764</sup> Observação realizada em face da divisão formal da sentença em relatório, fundamentação e dispositivo. Este último a ser atingido pela coisa julgada. O dispositivo é também a parte da sentença que determina um mandamento e expressa uma ordem.

decidir. Assim, Schünemann<sup>765</sup> realizou um importante estudo científico teoricamente fundado na ‘teoria da dissonância cognitiva’, originalmente desenvolvida por Leon Festinger<sup>766</sup> e que, em termos interdisciplinares, pode contribuir com a investigação de limites e controle à sentença.

### 3.1.1 Teoria da Dissonância Cognitiva

Nas páginas anteriores, conseguiu-se que a verdade é resultado do mecanismo de ‘reconstrução’ subjetiva e valorativa de algo, é o sentido que cada indivíduo dá às circunstâncias da vida. Isto significa que o mundo integra diferentes personalidades e condutas porque os seres humanos são diferentes entre si e, em consequência, interpretam e reagem a situações semelhantes de maneiras absolutamente particulares e complexas. Subjetivamente, “a vida humana é feita de mil contradições. Vivemos permanentemente entre a coerência e a incoerência”<sup>767</sup>. Nesse contexto, o sistema cognitivo procura constantemente reduzir as incongruências, objetivando evitar o sofrimento e reduzir as situações desagradáveis causadas pela ‘dissonância’ de ideias, geradas por diferentes sentidos interpretativos. Nasce, assim, o desejo de ‘coerência interna’.<sup>768</sup>

Considerando todos esses elementos, Festinger desenvolveu a teoria da dissonância cognitiva no âmbito da psicologia social. Em termos de enquadramento contextual, a base teórica das investigações compreende um tipo de ciência empírica desenvolvida no âmbito da psicologia que estuda o binômio indivíduo-sociedade e suas correspondentes relações sociais e culturais. Teve início principalmente nos Estados Unidos, no decorrer de todo o século XX, mas ganhou bastante notoriedade durante e após a segunda guerra mundial<sup>769</sup>. Desde o início de seu desenvolvimento, manteve uma perspectiva interdisciplinar, abrangendo verificações

<sup>765</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In: **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

<sup>766</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

<sup>767</sup> MARTINS, Onilza Borges. Teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger. **Educar em Revista**. Curitiba, v. 2, n 1, jan-abr., 1982, p. 181. Sustenta a autora: “explorar as consequências da existência da dissonância cognitiva e analisar as tentativas humanas de reduzi-la é a proposta de Festinger, que pretende mostrar teórica e concretamente o problema, investigando aspectos de extrema importância para a vida do homem contemporâneo, tais como persuasão e dissuasão, conflito e decisão, comunicação e deficiência comunicativa”.

<sup>768</sup> FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Sobre a dissonância cognitiva, o autoengano e a ignorância autoimposta. **Derecho y Cambio Social**. Lima, n. 50, out. 2017, p. 2-12.

<sup>769</sup> FARR, Robert. M. **As raízes da psicologia social moderna (1872-1954)**. Tradução de Pedrinho Guaresi e Paulo V. Maya, 11ª edição, Petrópolis: Vozes, 2013, p. 19.



interdisciplinares psicológicas, sociológicas e antropológicas<sup>770</sup>. Antes, porém, de discorrer sobre tal matriz de conhecimento, cabe ressaltar que o modelo americano de psicologia social entrou em declínio no final dos anos oitenta, tendo, entretanto, sido resgatado mais recentemente, no âmbito da psicologia social crítica e histórico-crítica, bastante presente na América Latina, psicologia social psicológica na América do Norte e psicologia social sociológica na Europa.<sup>771</sup>

Sobre o trabalho de Festinger especificamente, assevera Ferreira que passou a ser bastante proeminente a partir de meados do século XX. Inicialmente voltado à compreensão comparativa das reações de indivíduos em situações similares, bem como aos processos de aceitação social correspondente, os estudos do pesquisador foram gradativamente sendo direcionados à psicologia cognitiva em uma conotação mais individual<sup>772</sup>. Assim e a partir de 1957, Festinger passou a afirmar, tocante a dissonância cognitiva, que “o substrato básico da teoria consiste na noção de que o organismo humano tenta estabelecer harmonia, coerência ou congruência interna entre suas opiniões, atitudes, conhecimentos e valores”<sup>773</sup>, ou, em outras palavras, “as opiniões ou atitudes afins tendem a manter-se coerentes entre si”<sup>774</sup>.

Com base em tais hipóteses, o foco da pesquisa de Festinger foi tanto a existência dos processos dissonantes (coexistência entre proposições contrárias e também compatíveis ao que o indivíduo naturalmente pensa e acredita), como a verificação do processo de condução humana orientada à contração da dissonância. Nesses termos, salienta o autor, diante de situações conflitantes, é possível a redução do embate pela adoção de novos elementos cognitivos. Assim, exemplificativamente, Festinger sustenta que a crença na

---

<sup>770</sup> FARR, Robert. M. **As raízes da psicologia social moderna (1872-1954)**. Ibidem, p. 19-20.

<sup>771</sup> FERREIRA, Maria Cristina. A Psicologia Social Contemporânea: principais tendências e perspectivas nacionais e internacionais. **Psicologia: Teoria e Pesquisa - UnB**, Brasília, v. 26, n. especial, p. 51-64, 2010, p. 52.

<sup>772</sup> FERREIRA, Maria Cristina. **A Psicologia Social Contemporânea: principais tendências e perspectivas nacionais e internacionais**. Idem, p. 53. Sobre o contexto do trabalho de Festinger, sustenta a autora: “Festinger (1954), sob a influência das investigações realizadas por Lewin, propõe a teoria dos processos de comparação social, na qual defende que as pessoas necessitam avaliar suas habilidades e opiniões a partir de comparações realizadas com outros indivíduos que lhes são similares. A referida teoria suscitou uma série de experimentos, reemergiu algumas vezes ao longo dos anos 70 e encontra-se solidamente estabelecida no momento atual, sendo usada, de forma recorrente, como mecanismo explanatório dos processos de formação da identidade pessoal e social (Goethals, 2003). Posteriormente, Festinger (1957) introduz a teoria da dissonância cognitiva, na qual estabelece que as pessoas são motivadas a procurar o equilíbrio entre suas atitudes e ações. Nesse sentido, quando instadas a mudar seu comportamento, mostram-se propensas a modificar também suas atitudes, de modo a restabelecerem o equilíbrio entre ações e atitudes. Apesar de ter sido alvo de críticas, a referida teoria foi uma das principais responsáveis pelo desenvolvimento da Psicologia Social Psicológica nas décadas seguintes (Rodrigues, Assmar & Jablonski, 2000), tendo propiciado um grande número de pesquisas experimentais rigorosas, conduzidas com a finalidade de testar seus vários pressupostos”.

<sup>773</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**, Op. cit., p. 229.

<sup>774</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**, Ibidem., p. 11.

bondade humana, bem como na constatação paralela de agressividade infantil, poderia haver um embate tendente à mudança da opinião original (como se crianças más fossem espíritos malévolos). Não obstante, expõe que perante o desconforto respectivo é provável a adoção de uma terceira reflexão conciliatória, no sentido de que a fase de agressividade pueril integra o processo de desenvolvimento necessário à formação de adultos conscientes e justos.<sup>775</sup>

Entretanto, assevera Festinger que tal processo de redução da desarmonia por novos elementos cognitivos é também orientada pela seleção de justificativas que autentiquem a crença original. Ou seja, “em certas circunstâncias, existem também fortes e importantes tendências para evitar os aumentos de dissonância ou para evitar, pura e simplesmente a ocorrência da dissonância”<sup>776</sup>. Dessa forma, o conflito de ideias e interpretações que faz surgir o fenômeno da busca cognitiva pela coerência ou consonância, constitui um processo cognitivo interno, ancorado em circuitos neuronais pelos quais o ser humano sente a necessidade de transformar a interpretação da realidade para impedir frustrações, adequando a ‘realidade’ ao conjunto subjetivo de preferências, desejos e crenças.<sup>777</sup> Em síntese, a “teoria da dissonância pode nos ajudar a compreender que, em algumas circunstâncias, não há correspondência entre os elementos cognitivos e a realidade”<sup>778</sup>.

Em outras palavras, o ser humano procura reduzir o paradoxo gerado por proposições contraditórias, inclusive autojustificando as eventuais proposições anteriormente adotadas. Fernandez denomina tal processo como autoengano ou ignorância autoimposta.<sup>779</sup> Ainda, para Festinger, esse quadro não é necessariamente excludente, pois após a deliberação inicial e uma vez estabelecida a dissonância, os mecanismos mentais de tomada de decisão podem estar voltados à confirmação da opção inaugural, ao encolhimento da atração pelo caminho contrário, à formulação de novos elementos cognitivos ou, ainda, à alteração da proposição inicial.<sup>780</sup> Entretanto, estabelece também o autor que é muito difícil a eleição da última

---

<sup>775</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**, Idem., p. 29. Outro exemplo apresentado pelo autor é o de uma pessoa que adquire um automóvel que, para ela, é excessivamente dispendioso. Isso, por si só, já seria um motivo suficiente para a implantação da dissonância. Porém, propõe o autor a ampliação do debate pela descoberta de novos fatores dissonantes, tais como o surgimento de defeitos cujo conserto também será bastante excessivo, e a verificação de que o consumo do combustível é superior ao normal. Se a dissonância se tornar bastante grande (tudo depende da extensão do problema), a pessoa decidirá vender o carro. Entretanto, o comprador poderia tentar reorganizar suas finanças, bem como convencer-se de que o desempenho do motor compensa o consumo de combustível, tudo para evitar a alteração da proposição inicial. Ibidem, p. 34.

<sup>776</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**, Ibidem, p. 35.

<sup>777</sup> FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Sobre a dissonância cognitiva, o autengano e a ignorância autoimposta**. Op. cit., p. 4.

<sup>778</sup> MARTINS, Onilza Borges. **Teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger**. Op. cit., p. 182.

<sup>779</sup> FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Sobre a dissonância cognitiva, o autengano e a ignorância autoimposta**. Op. cit., p. 2.

<sup>780</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Op. cit., p. 50.

hipótese, já que após a deliberação preambular “registra-se uma busca ativa de informações que produzam uma cognição consoante com a ação empreendida após uma decisão e registra-se um aumento da discrepância em atratividade entre as alternativas envolvidas na escolha, ou ambas as coisas”<sup>781</sup>. Assim e, em consequência, há uma dificuldade psicológica concreta na inversão de uma resolução já consignada.

Dito isto, é possível concluir, com base em Festinger, que as coisas não são tão inquestionáveis como o cérebro humano as interpreta. As percepções são por vezes automanipuladas e o homem, juiz ou não, justifica ideias, crenças, proposições e atitudes, reduzindo a dissonância sempre que aspectos da experiência cotidiana mostram-se incompatíveis com ligações intelectivas anteriores. Ainda, o autor ampliou as explorações e atingiu os fenômenos de grupo, o que chamou de proselitização de massa. Contexto esse em que, Festinger sustentou existirem manifestações sociais semelhantes nas associações entre as pessoas. Revelou, ainda, a função do apoio social geral, além da influência decisória na difusão de boatos<sup>782</sup>, circunstâncias que são úteis à análise da compulsão pela evidência, disposta no capítulo anterior.

Ademais, em complemento às conclusões de Festinger, pesquisas recentes têm confirmado que “o modo como os decisores escolhem é influenciado pelo conflito que sentem numa tomada de decisão”, porém, têm também acrescentado que o grau de dissonância “depende do tamanho de troca entre os atributos das opções do conjunto de escolha”.<sup>783</sup> Nesse sentido, imputam-se às transferências cognitivas, em termos do mecanismo à tomada de deliberações, os argumentos favoráveis e contrários a cada alternativa, uma vez que “perante uma escolha, as pessoas preocupam-se frequentemente com a justificação da sua decisão”, ou seja, procuram argumentos que ofereçam respaldo à opção realizada. Assim, o estado de dissonância e/ou de consonância, é também definido pela quantidade de embasamento à proposição selecionada.<sup>784</sup>

Igualmente têm assumido relevância modelos suplementares e semelhantes à dissonância cognitiva. São eles ‘modelo contextual por componentes’, ‘modelo de escolha

---

<sup>781</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**, Ibidem, p. 80.

<sup>782</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**, Ibidem, p. 179 e 207. Sobre o assunto, Festinger sustenta que as atividades à diminuição da dissonância individual ou bilateral, não é diferente do que o processo de proselitização em massa. O que muda é apenas o número de destinatários.

<sup>783</sup> CARRILHO, Joana Paixão; SCHOLTEN, Marc; ROSA, Inês Valente. **Festinger revisitado: sacrifício e argumentação como fontes de conflito na tomada de decisão**. Op. cit., p. 167.

<sup>784</sup> CARRILHO, Joana Paixão; SCHOLTEN, Marc; ROSA, Inês Valente. **Festinger revisitado: sacrifício e argumentação como fontes de conflito na tomada de decisão**. Ibidem, p. 167.

mediada pelo conflito' e 'modelo de dupla mediação'.<sup>785</sup> Trata-se de estudos que partindo de base teórica semelhante a de Festinger (psicologia social), verificam o processo de tomada de decisão em face de predisposições e prejulgamentos, além de analisar o contexto social correspondente. Não obstante, elemento a considerar é que “quando poucos argumentos podem ser construídos ou encontrados a favor ou contra uma opção, mais difícil de justificar se torna a escolha e, conseqüentemente, mais elevado é o nível de conflito sentido pelos decisores”. A isto deve ser ainda aliado o fato de que a distribuição não é necessariamente equitativa e é possível ocorrer a primazia inconsciente de razões. Assim, o grau de divergência intelectual depende de diversos fatores, entre os quais “os sacrifícios que temos de aceitar ao escolher uma opção e os argumentos que dispomos para decidir”<sup>786</sup>.

Por conseguinte, as análises de Festinger, ao serem transpostas ao processo penal, revelam a complexidade da atividade do julgador, bem como alertam à circunstância de que o magistrado, ser humano que é, está sujeito a múltiplos mecanismos que interferem no ato decisório. Daí se explica a dificuldade à transposição de paradigmas e, principalmente, a manipulação interna e automaticamente irreflexiva de fatos e teorias.

### 3.1.2 Schünemann: o 'juiz como um terceiro manipulado no processo penal'

Com base nos estudos interdisciplinares realizados por Festinger e na elaboração da hipótese geral de que a cumulação de funções (investigar, instruir e julgar), gera no processo penal um conflito cognitivo que prejudica a higidez decisória, Schünemann considerou importante experimentar as conclusões obtidas pelas pesquisas festingerianas no âmbito das ciências criminais e do respectivo procedimento. Nesse sentido, implementou uma pesquisa empírica objetivando analisar os reflexos do prejulgamento e da conseqüente dissonância cognitiva operada na apreciação do magistrado às teses da acusação ou defesa. Foram analisados atuação no inquérito, recebimento da denúncia e sentença propriamente dita. Em síntese, o trabalho buscou verificar se a participação ativa na ação e a leitura da investigação preliminar faz surgir no juiz uma tendência cognitiva autoconfirmatória, condutora de todos os atos processuais posteriores.

---

<sup>785</sup> CARRILHO, Joana Paixão; SCHOLTEN, Marc; ROSA, Inês Valente. **Festinger revisitado: sacrifício e argumentação como fontes de conflito na tomada de decisão.** Ibidem, p. 169-170.

<sup>786</sup> CARRILHO, Joana Paixão; SCHOLTEN, Marc; ROSA, Inês Valente. **Festinger revisitado: sacrifício e argumentação como fontes de conflito na tomada de decisão.** Ibidem, p. 167-168.

Basicamente, por meio de pesquisa empírica, 58 juízes e promotores criminais, participaram da simulação de uma audiência de instrução e julgamento (com prolação de sentença ao final)<sup>787</sup>. A hipótese fática utilizada foi fundada em situação real em que a questão meritória ainda se encontrava aberta, “era possível, sem erro técnico, tanto absolver quanto condenar”<sup>788</sup>. Segundo Schünemann, todos os participantes “tiveram idêntico acesso ao conteúdo das informações”<sup>789</sup>. Contudo, aspecto primordial foi que a metodologia de apresentação dos dados fáticos foi diferente (apenas resumo escrito ou condução ativa de determinado ato processual), a depender da intensidade do poder instrutório, da possibilidade de decisão sobre o recebimento da denúncia e do acesso às investigações preliminares.

Em outras palavras, a simulação foi operada de forma virtual e os juízes, em detrimento de condução oral da audiência, fizeram-no por escrito. Não obstante, as intervenções ocorreram em tempo real, possibilitando-se, por exemplo, a oitiva simultânea de testemunhas. Para que isso fosse operacionlizado, houve a criação prévia de um conjunto de perguntas e respostas, baseadas nas múltiplas possibilidades conjecturais; elas foram sendo apresentadas segundo a dinâmica imposta por cada partícipe.<sup>790</sup> Metodologicamente, os intervenientes foram divididos em dois grupos, sendo que apenas um deles recebeu, ao início da ‘audiência’, os autos da investigação preliminar, somente uma equipe de participantes pôde realizar inquirição das testemunhas e unicamente um dos segmentos decidiu acerca do recebimento da denúncia.

Diante disso, foram deduzidas quatro hipóteses de pesquisa, assim sintetizadas: a) o conhecimento prévio dos autos de investigação preliminar aumenta a chance de condenação, o que também ocorre na hipótese do amplo poder instrutório judicial; b) a ciência anterior do conteúdo da acusação amplia equívocos mentais de armazenamento das informações (retenção seletiva); c) a atenção do julgador aumenta nas situações em que o juiz pode inquirir

---

<sup>787</sup> GRECO, Luis. Bern Schünemann: penalista e professor, a propósito desta coletânea. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. GRECO, Luiz (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 5-25. Greco sustenta que a escolha se justificou pela dinâmica processual alemã, em que a audiência de instrução e julgamento constitui a figura central do procedimento (nela há inclusive a rejeição ou recebimento da denúncia), por isso da escolha do método e dos instrumentos de pesquisa. Nesse ponto, a dinâmica reproduzida foi semelhante à audiência de instrução e julgamento brasileira, mas de forma virtual.

<sup>788</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança**. Op. cit., p. 207

<sup>789</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança**. Ibidem, p. 209. A situação fática proposta a todos os participantes foi a mesma, mas alguns dos intervenientes receberam apenas um extrato escrito de ato em tese já realizado, outros, por sua vez, atuaram no evento propriamente dito.

<sup>790</sup> Ao final do ato e antes de ser prolatada sentença, os integrantes do grupo sem poder instrutório, recebiam o conjunto integral de perguntas e respostas, fazendo com que o conteúdo das informações fosse coincidente e livremente disponível.

testemunhas; d) a preexistente noção da imputação, implica a formulação, pelo julgador de um número maior de questionamentos aos sujeitos da prova, porém, o aspecto quantitativo não necessariamente sugere melhora qualitativa, já que as hipóteses se conectam.

Durante a execução da pesquisa foram aduzidas ainda a formação de artifícios mentais – ‘efeitos’, que consubstanciarão as tentativas interpessoais à redução da dissonância gerada pelo embate processual, são eles: perseverança, redundância, atenção e aliança, a partir dos quais foi mensurada a incidência das hipóteses de pesquisa. Assim sendo, pela perseverança (inércia), o juiz se apega à figuração fática que lhe foi transmitida pelo inquérito policial e “informações dissonantes desta imagem inicial não são apenas menosprezadas, mas frequentemente sequer percebidas”<sup>791</sup>; b) pela redundância, quando o magistrado possui um conceito do caso, formado a partir de elementos prévios, seu sistema cognitivo tem “preferência pelo armazenamento de subsídios já conhecidos”<sup>792</sup>; c) pelo efeito atenção, a possibilidade de o julgador conduzir a audiência aumenta sua concentração intelectual e resulta na melhora da memorização e da percepção acerca do processado<sup>793</sup>; por último, d) pela aliança, “diante de uma situação obscura, o juiz se orienta segundo a avaliação de uma pessoa aceita por ele como competente”<sup>794</sup>, por exemplo, o membro do ministério público.

Quanto aos resultados, Schünemann assevera que houve confirmação da primeira hipótese, assim como do efeito perseverança. Para tanto, 20 investigados, de um total de 28 intervenientes conhecedores das investigações preliminares, optaram pela condenação do acusado. Entretanto, houve inversão desse número quando dentre os trinta julgadores restantes (cujo acesso às informações foi restrito à acusação processual e aos acontecimentos da audiência), igualmente 20 optaram pela absolvição e apenas 10 pela condenação<sup>795</sup>. A seleção de informações também foi constatada em parâmetros semelhantes, já que quando questionados sobre a versão apresentada pelas testemunhas de defesa, os sujeitos que desconheciam as investigações preliminares acusatórias recordaram-se com maior efetividade

<sup>791</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança.** Ibidem, p. 208. O autor também estabelece que o efeito inércia funciona subjetivamente como um mecanismo de autoconfirmação de hipóteses. Em outras palavras: “as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas.”

<sup>792</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança.** Ibidem, p. 208. Este feito é também definido por Schünemann por princípio da busca seletiva de informações.

<sup>793</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança.** Ibidem, p. 212.

<sup>794</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança.** Ibidem, p. 214.

<sup>795</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança.** Ibidem, p. 211.

das respostas apresentadas, o que não aconteceu no que tange à maioria dos respondentes conhecedores do inquérito. Assim, “o efeito inércia fez-se presente no sentido de que os juízes dotados de conhecimento dos autos não aprenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque eles só aprendiam e armazenavam as informações incriminadoras”<sup>796</sup>.

Não obstante, a pesquisa também demonstrou que a atitude totalmente passiva do magistrado tem o condão de reduzir a concentração dos envolvidos, significando que algum tipo de ação judicante pode ser recomendada. Isso aconteceu porque os participantes que presidiram a audiência mostraram-se mais conectados à controvérsia do que aqueles que apenas leram o resumo do ato, bem como mais cientes de todo o processado do que aqueles que tiveram contato com o conteúdo das investigações preliminares e passaram a selecionar os argumentos subsequentes<sup>797</sup>. Ademais e sobre a última hipótese averiguada, o autor também concluiu que as condenações e a quantidade de questionamentos realizados pelo juiz durante a audiência foram diretamente proporcionais ao conhecimento preambular da incriminação. Como se, nesse caso, o julgador estivesse procurando fundamentos para a condenação.<sup>798</sup>

No Brasil, é grande o debate sobre o contágio do julgador pelo inquérito e a necessidade de exclusão física da investigação preliminar. Já se afirmou, inclusive, que “existe um grave perigo de contaminação”, originado do fato de que as peças informativas policiais acompanham a acusação e são mantidas junto aos autos<sup>799</sup>. Em consequência, ainda que destituídas de força probante, prendem o juiz, quer seja autorizando a condenação “com base na prova judicial cotejada com a do inquérito” quer seja formando o prejulgamento apontado pela pesquisa realizada na Alemanha.

A regra geral é que os atos da investigação preliminar sejam, como tais, considerados meros atos de investigação, com uma ‘limitada eficácia probatória’, pois a produção da prova deve estar reservada para a fase processual. É a **função endoprocedimental** dos atos de inquérito, no sentido de que sua eficácia é interna à fase, para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no seu curso. Para evitar a contaminação, o ideal é adotar o sistema de eliminação do processo dos atos de

<sup>796</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança**. Ibidem, p. 212.

<sup>797</sup> No âmbito do processo penal brasileiro, a situação é, em tese, compatível com a identidade física do juiz, recentemente inserida no processo penal brasileiro (art. 399, § 2º, CPP). Revela, também, o apelo do elemento humano nas ações judiciais e legítima o direito de presença, como vertente do contraditório. O assunto, entretanto, voltará a ser discutido mais à frente.

<sup>798</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança**. Ibidem, p. 212.

<sup>799</sup> LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Op. cit., p. 328.

investigação, excetuando-se as provas técnicas e irrepetíveis, produzidas no respectivo incidente probatório.<sup>800</sup>

Contudo e como já ressaltado, o trabalho de Schünemann abordou também outro assunto que é nevrálgico aos juristas brasileiros e que está relacionado à sobreposição de funções entre a decisão final e recebimento da denúncia. Assim, em estudo complementar, mas realizado com o mesmo grupo de juízes e promotores, o autor submeteu nova hipótese fática a fim de que fossem apreciados o oferecimento e o recebimento da denúncia. Novamente, o caso escolhido detinha indeterminação técnica. Em consequência, duas novas equipes foram formadas, sendo que a primeira deveria decidir sobre o oferecimento da denúncia e a segunda acerca do respectivo recebimento.

Os resultados seguiram o mesmo padrão dos anteriores, apesar da identidade de pressupostos a analisar, o número de manifestações pelo arquivamento da exordial acusatória foi de dois terços dos intervenientes do primeiro grupo, ao passo que a maioria dos participantes do segundo grupo optou pela aceitação da peça, em tese já apresentada. Para o autor, isso indica que “quando o promotor, numa situação ambivalente, toma uma decisão duvidosa, o juiz em regra não a corrige, mas lhe dá seguimento”<sup>801</sup>, ou, em outras palavras e para demonstrar melhor o efeito aliança, “os juízes simplesmente confiam em que o promotor já examinara os resultados da investigação preliminar e os considera suficientes para provar a culpa do acusado”<sup>802</sup>. A pesquisa concluiu, então, que a existência de uma deliberação anterior leva o acusado a uma posição defensiva muito complicada, uma vez que será bastante difícil alterar psicologicamente a posição já configurada<sup>803</sup>. Ademais, tal quadro conduz à uma *práxis* equivocada, que permite a subsistência de prejulgamentos, elemento que contraria um dos fundamentos da imparcialidade.

---

<sup>800</sup> LOPES JR. Aury, GLOECKNER, Ricardo. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Ibidem, p. 332

<sup>801</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança**. Op. cit., p. 214.

<sup>802</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança**. Ibidem, p. 213. Nesse sentido, depreende-se das conclusões de pesquisa que “o processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais. Segundo a perspectiva da psicologia social, o papel do juiz não corresponde àquilo que prevê a dogmática processual.” Ibidem, p. 221.

<sup>803</sup> LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Op. cit., p. 269: “O juízo de pré-admissibilidade da acusação – assim chamado em contraste com o juízo definitivo de admissibilidade que será realizado na sentença – é o momento em que o juiz deve decidir sobre a abertura ou não do processo, considerando ainda que o processo penal é uma pena em si mesmo, que possui um elevado custo para o sujeito passivo e que gera uma grave estigmatização social e jurídica do sujeito passivo. Tudo isso exige uma grande dose de responsabilidade do órgão jurisdicional, que somente é controlável pela motivação”.



Isso significa que o *in dubio pro reo* é posto faticamente “de ponta cabeça, porque o advogado se vê incumbido de provar a incorreção da denúncia, caso ele realmente queira conseguir uma absolvição”<sup>804</sup>. Ou seja, o prejulgamento implica um grave dano ao processo penal democrático, pois há o esvaziamento de muitos princípios garantidores. Assim, defesa e contraditório, serão apenas figuração, já que estão praticamente destituídos de potencial para influir na decisão judicial que, em função da seleção mental de informações, possivelmente terá um desfecho desfavorável ao réu. Frise-se, embasando-se nos resultados obtidos por Schünemann evidenciou-se que o juiz tem dificuldade para recordar dos argumentos que são diferentes aos contidos nas investigações preliminares e na peça acusatória. Em resumo: como as informações originais são prestadas no início da marcha processual e o julgador normalmente se alia a elas (pois confia, efeito aliança, na análise anterior feita pelo ministério público e pela autoridade policial), forma-se então a consonância e somente serão albergados argumentos compatíveis. Tudo que vier em sentido contrário gera o desconforto inerente à dissonância, tornando-se a decisão um meio para dissolução definitiva do incômodo. No sentido de Agamben e como já se referiu “na raiz de cada dispositivo está um desejo demasiadamente humano de felicidade”<sup>805</sup>.

Enfim, a dinâmica das ações penais faz com que a harmonia cognitiva esteja relacionada à acusação. Segundo Schünemann, isso se deve ao acesso, pelo magistrado, ao conteúdo parcial do inquérito policial, ao ato de recebimento da denúncia, à proximidade entre juiz e promotor e eventualmente, à inobservância da identidade física do juiz. Sobre o trabalho do autor alemão, Lopes Jr. percebe as seguintes nuances concretas: a) a atuação de ofício do juiz vicia o feito; b) a sobreposição de funções relacionadas ao recebimento da denúncia, à instrução e ao julgamento são ameaças à imparcialidade e implicam um conflito de funções; c) o ‘juiz de investigação’ ou de garantias (projeto CPP) é imprescindível; d) exclusão física dos autos do inquérito evita o efeito da perseverança/inércia.<sup>806</sup>

Então e objetivando sinalizar alternativas ao quadro de condicionamento do julgador, Schünemann sugere o fortalecimento dos sujeitos processuais, em especial, da defesa, e a adoção de uma ‘sentença negociada’ entre os envolvidos<sup>807</sup>, algo que se assemelha em parte ao

<sup>804</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança.** Op. cit., p. 216.

<sup>805</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios.** Op. cit., p. 41-44.

<sup>806</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** Op. cit., p. 72.

<sup>807</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança.** Op. cit., p. 220.

que se entende por ‘justiça restaurativa’<sup>808</sup> ou ao sistema de ‘pena legítima’ proposto por Louk Hulsmann, em sede do movimento abolicionista.<sup>809</sup>

De qualquer forma e independente da especificidade de uma ou outra vertente metodológica a embasar alterações no sistema de justiça penal, a conclusão primeva diz respeito à necessidade de modificações significativas no procedimento, objetivando obstar os efeitos danosos à imparcialidade demonstrados por Schünemann, bem como e, principalmente, respaldar a democracia processual penal. Mas não só, as páginas anteriores deste trabalho também apontaram o quanto é premente, especialmente no Brasil, uma alteração cultural para transposição da arbitrariedade e conferir efetividade aos fundamentos de proteção às pessoas em sede das ciências criminais.

Nesse sentido, o capítulo I desta pesquisa não apenas demonstrou o incongruente e tortuoso caminho percorrido pelo processo penal (para estabelecer o contexto contraditório em que inserido o dever e direito à imparcialidade), como também apontou, desde o pensamento freudiano, o quanto a reflexão jurídica (prevalente e ainda em vigor), tem ignorado a influencia do inconsciente na atuação dos personagens da jurisdição. Em parte, isso é produto do paradigma científico de estrita racionalidade, justificador de concepções que inferem às subjetividades, emancipação e cidadania posição secundária no âmbito das preocupações jurisdicionais. Esse fato foi demonstrado tanto pelo posicionamento dos tribunais supranacionais, como pela avaliação restritiva que o Supremo Tribunal Federal brasileiro dá à questão. Daí que os valores constitucionais não têm encontrado respaldo na prática jurídica, algo que, por si só, deveria ser motivo para mudar. Não obstante, há de se ressaltar, também, além da dinâmica arbitrária histórica a caracterizar o processo penal hodierno, a fase atual de contração das garantias tem tornado o quadro ainda mais preocupante. Ou seja, ‘o que já era ruim, está sim pior’.

---

<sup>808</sup> Sobre o assunto, sustenta Achutti que “as características centrais da justiça restaurativa envolvem os seguintes aspectos: a) ‘participação da vítima’ nos debates sobre o caso, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos oriundo do conflito serão reparados; b) o procedimento ‘poderá não resultar em prisão’ para o ofensor, mesmo que ele venha admitir que praticou o delito e eventuais provas corroborem a sua confissão; c) é possível (e desejável) que ‘as partes cheguem a um acordo sobre como lidar com a situação; e d) ‘os operadores jurídicos deixarão de ser os protagonistas do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito’”. In: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. Op. cit., p. 83.

<sup>809</sup> Pena Legítima, para Hulsmann, importa ressignificar as sanções mas não excluir as medidas coercitivas. Nesse sentido é do autor: “Falei algumas vezes em abolir a pena. Quero me referir à pena tal qual é concebida e aplicada pelo sistema penal, ou seja, por uma organização estatal investida do poder de produzir um mal sem que sejam ouvidas as pessoas interessadas. Questionar o Direito de punir dado ao Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal [...] a verdadeira pena pressupõe a concordância de duas partes”. In: HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Op. cit., p. 86.

Ocorre que tanto no Brasil como em muitos outros países do globo, as ciências criminais têm sido utilizadas como instrumento de segurança pública em detrimento de um mecanismo de controle do poder e de justiça. Dessa forma, para Valente, o fundamento da ‘coisificação’ do humano passou a ter especial relevância com o restabelecimento do direito penal de autor inquisitorial, “cujo expoente se afirma na perseguição criminal – em que os axiomas primazes são a periculosidade e a segurança -, assume preponderância a par da defesa de uma detração das garantias, das liberdades e dos direitos fundamentais processuais constitucionalizados”<sup>810</sup>. O autor ainda refere que o movimento de descaracterização da matriz humanista e garantista do processo penal foi retomado de maneira bastante contundente com os escritos de Jakobs acerca do ‘direito penal do inimigo’ em 1986, tendo sido reproduzido por vários seguidores do citado jurista pelo mundo. Estabelece ainda Valente que:

os tempos ‘líquidos’ [Bauman] e da ‘sociedade do risco’ [Beck], ou a designada por nós ‘sociedade internético-personocêntrica’ impõe a avocação do princípio dos sábios antepassados: o princípio do equilíbrio e da afirmação do ser humano como ser frágil e pecador. A legiferação à ‘flor da pele’ e em cima do joelho tem demonstrado como nos autonegamos e nos autodestruímos e negamos o legado de nossos antepassados: direitos e liberdades fundamentais pessoais, que devem orientar o processo penal, legitimando-o, limitando-o e dando-lhe o fundo teológico – a segurança – fundamentada e limitada como ‘necessidade/valor individual e colectivo, estado conceptual do ser humano e do Estado, sentido real e cognitivo (ou psicológico-cognitivo)’ e, por fim, ‘instrumento/meio/atividade e fim’ da vivência harmoniosa em comunidade – e a liberdade – ‘valor supremo da justiça’ que é a virtude da ‘concordia’ (omonoica).<sup>811</sup>

Em consequência, as modificações necessárias à adequação entre o processo penal democrático, os valores constitucionais respectivos e o procedimento a ser adotado requer, antecipadamente, uma transformação de hábitos e comportamentos substanciais<sup>812</sup>. Contexto em que, é importante consignar, muitas foram as modificações legislativas recentes, entretanto, a lógica constitucional não foi obedecida. Mais especificamente, o legislador infraconstitucional tem referendado a conduta ativa dos julgadores e ignorado sistematicamente o sentido constitucional do direito/dever de imparcialidade, a exemplo das incursões de 2008 ao código de processo penal. Assim, considerando-se o que já foi discutido nesta pesquisa sobre o rol e a interpretação das causas de impedimento e suspeição, há no Brasil autorização à busca da prova pelo juiz, inclusive durante o inquérito policial (artigo 156, CPP, com redação dada pelas leis ‘reformistas’).

<sup>810</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-120, 2015, p. 110.

<sup>811</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ibidem, p. 110.

<sup>812</sup> Neste sentido, Valente também alerta para dimensões contraditórias do termo ‘eficácia’, relacionando-o à equivocada concepção utilitarista ounitiva ou, de outro lado à prevenção geral democrática. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal: fundamentos político-criminais**. Lisboa: Artipol, 2017, p. 178.

Outro ponto a ressaltar diz respeito ao fato de que as investigações preliminares são mantidas nos autos da ação penal durante todo o procedimento e, a despeito de não estar totalmente franqueada a utilização dos elementos respectivos para condenação, é possível o ‘cotejo’ entre tais circunstâncias e a prova judicializada. Ou seja, tanto é permitida a utilização oficial dos ‘rudimentos’ produzidos sem contraditório, quanto são olvidados os riscos de contaminação subjetiva do julgador pela narrativa unilateral. Por isso, Giacomolli salienta que “continuou, o legislador de 2008 a trilha do modelo inquisitorial que serviu de base ao processo penal da década de quarenta”<sup>813</sup>. Então, a conclusão é que não basta mudar, ou melhor, não se trata de apologia a qualquer mudança.

Assim, da realidade brasileira decorrem três nuances do mesmo imbróglio que tem se prolongado no tempo: prejulgamento, busca pela verdade e presunção de culpa, além de ausência de separação de funções. Todos esses pontos já foram mencionados, mas inadequadamente são recorrentes naquilo que a aplicabilidade prática e cotidiana do direito se tornou. Entretanto, é importante recordar, conforme se dispôs no capítulo I, que os institutos jurídicos e o poder se interligam, tanto para legitimar quanto para restringir. É, então, necessário ponderar e tencionar que toda e qualquer mudança está aliada à essência de proteção das pessoas e ao controle de arbitrariedades. O direito, logo, não tem um fim em si mesmo e deve servir como baliza, inclusive a políticas estatais despóticas.<sup>814</sup> Mas isso somente será factível quando acontecer uma crítica interna conducente à importância de proteção das garantias. Não se trata de exaltação da impunidade, porém de propagar a mensagem de que todas as pessoas importam, evitando-se, assim, que as iniquidades ‘justificadas’ aconteçam. Em síntese, para que o direito possa conter o poder, é primordial que ele próprio reencontre seu fundamento democrático de existência. A imparcialidade efetiva, nesse contexto, é imprescindível, pois além de operacionalizar a isonomia, une a ciência

<sup>813</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Op. cit., 2008, p. 18.

<sup>814</sup> Sobre o assunto, Huggins escreveu importante trabalho sobre a violência perpetrada pelo estado ou por seus agentes, denunciando as estruturas histórica, política, sociológica, organizacional e sociopsicológica que permitiram torturas e mortes no contexto de regimes ditatoriais no Brasil e na Grécia em pleno século XX. Esses modelos, de modo lamentável, igualmente podem ser verificados em outras ditaduras do ontem e do hoje. Para tanto, escreve a autora que “encrustadas em cenários políticos históricos e emergenciais, as burocracias estatais defendem e põe em prática os imperativos ideológicos de seu regime. [...] No decorrer do processo, esses sistemas operacionais burocráticos dão origem a uma série de variáveis sociopsicológicas que modelam os valores, as ideias, as percepções e os comportamentos de funcionários e agentes no interior de cada um dos sistemas”. In: HUGGINS, Martha K. **Operários da violência**: policiais, torturadores e assassinos reconstruem as atrocidades brasileiras. Brasília: Editora UnB, 2006, p. 437. No mesmo sentido, Bauman atenta para o fato de que “o Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano [...] a importância de lembrá-lo consiste cada vez menos na necessidade de punir os criminosos... a importância atual do Holocausto está na lição que ele traz para toda a humanidade” In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 12 e 235-236.

jurídica de vanguarda aos ditames do cotidiano e permite a efetividade de elementos processuais como contraditório e amplitude de defesa.

Portanto, estando assente que é premente o reordenamento do processo penal brasileiro à imparcialidade material, mas também definido que as mudanças culturais correspondentes são profundas e difíceis, seguem-se dois exemplos de alterações processuais significativas concretizadas em passado relativamente recente na Itália e no Chile. Cabe ressaltar que a escolha desses sistemas de investigação de direito comparado não foi aleatória e se apoia no fato de que um dos modelos é latino americano, ou seja, expressa um espaço cultural, territorial e social semelhante ao brasileiro, ao passo que a outra referência jurídica investigativa guarda uma profunda identidade com o Brasil. Afinal, boa parte do direito nacional, inclusive processual penal, está fundada no italiano - direito romano, *civil law* e Código Rocco. De outro lado, a análise se revela bastante expressiva, em virtude de a reforma pretendida no Brasil, já ter sido, ao menos em tese, realizada no país europeu.

### **3.2 A transposição inquisitorial na Itália e reforma processual penal**

Na Itália, a reforma processual passou por uma longa marcha de transformação. Inclusive, é importante que se estabeleça um acordo sobre qual modificação se trata, pois é imprevisível definir marcos disruptivos estanques em sede de ciências, como a jurídica, que se encontra em constante adaptação humana, social e política. Nesse ponto, é relevante contextualizar as modificações processuais em sede da transição do modelo inquisitorial ao acusatorial, ocorrida durante o século XX.

Sobre tal quadro, sustenta Orlandi que a metamorfose abrangeu um período de aproximadamente 70 anos, sendo possível segmentar as discussões em termos temporais, para estabelecer três espaços relativamente distintos, apesar de complementares. A primeira das divisões, para o autor, começa com a queda do fascismo ao final da década de 1940, a segunda etapa, por sua vez, inicia em 1962 e segue até 1989, com a entrada em vigor de uma nova codificação procedimental, cuja principal tarefa foi, além de revogar o antigo código Rocco, tornar compatível o processo penal com a constituição democrática italiana, em vigor desde 1947. Orlandi ainda estabelece um terceiro período, posterior à publicação do novo estatuto adjetivo, o qual e que corresponde às tentativas de consolidação da nova ordem, priorizadora do contraditório. O momento também marca esforços à contrarreforma

respectiva, em um embate de forças responsável por importantes avanços e retrocessos.<sup>815</sup> Amodio concorda que se tratava de gradativos e decisivos debates, ao afirmar que “va anzitutto chiarito il ruolo che i giuristi hanno avuto nell’iter legislativo dal quale è scaturito il codice di procedura penale del 1988. Qui l’interesse è focalizzato sulla codificazione come processo e non come prodotto, cioè come risultato finale racchiuso in un definito corpus normativo”<sup>816</sup>.

Para uma melhor compreensão, é importante estabelecer a diferença entre as matrizes ideológicas em questão. Assim é que o código Rocco de 1930 detinha matriz inquisitorial, com concentração de poder no julgador, fases sigilosas e unilaterais para produção das provas que, também, poderiam ser livremente concebidas pelo magistrado. Daí que a proposta original de reforma, pretendia uma abertura igualitária no âmbito das investigações criminais e a substituição, ainda que parcial, do sistema inquisitório pelo acusatório, mais adequado à ênfase aos direitos individuais destacados no pós-guerra.<sup>817</sup>

Orlandi sustenta ainda que havia um entendimento majoritário entre os juristas sobre a necessidade de mudanças processuais. Porém, as tentativas primeiras objetivavam apenas uma espécie de repriminção da codificação revogada em 1913 (“il primo impulso era stato quello di un ritorno al passato pre-fascista”), e quase não se mencionava a adoção de um parâmetro legislativo totalmente novo, sendo, entretanto, também considerada a ideia de “salvare Il códice di rito del 1930”, por meio de modificações fragmentárias<sup>818</sup>. Após as tratativas iniciais, com discussões principalmente lideradas por Giovanni Leone, houve o abandono da ideia de resgate da legislação anterior, mas foi consolidada uma moção legislativa parcial que, após algumas tentativas fracassadas, foi aprovada em junho de 1955. Extremamente criticada e tida como demagógica, a pequena mudança foi ironicamente chamada por Carnelutti, principal articulador do segundo período como ‘riformetta del 1955’. Não obstante, o debate foi refreado durante a segunda metade da década de 1950, já que no período as atenções voltaram-se à elaboração de novos parâmetros de direito material e de execução, ambos no âmbito penal. Contudo, as insatisfações processuais de Carnelutti, já bastante idoso, mas

---

<sup>815</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’ Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**: Revista eletrônica da faculdade de Direito. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 1-18, jan./jun. 2011, p. 3-4.

<sup>816</sup> AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto - Atti dell’incontro di studio Firenze (26-28 settembre 1996), Firenze v. 50, p. 363-383, 1997, p. 365.

<sup>817</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’ Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**. Op. cit., p. 3.

<sup>818</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’ Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**. Ibidem, p. 6.

ainda muito ativo, além de detentor de grande prestígio em toda a Itália, culminaram, entre outras iniciativas, na nomeação, pelo então ministro da justiça, de uma comissão de juristas, presidida pelo próprio Carnelutti, e que tinha como tarefa o estudo de uma “*riforma del codice di rito penale*”<sup>819</sup>.

Depois de alguns encontros, houve a elaboração de um esquema preliminar composto por 227 artigos e que é “*um ponto di svolta nella storia della riforma processuale italiana*”<sup>820</sup>. Seguiram-se duas significativas convenções, em 1963 e 1964, realizadas em Lecce e Bellagio, respectivamente, cujo objetivo principal foi estabelecer “*Criteri direttivi per una riforma del processo penale*”<sup>821</sup> envolvendo renomados juristas da época, bem como membros da comissão reformadora. Sobre o debate, Orlandi refere que passou a ser tendência geral a necessidade de modificação profunda em todo sistema de justiça. Nesse sentido:

Tutti concordano sull’opportunità di abolire il dualismo istruttorio (all’istruzione formale, affidata al giudice istruttore, era giustapposta l’istruzione sommaria, affidata al pubblico ministero). Le opinioni differivano tuttavia con riguardo al modo per attuare la semplificazione. Tre orientamenti si dividevano il campo: (a) abolire l’istruzione sommaria e mantenere l’istruzione formale con adeguate garanzie per la difesa (proposta Pietro Nuvolone alla quale aderiva anche Giovanni Leone); (b) abolire l’istruzione formale e generalizzare l’istruzione sommaria, con le garanzie difensive imposte dall’art. 24 cost. (proposta dei magistrati Giuseppe Altavista e Girolamo Tartaglione appoggiata anche da Giovanni Conso); (c) introdurre l’inchiesta preliminare di matrice carneluttiana (proposta di Franco Cordero)<sup>822</sup>

Todavia, as discussões não tiveram êxito legislativo, apesar de extremamente bem sucedidas na consolidação do embrião de alterações futuras mais efetivas. Em consequência, inúmeros ensaios foram levados ao parlamento e, a despeito das também reiteradas rejeições, crescia a consciência de que o código de Arturo Rocco não mais poderia orientar o processo penal como teoria jurídica. Contudo, a estagnação ao debate democrático sobre o tema voltou a ocorrer quando, em meados da década de 1970, houve ‘a chamada emergência antiterrorista’, período em que a Itália foi assolada pela ocorrência fática e exploração

---

<sup>819</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’ Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**. Ibidem, p. 8.

<sup>820</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e Processo Penale nell’ Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**. Ibidem, p. 8

<sup>821</sup> ALTAVISTA, Giuseppe, et. al. **Criteri direttivi per una riforma del processo penale**: convegni di Studio ‘Enrico de Nicola’, Varese: Giuffrè Editore, 1965. A análise da publicação resultante dos debates demonstra que houve, inclusive, pesquisa atinente aos princípios acusatório e inquisitivo no direito comparado. Para tanto, Fini discorreu sobre o tema na Inglaterra, Estados Unidos, França, Alemanha, Austria, Grécia, Suíça, Espanha, União Soviética e Japão. In: FINI, Nicola. Appunti di diritto comparato sul processo acusatório e sul processo inquisitivo. In: ALTAVISTA, Giuseppe, et. al. **Criteri direttivi per una riforma del processo penale**. Op. cit., p. 5-28.

<sup>822</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’ Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**. Op. cit., p. 8.

mediática respectiva de atividades relacionadas ao crime organizado (máfia)<sup>823</sup>. Entretanto, apesar de situação social específica, o ambiente universitário seguia fomentando alterações, sendo que o debate interno foi conservado.

Assim, em 1983 adveio nova indicação oficial de grupo de juristas objetivando a continuidade das ponderações reformistas<sup>824</sup> (foram propostos nomes que compunham a equipe que discutia o tema desde 1974, muitos dos quais eram remanescentes da turma carnelluttiana). O esboço legislativo foi então concluído em 1987 e apenas um ano depois, submetido à votação e aprovado, com período de vacância de mais um período anual.<sup>825</sup> Tratou-se de uma modificação profunda com maior equilíbrio de poder entre as partes, bem como separação de funções bastante demarcadas — as investigações, por exemplo, ficaram adstritas ao ministério público. A acolhida do pleno contraditório, ainda, consubstanciou o fim da prova unilateral e das etapas sigilosas do procedimento.

Para Amodio, há uma peculiaridade importante no tocante ao espírito das alterações (extremamente acusatoriais), assim como em relação à autoria plural das normas, que detinham um perfil fortemente acadêmico científico. Expressavam, em consequência, o resultado de um extenso debate que iniciou na década de 1960 e foi sendo gradativamente elaborado. Também sustenta o autor que houve uma grande coesão e estabilidade entre os juristas que integravam as discussões, sendo que muitos deles participaram dos estudos desde sua gênese (como é o caso de Cordero), daí que formaram um grupo “particolarmente forti, per esperienza e ricchezza del patrimonio concettuale accumulato nel tempo”<sup>826</sup>. Ademais, houve pouca interferência, no texto final, do poder legislativo, quer pela profundidade técnica da proposta, quer pela capacidade de diálogo dos profissionais envolvidos. Foi, em síntese, um trabalho teórico-prático advindo principalmente do ambiente universitário. Por isso,

---

<sup>823</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell' Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**. Ibidem, p. 9.

<sup>824</sup> Sobre a comissão, constituída pelo Ministério da Justiça, informa Amodio que foi presidida por Domenico Pisapia e composta por oito professores universitários, oito magistrados e um advogado. A comissão ‘Pisapia’ foi, na verdade, a segunda edição de um grupo anterior, também presidido por Gian Domenico Pisapia e que funcionou de 1974-1977, mas não só, pois “la delega del 1987 è lo sbocco finale di un lunghissimo lavoro proiettato verso il nuovo processo penale, un lavoro che ha avuto inizio sul piano legislativo alla metà degli anni sessanta, con la presentazione di un disegno di legge delega che è giunto al traguardo della approvazione parlamentare solo nel 1974”. In: AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Op. cit., p. 366 e 369. Isso demonstra o quanto o debate contínuo é importante.

<sup>825</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell' Itália repubblicana. **Sistema Penal e Violência**. Op. cit., p. 10.

<sup>826</sup> AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Op. cit., p. 368.



Amodio refere que “si può dunque a buon diritto parlare di un ‘codice dei professori’, tanto incisivo ed esteso è stato l’apporto degli accademici al processo di produzione normativa”<sup>827</sup>.

Orlandi, por sua vez assevera que a transição se efetivou também por fatores externos aos fundamentos jurídicos de superação do modelo inquisitorial. Segundo o autor, a década de 1980 foi marcada por uma forte crise de legitimidade da magistratura<sup>828</sup>, especialmente motivada por discussões sobre o poder dos juízes e sua correspondente irresponsabilidade. Em termos fáticos, a perturbação teve início pelo erro judiciário relativo ao ‘caso Tortora’<sup>829</sup>, bem como por consequentes ponderações acerca da necessidade de responsabilização civil dos juízes. Em outras palavras, o debate procedimental foi favorecido pelo enfraquecimento da classe judicante, ao que se tornou possível discutir limitação de poderes e equilíbrio processual, inclusive no que se refere à colheita de provas e busca da verdade.

<sup>827</sup> AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Ibidem, p. 368.

<sup>828</sup> É de Orlandi: “il varo del nuovo codice sarebbe stato assai più difficile e faticoso, se in quel periodo la magistratura italiana non fosse precipitata in una forte crisi di legittimazione. Le discussioni e le polemiche seguite al caso Tortora (1983) e la conseguente iniziativa referendaria sulla responsabilità civile dei magistrati (1987) prepararono, a mio avviso, il terreno per attuare quella radicale riforma processuale della quale si parlava da quasi trent’anni senza esser capaci di tradurla in norma effettiva”. In: ORLANDI, Renzo. *Diritti Individuali e Processo Penale nell’Itália republicana. Sistema Penal e Violência*. Op. cit., p. 10.

<sup>829</sup> O ‘caso Enzo Tortora’ aconteceu em sede da ‘operazione mani pulite’. Tortora, um apresentador de televisão da década de mil novecentos e oitenta, empreendeu quadro televisivo para difundir atividades desenvolvidas por presos no cárcere. Para tanto, manteve contato com Domenico Barbaro, que confeccionava toalhas de crochê (‘centrini di seta’). Após a divulgação inicial, Domenico enviou à produção do programa inúmeros ‘centrini’, objetivando a divulgação e alienação ao programa televisivo. Sem pagamento e/ou explicações quanto ao destino do artesanato, Barbaro que era analfabeto, passou a escrever à emissora, por intermédio de Giovanni Pandico (chefe da Camorra e colega de cela), tendo recebido resposta apenas superficial (no sentido do encaminhamento do problema ao departamento jurídico). Formou-se então um grande conflito psicológico subjetivo, mutuamente incentivado pelos colegas de confinamento. Na sequência, Giovanni Pandico em acordo com a justiça, sustentou que ‘centrini di seta’ constituía um código para indicar carregamento de cocaína. Durante as investigações subsequentes, Tortora foi preso perante as câmeras, no que se tornou “uma carnificina midiática”. Seguiram-se outros acordos de colaboração, todos por membros da máfia ligados a Pandico, além do testemunho do pintor Giuseppe Marguti, que declarou ter visto o apresentador vendendo drogas. Posteriormente à prescrição, Margutti pediu desculpas à família de Tortora e revelou que as declarações foram motivadas por interesses publicitários. Em termos probatórios, além das colaborações em cadeia, foi encontrada na casa de Giuseppe Puca (outro membro da Camorra), uma agenda contendo um número de telefone, ao lado do que se supôs, fosse o nome de Tortora. Subsequentemente, entretanto, verificou-se que a grafia indicava ‘Tortosa’, denominação de uma pizzeria. Em síntese, o espetáculo público a que foi submetido Tortora conduziu a uma condenação de dez anos de prisão, dos quais foram cumpridos aproximadamente três, até o momento da absolvição em sede recursal. In: SCHERILLO, Alessandro. **Il processo mass-mediatico quando la collettività si identifica nella cronaca nera**. Trabalho de conclusão - Corso di alta specializzazione in materia di criminologia applicata. Piemonte, Itália, 108 p., 2012-1013. Sobre o assunto, refere Scherillo: “Il caso Tortora del 1983, forse l’antesignano del moderno processo mediatico a cui abbiamo assistito in Italia, con le telecamere che presero letteralmente d’assalto il carcere di Regina Coeli. Enzo Tortora fu infatti accusato di gravi reati, ai quali tuttavia era totalmente estraneo, sulla base unicamente di asserzioni provenienti da vari condannati per reati legati allá mafia. Solo dopo anni di carcere e arresti domiciliari ingiustamente scontati, la sua innocenza è stata dimostrata e riconosciuta dalla stessa magistratura che lo aveva coinvolto, e che lo ha definitivamente assolto”. A respeito, ver também: COPPETTI, Alfredo; PETRINI, Milena; ROSA, Alexandre Morais da. *Delações falsas e o que pode nos ensinar o caso Tortora da Itália: o perigoso jogo dos ‘colaboratori di giustizia*. **Empório Direito**, Florianópolis, dez/2015. Disponível em <http://emporioidireito.com.br/delacoes-falsas-e-o-que-nos-pode-ensinar-o-caso-tortora-da-italia-o-perigoso-jogo-dos-colaboratori-di-justizia/>. Acesso em 10 de junho de 2017.

Certamente tal quadro não pode ser ignorado pois demonstra o conjunto de fatores confluentes às modificações. Ainda assim, a observação de Amodio sobre a constância dos esforços advindos de um grupo afinado de profissionais, oferece um importante instrumento de investigação. Afinal, além do que já foi consignado, o autor evidencia fortemente essa característica e ainda acrescenta que o trabalho conjunto pode apresentar imperfeições decorrentes dos vários estilos linguísticos, mas ganha em legitimidade e, por consequência, em aplicabilidade.

La presenza di un gruppo compatto, ma pur sempre articolato per le peculiarità culturali dei componenti e per la dialettica inevitabilmente sviluppatasi nei rapporti con i magistrati, ha dato però origine agli inconvenienti [linguístico e estético] dell'opera collettiva. [...] quando ad operare è un gruppo di qualificati studiosi, ciascuno dei quali porta il patrimonio scientifico derivante da studi approfonditi nei singoli settori della disciplina, il prodotto finale può esibire qualche disomogeneità o smagliatura, ma assicura che nel testo normativo si possa concentrare il massimo delle potenzialità applicative.<sup>830</sup>

Isso significa que o espírito democrático do novo código de processo penal italiano, aprovado em 1988, esteve presente não apenas nos institutos jurídicos acusatórios que criou, mas também em toda a dinâmica de produção da norma. Não obstante, não foi suficiente a uma abrangente transposição cultural, sendo que após o início de vigência da recém adquirida codificação, seguiu-se um intenso embate de forças motivado, institucionalmente, pela perda de poder da magistratura. Teve início, então, o antes mencionado terceiro período reformador proposto por Orlandi<sup>831</sup>.

Segundo Amodio, houve, principalmente entre juízes, uma corrente de nostalgia inquisitória particularmente fundada na intromissão à gestão da prova, consequência do equilíbrio instaurado entre as partes.<sup>832</sup> Por conseguinte, a Corte Constitucional italiana não permaneceu insensível aos lamentos dos julgadores italianos e progressivamente restituiu aos agentes estatais poder probatório mais amplo. Em outras palavras, jurisprudencialmente “ha progressivamente restituito al pubblico ministero e al giudice del dibattimento quei poteri di utilizzazione delle dichiarazioni extradibattimentali e di acquisizione delle prove d'ufficio che erano stati aboliti per garantire il valore costituzionale della terzietà del giudice”.<sup>833</sup> E continua

<sup>830</sup> AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Op. cit., p. 380.

<sup>831</sup> ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Op. cit., p. 3-4. É do autor: “chi credeva che il nuovo codice, grazie alla sua coerenza sistematica, avrebbe contribuito a stabilizzare le norme regolatrici del processo penale è stato smentito. In realtà, dopo la riforma, cresce l'instabilità normativa e si accentua altresì l'incertezza sugli scenari futuribili.” Op. cit., p. 11.

<sup>832</sup> AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Op. cit., p. 382.

<sup>833</sup> AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Ibidem, p. 382.

ainda o autor italiano: “il codice del 1988 è stato creato per dare attuazione ai valori della Costituzione; in nome degli stessi valori esso viene ora demolito nelle sue parti più vitali”<sup>834</sup>. Ferrua, por sua vez, sustenta que as alterações de 1988 detinham ‘uma regra de ouro’ relacionada ao contraditório, e que pode ser resumida na inversão da lógica de ‘contraditório sobre a prova a contraditório para a prova’. Existe, de fato, uma diferença bastante substancial. Entretanto, no mesmo sentido de Orlandi e Amodio, Ferrua assegura que “mal recebidos pela maioria da magistratura, os princípios acusatórios foram suprimidos em 1992 pela ‘revolução inquisitória’ ocasionada por três sentenças da corte constitucional (n. 24, 254, 255)”<sup>835</sup>.

Basicamente, em síntese, a partir de 1988, as provas (como testemunhais, periciais, etc.) somente seriam consideradas válidas se produzidas de acordo com o exame cruzado (concomitante) e nenhum elemento unilateral poderia ser trazido à ação, ainda que em forma de breves alusões ou mesmo para motivar quaisquer questionamentos. Daí que as reações à nova sistemática começaram imediatamente e, em nome da ‘verdade’, os julgadores constitucionais tão logo instados, restituíram muitos preceitos autoritários por meio de precedentes jurisprudenciais. Segundo Ferrua, “a primeira sentença declara inconstitucional o art. 195, 4º, inciso, CPP, relativo à proibição de testemunho indireto da polícia judiciária. Derrubada essa proibição, as informações sigilosamente recolhidas durante o inquérito da polícia judiciária penetram no ‘dibattimento’”<sup>836</sup> – através do relato de policiais, mesmo que em juízo houvesse a opção pelo silêncio. As segunda e terceira decisões, por sua vez, autorizaram a utilização judicial de depoimentos proferidos em contradição às declarações judiciais e também de delações emitidas por corréus e não reproduzidas judicialmente.<sup>837</sup>

Em consequência, Ferrua afirma que após a judicialização das alterações, foi permitida uma espécie de sistema misto, baseado no ‘ardiloso’ discurso da verdade. Contudo, assevera o

<sup>834</sup> AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Ibidem, p. 383.

<sup>835</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 661.

<sup>836</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ibidem, p. 668.

<sup>837</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ibidem, p. 672. O autor assevera que “o efeito sobre o sistema é [foi], sem dúvida, destruidor, tornando o inquérito em uma espécie de “gigantesca instrução sumária” destinada a influenciar invariavelmente sobre o juízo oral; ou, algo pior, portanto, que um simples retorno à instrução formal do modelo misto, porque os atos que se tornaram utilizáveis com finalidade probatória não são realizados pelo juiz, mas diretamente pelo acusador e pela polícia judiciária”. Sobre o assunto, ver também VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do ‘patteggiamento’ e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015, p. 441.

autor que o problema não é a verdade propriamente dita, uma vez que constituiu um ‘bem precioso’, mas é também uma “postura suicida deixá-la ao monopólio do processo inquisitório”. Para o autor, em um raciocínio semelhante ao do pensamento fazzalariano, “o problema consiste no método da busca, que o código de 1988 tinha acertadamente individualizado no contraditório para a prova, sobre a premissa plenamente razoável de uma substancial inconfiabilidade das declarações colhidas em segredo”<sup>838</sup>.

Esse contexto de retrocesso impulsionado pelas decisões da Corte Constitucional italiana foi agravado por um período de extrema instabilidade jurídica, política e social, pelo qual passou a Itália e que decorreu da ‘Operazione Mani Pulite’, também conhecida como ‘Tangentopoli’ (cidade das propinas)<sup>839</sup>. O quadro versou sobre ações penais por corrupção ativa e passiva, situadas de 1992 a 1994 a fim de apurar situações de financiamento eleitoral irregular. Para Orlandi, “a investigação e os muitos processos que dela decorreram criaram as premissas para um perigoso vácuo de poder, irracionalmente vivido pela maior parte da opinião pública com um forte sentimento de libertação”<sup>840</sup>. Isto foi também responsável por uma onda de punição desregrada que influenciou fortemente a jurisdição e o legislativo. Por conseguinte, em termos jurisdicionais, como já vigorava uma crescente defesa pela ‘verdade’, a situação pareceu conferir legitimidade à restrição do contraditório. Quanto à fraqueza

<sup>838</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ibidem, p. 673. Ferrua ainda complementa, sustentado que “infelizmente, o reconhecimento do valor epistêmico do contraditório é frequentemente inexistente entre os próprios defensores do processo acusatório; sob a influência de um paradigma enganador que estava se expandindo exatamente naqueles anos – processo para solução de conflitos/processo para implementação de escolhas políticas - são muitos os que consideraram o contraditório como um simples instrumento para a solução de uma lide, excluída toda a sua eficácia como método, de ferramenta cognitiva”.

<sup>839</sup> A ‘Operazione Mani Pulite’ foi muito semelhante a ‘Lava-Jato’ brasileira. Neste sentido, sustenta Orlandi que “a expressão ‘Mãos Limpas’ é o nome em código dado a uma operação de investigação dirigida a múltiplos episódios de corrupção política, com o envolvimento de empreendedores públicos e privados. No jargão jornalístico, foi também amplamente utilizada a expressão Tangentopoli (= cidade das propinas), para indicar um lugar onde as práticas de corrupção (“le tangenti”, as propinas) eram habituais. Inicialmente, aquele lugar era facilmente identificável com Milão, sede da Bolsa, capital econômica, centro de grandes negócios industriais com muitas ramificações no mundo da política. Posteriormente, quando se percebeu que tais práticas eram muito difundidas, o termo Tangentopoli adquiriu um significado simbólico e se tornou sinônimo de malversação político-administrativa. [...]. Em 17 de fevereiro de 1992, foi preso Mario Chiesa, presidente de um hospício em Milão, apanhado em flagrante delito enquanto embolsava um pequeno suborno (sete milhões de liras, equivalente a cerca de quatro mil dólares) de um empresário que com isto queria garantir um contrato de limpeza. Parecia uma prisão casual, uma coisa de pouca importância, e assim foi considerado nos primeiros comentários jornalísticos e nas tomadas de posição dos responsáveis pelo partido político a que pertencia Chiesa. Em vez disso, foi o início de uma longa série de prisões e iniciativas de investigação que colocaram definitivamente fora de jogo os maiores líderes políticos da época.” In: ORLANDI, Renzo. ‘Operazione Mani Pulite’ e seu contexto político, jurídico e constitucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, jul.-dez. p. 378-405. Ademais, assim como no Brasil, a “Operação Mãos Limpas” italiana expôs um grande esquema de financiamento de campanhas político-eleitorais. Também de forma similar ao contexto brasileiro, uma série de retrocessos jurídicos foram cometidos. Tudo, assim como lá, em nome da verdade.

<sup>840</sup> ORLANDI, Renzo. ‘Operazione Mani Pulite’ e seu contexto político, jurídico e constitucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Ibidem, p. 379.

parlamentar, o envolvimento da classe política no escândalo imprimiu, de acordo com Ferrua, “uma permanente suspeita de autotutela, frequentemente não justificada”<sup>841</sup>, mas que foi suficiente para paralisar qualquer medida mais efetiva pela preservação de garantias processuais. Daí que uma tímida recuperação do contraditório somente foi consumada posteriormente à ‘Mãos Limpas’ e em panorama situacional relativamente mais estável.

Assim, apenas em 1996 foi apresentado o primeiro projeto de lei para “modificações das disposições do código de processo penal em tema de valoração das provas”. Nele impedia-se o confronto entre as versões contidas nas investigações preliminares e judicial, se amparadas pelo direito ao silêncio. Em contrapartida, previu uma espécie de incidente probatório, objetivando possibilitar a utilização de instrumentos indiciários somente se submetidos a contraditório prévio. Ocorre que tão logo foi aprovado, a Corte Constitucional foi novamente instada e mais uma vez declarou ilegítimo o dispositivo, reafirmando os argumentos anteriores. Seguiram-se novas tentativas de mudança, inclusive com estudos para modificação da norma fundamental, todas tolhidas pela jurisprudência conservadora.<sup>842</sup>

A objeção mais contundente, entretanto, adveio em 1998, quando em mais uma sentença fundada no instituto da ‘dispersão das provas’ (criado pelos juízes e utilizado reiteradamente), foi ratificada a possibilidade de utilização das informações policiais. Na ocasião, houve uma reação peremptória, que fez ressurgir o debate sobre a indevida pretensão legislativa do judiciário e, que culminou na reforma da constituição<sup>843</sup> para inserir as regras do

---

<sup>841</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 674.

<sup>842</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Ibidem, p. 675.

<sup>843</sup> A reforma constitucional modificou o art. 111 da constituição italiana que ficou assim redigido: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”. In: **ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana**. Roma: Senato della Repubblica, 1948. Disponível em <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em 15 de março de 2018.

‘giusto processo’, responsável por reparar, ainda que parcialmente, o contraditório mitigado pelos posicionamentos da magistratura<sup>844</sup>. Assim, hoje é assegurada a produção da prova mediante análise cruzada entre as partes. Porém, são ainda permitidos casos específicos de ‘evidências’ unilaterais (por intermédio do incidente probatório), razão pela qual não houve um retorno completo ao sistema original.

Na acepção de Ferrua, isso indica problemas históricos que decorrem de uma cultura jurídica que ainda encontra certa dificuldade em superar o paradigma inquisitorial. Saliente o autor que toda a crise posterior à reforma de 1988, poderia ter sido evitada pela própria corte constitucional com base em uma interpretação sistemática da norma fundamental – a exemplo do cotejo com o direito à inviolabilidade de defesa, já previsto no texto original de 1948. Ainda, e aliando tal realidade ao apego ao positivismo, aduz Ferrua que a democracia processual probatória, manifestada pelo contraditório pleno e equivocadamente considerada intolerável pela corte, converteu-se em elemento constitucionalmente obrigatório, após a alteração da lei fundamental.<sup>845</sup>

Apesar de todo o conflito envolvendo a extensão do contraditório na formação da prova, o processo penal italiano que vigora até os dias atuais, expressa maior possibilidade de imparcialidade no tocante à separação de funções. Sobre a composição dos órgãos judicantes, Cordero utiliza uma expressão que indica a concepção múltipla da legislação quanto à competência judiciária - “ogni funzione ne implica uno: monocratico o collegiale, secondo che vi figurino una o più persone”<sup>846</sup>.

Dessa forma, a dinâmica processual penal da Itália é mais do que uma apuração plural ou coletiva, pois cada fase procedimental é conduzida por um juiz diferente, diminuindo-se assim as hipóteses de contaminação subjetiva.<sup>847</sup> Para tanto, o juízo oral (fase judicial) não se confunde com a fase investigativa e a persecução penal é composta de dois instrumentos distintos: o primeiro, corresponde ao ‘expediente do ministério público’, contém os atos investigativos, inacessíveis ao juiz sentenciante; o segundo, chamado de ‘expediente de debates’, abrange as provas produzidas durante o juízo oral, em contraditório judicial.<sup>848</sup>

---

<sup>844</sup> CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedura Penale**. 8ª edição, Pádova: CEDAM - Wolters Kluwer, 2016, p. LXI.

<sup>845</sup> FERRUUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 686.

<sup>846</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Op. cit., p. 107-108.

<sup>847</sup> CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedura Penale**. Op. cit., p. 5.

<sup>848</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do ‘patteggiamento’ e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Op. cit., p. 440.

Em síntese, o processo penal italiano comporta o procedimento ordinário e procedimentos especiais (giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti, giudizio direttissimo, giudizio immediato e procedimento per decreto penale). Todos são precedidos por investigações preliminares (indagini preliminari) realizadas pelo ministério público e encaminhadas à juízo a uma audiência preâmbular (udienze preliminare). Tais atos constituirão o primeiro volume antes referido. Não se trata de instrução processual, portanto não possui valor probatório e objetiva apenas fornecer à acusação elementos à propositura da ação penal.<sup>849</sup> Durante esse primeiro momento há sigilo e contraditório restrito, somente aplicável ao interrogatório e às provas irrepetíveis (a exemplo as periciais). Nessa hipótese, formar-se-á um incidente probatório cuja iniciativa é franqueada a qualquer das partes e que será promovido sob a supervisão de magistrado diverso do ‘giudizio’, com participação ativa dos envolvidos.<sup>850</sup>

Esse período investigativo encerra-se com a apresentação da acusação pelo ministério público e a realização da audiência preliminar<sup>851</sup> ou, alternativamente, com pedido de arquivamento do procedimento. Repita-se: o juiz responsável pela ‘udienza preliminare’ e apreciação de eventual incidente probatório efetua algo semelhante ao que no Brasil corresponde ao recebimento da denúncia. Porém, tal julgador não exercerá outros atos processuais, encerrando-se sua participação judicante com a análise do ‘decreto che dispone il giudizio’ (deflagração da ação) ou a ‘sentenza di non luogo a procedere’ (arquivamento).<sup>852</sup>

Em consequência, a fase ‘dibattimentali’ pressupõe, em tese, a observância de originalidade cognitiva, basicamente garantida sob dois elementos: a alteração subjetiva do representante da jurisdição e a não disponibilidade do conteúdo dos elementos introdutórios ao magistrado sentenciante. Isso acontece principalmente porque o procedimento prioriza a oralidade e as provas serão desenvolvidas na fase de debates. Para tanto, já na audiência preliminar define-se a data e a competência do ‘giudizio’, que será procedido em um ou dois

---

<sup>849</sup> CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedura Penale**. Op. cit., p. 458. Nesse sentido, estabelece o autor que “l’adizione di un rito dai caratteri accusatori e di un metodo di conoscenza a struttura dialettica, individuando nel contraddittorio dibattimentali il baricentro dell’ accertamento, portula una ‘attività di indagini meramente preparatoria’”.

<sup>850</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Op. cit., p. 879. Sobre o assunto ver também CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedura Penale**. Ibidem, p. 542.

<sup>851</sup> Segundo Giacomolli, a fase da de ‘indagini preliminari’ termina “com uma audiência preliminar (udienza preliminare), que serve de ponte entre a fase de investigação e a fase processual propriamente dita, destinada à demonstração do complexo da atividade probatória à formulação de um juízo (dibattimento)”. In: GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 254.

<sup>852</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ibidem, p. 905.

atos presenciais. Do primeiro momento, são acostados apenas o produto do eventual ‘incidente probatório’, bem como os documentos necessários à verificação das condições da ação (fascicolo per il dibattimento).<sup>853</sup> Os registros investigativos, porém, ficarão arquivados na secretaria do ministério público, à disposição da defesa. Assim, após concluída a averiguação primera, não mais haverá sigilo.

A decisão judicial relativa ao momento inicial, por sua vez, deve ser proferida no próprio ato, de forma sucinta justamente para não influenciar o magistrado que, na fase subsequente (se recebida a acusação), apreciará o mérito.<sup>854</sup> Sobre o ‘decreto che dispone il giudizio’, assevera Conso que estabelecerá “una mera indicazione delle fonti di prova e dei fatti, ‘senza richiedere alcuna elaborazione critica’ degli stessi e si riallaccia ad una preoccupazione di fondo del legislatore: quella di preservare la neutralità del giudice, evitando il pregiudizio che deriverebbe da un procedimento motivato”<sup>855</sup>. De outro lado e sendo o caso de ‘sentenza de noun luogo procedere’, as linhas gerais serão as mesmas, mas a consequência implica o término da verificação, o que poderá ser revisto a requerimento da acusação, em caso de novas provas.<sup>856</sup>

Aberta a audiência ‘dibattimentali’, o que corresponde analogicamente à instrução e julgamento vigente no Brasil, os fundamentos à convicção do juiz serão edificados oralmente e após, promovidos debates entre as partes<sup>857</sup>. A sentença, presencial, deverá versar exclusivamente sobre o que foi produzido no ‘dibattimento’, até porque seria impossível usar os dados sigilosos e unilaterais arquivados junto à acusação, pois o juiz não os conhece. Não obstante, é importante asseverar que esse aspecto foi mitigado quanto às hipóteses de criminalidade organizada e terrorismo, situações que têm transmudado as concepções clássicas das ciências criminais de prevenção para repressão - não apenas na Itália, mas também no mundo.

A respeito, Orlandi assevera que as alterações, ainda que pontuais, devem ser analisadas com reservas, principalmente no que tange ao enfraquecimento da proteção de direitos individuais, um importante instrumento à limitação do arbítrio estatal<sup>858</sup>. Assim, e por mais que aparentemente sejam justificáveis, as ‘exceções’ descerram as balizas mínimas ao

---

<sup>853</sup> CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ibidem, p. 916.

<sup>854</sup> CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedua Penale**. Op. cit., p. 588.

<sup>855</sup> CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedua Penale**. Ibidem, p. 588.

<sup>856</sup> CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedua Penale**. Ibidem, p. 581.

<sup>857</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Op. cit., p. 254.

<sup>858</sup> ORLANDI, Renzo. **Diritti individuali e processo penale nell’ Itália repubblicana**. Op. cit., p. 15.



exercício do poder, naturalizam a violência ‘em algumas situações’, mas apresentam um sério efeito colateral geral, que permite a permeabilidade de conceitos jurídicos basilares.<sup>859</sup>

Ademais e ainda no que tange ao aspecto procedimental, os atos preliminares investigativos, a depender do conteúdo neles disposto, conduzirão à adoção do procedimento ordinário ou especiais. Nesse sentido, o que foi aqui apresentado sobre a ‘udienza dibattimentali’ corresponde a um resumo bastante simplificado do que é o procedimento básico, ordinarizado. Em outras palavras, todos os argumentos são desenvolvidos oralmente (em um ou dois atos), seguidos de debate e sentença. Entretanto, outras opções tendentes à aceleração e encolhimento procedimental são previstas, em uma espécie de definição da controvérsia ainda na primeira fase, o que pode ocorrer com ou sem ‘udienza preliminari’, a exemplo do ‘giudizio abbreviato’, ‘applicazione della pena su richiesta delle parti’ e procedimento monitorio ‘per decreto penale’. Além deles, há também a possibilidade de transposição retilínea das ‘indagini preliminari’ para os debates judiciais, por meio do ‘giudizio diretissimo’ e ‘giudizio immediato’.<sup>860</sup>

Em relação ao ‘giudizio abbreviato’, ocorre mediante requerimento do acusado dirigido ao juiz da audiência preliminar, antes ou durante o ato. Profere-se então decisão de mérito com base nos elementos indiciários que não poderão ser contraditados ou acrescidos pela defesa. Contudo, a medida pressupõe redução da pena em um terço<sup>861</sup>. Já na ‘applicazione della pena su richiesta delle parti’ há um acordo entre a acusação e a defesa. Trata-se do ‘patteggiamento’<sup>862</sup>, instituto consensual muito semelhante ao ‘plea bargaining’ vigente no direito norte americano, mas distinto no que tange à contribuição jurisdicional. Assim, os

<sup>859</sup> Sobre o assunto ver BAUMAN, Zygmunt. **Archipiélago de excepciones**. Buenos Aires: Kaatz e Barcelona: CCCB, 2008 e também AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Op. cit., p. 90. Agamben desenvolve o raciocínio relacionada à sacralidade da vida que pode ser sintetizado na seguinte afirmação: “o homo sacer pertence ao Deus na forma da insuscetibilidade e é incluído na comunidade na forma de matabilidade. A vida insuscetível e, todavia, matável, é a vida sacra”. A respeito da relação entre vida sacra e política, o autor acrescenta que a conjunção expressa a “capacidade de construir a si e aos outros como vida matável e insuscetível”. Ibidem, p. 108.

<sup>860</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Op. cit., p. 255.

<sup>861</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Ibidem, p. 256.

<sup>862</sup> Para Capparelli e Vasconcelos, a aplicação deste instituto ao direito italiano apresentou problemas, “especialmente em razão do retrocesso inquisitivo ocasionado por sua prática”, já que não há processo, instrução probatória e contraditório, o que “acaba desvirtuando o modelo acusatório constitucionalmente traçado”. In: **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do ‘patteggiamento’ e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Op. cit., p. 444 e 447. De outro lado, o número de processos dispostos somente pelo ‘patteggiamento’ tem superado a expectativa inicial, sendo maior em delitos graves. In: ILLUMINATI, Giulio. **The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)**. **Washington University Global Studies Law Review**, vol. 4, p. 567-581, 2005. Disponível em [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=law\\_globalstudies](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=law_globalstudies). Acesso em 02 de abril de 2018.

envolvidos não dispõem de liberalidade absoluta, pois o juiz poderá recusar o pedido, modificá-lo e ainda determinar a absolvição.<sup>863</sup> Ademais, no procedimento monitório ‘per decreto penale’, ocorre julgamento antecipado requerido pelo ministério público à aplicação de sanção pecuniária ou substitutiva de uma pena de privação de liberdade. É importante ressaltar que apenas será possível nas hipóteses em que tais modalidades punitivas estão previstas nos tipos penais respectivos, sendo admissível oposição da defesa à determinação.<sup>864</sup> Os procedimentos ‘direttissimo’ e ‘immediato’, por sua vez, não objetivam eliminar a etapa de debates, mas a antecipam, subtraindo a audiência preliminar e remetendo diretamente o caso à apreciação do juízo instrutório/decisório. A primeira hipótese é cabível nas situações de prisão em flagrante e confissão, já a segunda refere-se à ‘prova evidente’ e pode ser requerida por qualquer das partes.<sup>865</sup>

Em síntese, o processo penal italiano é composto por duas etapas nem sempre obrigatórias. A investigação preliminar, a cargo do ministério público, pode ser caracterizada pelo sigilo e, a despeito de supervisão judicial, não detém conteúdo probatório, bem como não integra a fase de debates. Já a argumentação jurisdicional e sentença pressupõem democracia processual, prevalecendo a oralidade, além da condução por autoridade diversa da que atuou no estágio indiciário. Contudo, tanto a verificação inicial acusatória quanto a de contraditório judicial podem ser dispensadas. O primeiro caso, em situações de flagrante delito, confissão ou prova evidente<sup>866</sup>; o segundo por opção das partes — impulsionadas por acordo, causa especial de redução de pena, ou ainda determinação de sanção pecuniária. Ademais, Capparelli e Vasconcellos alertam à inclusão recente de uma nova alternativa procedimental, concernente à “suspensão do processo condicionada à prova (‘sospensione del procedimento com messa alla prova’)”<sup>867</sup>, aplicada a infrações de cunho patrimonial ou não superior a quatro anos.<sup>868</sup>

<sup>863</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do ‘patteggiamento’ e das alternativas procedimentais na justiça criminal.** Idem, *Ibidem*, p. 447.

<sup>864</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais:** Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Op. cit., p. 256.

<sup>865</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais:** Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Op. cit., p. 255.

<sup>866</sup> Reporta-se, à respeito, aos estudos de Cunha Martins, expostos no capítulo anterior.

<sup>867</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do ‘patteggiamento’ e das alternativas procedimentais na justiça criminal.** Op. cit., p. 444. Referem ainda os autores que o mecanismo foi instituído em 2014 e é congênere à suspensão condicional do processo prevista no Brasil (art. 89, lei n. 9099/95). Ademais, conforme se verifica da leitura conjunta dos arts. 464-bis a 464-novies, a expressão ‘prova’ se refere ao cumprimento de determinadas condições como o desenvolvimento de atividades de importância social.

<sup>868</sup> Em 2015 houve também outra inclusão legislativa (art. 131-bis) que prevê o arquivamento de investigações de infrações em que a pena máxima de privação de liberdade não seja excendente a cinco anos.

De qualquer forma, algumas conclusões importantes podem ser extraídas da transição inquisitorial-acusatorial que o processo penal italiano realizou há aproximadamente 30 anos a qual consistia de uma manifestação plural construída ao longo de várias décadas. Não obstante, foi insuficiente para obstar a crise que decorreu da ruptura paradigmática – na medida do que dispõe o pensamento kuhniiano, já analisado. Muito disso pode ser explicado pelo elemento cultural que está arraigado às perspectivas arbitrárias. Trata-se, como já se consignou, de vínculos de poder manifestados para além das relações jurídicas. Assim, cabe recordar que o direito é também demonstração de força e, especificamente no que tange às ciências criminais, exerce um domínio silencioso, tão latente que dificulta sua identificação como tal. Por conseguinte, a criminologia refere-se à seletividade e à ‘ilusão de segurança’ como grandes obstáculos ao novo.

De outro lado e apesar do infundável caminho à democracia processual, é importante ressaltar que parte dele já foi percorrido pela persecução penal italiana, principalmente no que tange à separação de funções e à oralidade. Daí que a cisão entre o juiz para a investigação, instrução e decisão é um ponto a evidenciar especialmente no que se refere a melhores condições à imparcialidade. Existem problemas, certamente, aliás, também eles são inerentes ao ambiente democrático, mas a questão é que o primeiro passo em oposição à arbitrariedade inquisitorial já foi dado.

### 3.3 A democracia processual penal e a reforma chilena

As discussões sobre a reforma do sistema de justiça criminal no Chile foram empreendidas após o período de reabertura política. Cabe ressaltar que o país foi submetido a um regime ditatorial iniciado em 1973 com a deposição de Salvador Allende, e que se estendeu até o limiar da década de 1990, quando foram realizadas eleições democráticas.<sup>869</sup> Duce refere que o debate procedimental chileno foi posterior ao ocorrido em vários países da América Latina, a exemplo de El Salvador e Guatemala<sup>870</sup>. Para tanto, estabelece ainda que

---

<sup>869</sup> GARRETÓN M., Manuel Antônio. A redemocratização no Chile: transição, inauguração e evolução. **Lua Nova**: Revista de cultura e política, São Paulo, n. 27, p. 59-92, dez. 1992.

<sup>870</sup> A respeito, afirmam González, Prado e Gotinski, que “o abandono do sistema inquisitorial e sua substituição por um modelo acusatório constitui a peça central da reforma da justiça criminal ao longo dos últimos 25 anos na América Latina. Esse movimento [...] se instalou com força na região desde o início da década de 1990, com a sanção de vários códigos acusatórios orais. In: GONZALÉZ, Leonardo; PRADO, Geraldo; GOSTINSKI, Aline. Prefácio. In: BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Op. cit., p. 5.

“en Chile, al igual que en la mayoría de los países de la región, la transformación en materia procesal penal se encuentra estrechamente ligada, al menos desde un punto de vista temporal, al proceso de recuperación democrática, a partir de la década de los ochenta”<sup>871</sup>.

Assim, a apresentação ao congresso nacional chileno do projeto de novo código de processo penal aconteceu em 1995, mas segundo Duce, a discussão acadêmica e nas organizações da sociedade civil começou anteriormente, já que “este hecho constituye un hito de un trabajo mucho más largo y complejo de varias instituciones y personas, iniciado a principios de la década, que encontró terreno fértil para desarrollar el proyecto a partir del gobierno de Eduardo Frei”<sup>872</sup>. Acerca do movimento que impulsionou as alterações legislativas, assevera ainda o autor:

Un conjunto de personas que trabajaban en diversas organizaciones no gubernamentales, institutos académicos y universidades desarrollaron, algunos años antes de la adopción oficial del proyecto por parte del Ministerio de Justicia, un intenso trabajo orientado a producir información teórica básica para la discusión pública de estos temas y afinar los diagnósticos y consensos necesarios que permitieran hacer viable - tanto desde una perspectiva técnica como política - el impulso de una reforma de carácter estructural al sistema de justicia criminal. Este trabajo no fue producto del azar; respondió a una estrategia y planificación orientada a poner en el debate público la necesidad de reformar radicalmente el sistema de justicia criminal e involucrar en ese debate a actores importantes de las políticas públicas en el área: autoridades de gobierno, legisladores, académicos, operadores del sistema judicial, abogados relevantes, etc. [...] No todos los pasos del proceso fueron objeto de un plan maestro inicial, sino que fueron más bien producto de avances logrados en las diversas etapas de trabajo, que permitieron a lo largo del tiempo consolidar una alianza estratégica entre distintas instituciones que se asociaron para lograr el cambio del sistema de justicia criminal chileno.<sup>873</sup>

<sup>871</sup> DUCE J., Mauricio. La reforma procesal penal chilena: gestación y estado de avance de un proceso de transformación en marcha. In: PÁSARA, Luis (Org.). **En busca de una justicia distinta**: experiencias de reforma en América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 195-248, p. 197. Ademais, e com base da observação do autor é possível relacionar a sistemática de transformação jurídica à justiça de transição, algo que normalmente ocorre em termos de reformulação governamental, mas que também provoca uma profunda reflexão prospectiva acerca de eventos despóticos e de infração aos direitos humanos marcadamente presentes em regimes ditatoriais. Para Silva Filho, é comum que as ações transicionais sejam divididas em quatro dimensões que podem ser sintetizadas por memória, reparação, reforma e sancionamento. No Brasil, apenas as duas primeiras vertentes transicionais tiveram lugar, tendo ocorrido uma transposição incompleta. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional. Op. cit., p. 237.

<sup>872</sup> DUCE J., Mauricio. **La reforma procesal penal chilena**: gestación y estado de avance de un proceso de transformación en marcha. Idem, ibidem, p. 197. Neste sentido, o autor refere um pronunciamento do chefe do executivo há época, a respeito dos objetivos governamentais: “reformular profundamente nuestro procedimiento penal, de modo que agilice la resolución de los conflictos y que permita el contacto directo entre el juez y las partes que solicitan justicia. También se requiere separar la función investigadora - que deberá confiarse al Ministerio Público - de la sentenciadora, que en esencia corresponde al juez. Ello a fin de cautelar debidamente las garantías procesales propias de un Estado democrático, lograr la sanción de los delincuentes, el amparo de las víctimas y otorgar seguridad a la ciudadanía”. Ibidem, p. 198.

<sup>873</sup> DUCE J., Mauricio. **La reforma procesal penal chilena**: gestación y estado de avance de un proceso de transformación en marcha. Ibidem, p. 200.

Duce também relata que a primeira atividade em que se discutiu abertamente a necessidade de transformação do sistema processual penal chileno foi em um seminário internacional organizado pela Corporação de Promoção Universitária, uma organização acadêmica não governamental ocorrido em 1992. Estiveram presentes na oportunidade os professores argentinos Julio Maier e Alberto Binder, ocasião em que aconteceu a apresentação de um diagnóstico crítico acerca da inquisitorialidade no país, efetuado pelo professor Cristián Riego, posteriormente convertido em uma publicação científica de bastante expressividade. O encontro foi pequeno, tendo reunido cerca de 60 pessoas, mas bastante para que a questão fosse transposta à sociedade civil.<sup>874</sup>

Em consequência, o debate ocorreu em vários âmbitos e se estendeu do espaço discente até inúmeras organizações não governamentais. Um exemplo desse processo singular corresponde à obra de 1997, realizada conjuntamente entre o ministério da justiça chileno, a Fundacion Paz Ciudadana, e a Corporacion de Promocion Universitaria, já referida. O texto avaliou os custos econômicos dos sistemas inquisitivo (na época ainda vigente) e o modelo acusatório proposto.<sup>875</sup> Para Suárez, foram inclusive as duas instituições citadas as responsáveis pela difusão da controvérsia à sociedade civil.<sup>876</sup>

Em consequência, as alterações não se resumiram ao aspecto legislativo formal, ao contrário, incluíram a criação de novas instituições, como o ministério público<sup>877</sup> e a defensoria pública. Em termos normativos, foi abrangido um conjunto de iniciativas legais, totalmente aprovado somente em 2002 (a nova codificação processual penal foi admitida em 2000, mas houve normatizações complementares). Nesse contexto, a reforma foi implementada gradualmente, com base em definição de regiões e da instalação

---

<sup>874</sup> DUCE J., Mauricio. Diez años de reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos In: SERRANO, Felipe Bulnes, et al. **A 10 años de la reforma procesal penal: los desafíos del nuevo sistema**. Santiago: Ministerio de Justicia, 2010, p. 195.

<sup>875</sup> O texto foi assinado por três economistas e efetuou uma profunda análise econômica financeira que tinha como objetivo, além de demonstrar a viabilidade da proposta, sensibilizar núcleos parlamentares e sociais ainda reticentes. In: VALDIVIESO, Carlos; WAGNER, Gert; FONTAINE, Ernesto. **Reforma procesal penal: analisis costo-beneficio**. Santiago, 1996. Disponível em [http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/1996/01/m252-rpp\\_analisis\\_costo\\_beneficio.pdf](http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/1996/01/m252-rpp_analisis_costo_beneficio.pdf). Acesso em: 10 de abril de 2018.

<sup>876</sup> SUÁREZ, Javiera Blanco. Aportes desde la sociedad civil al proceso de cambio en el sistema de enjuiciamiento criminal chileno. In: SERRANO, Felipe Bulnes, et al. **A 10 años de la reforma procesal penal: los desafíos del nuevo sistema**. Santiago: Ministerio de Justicia, 2010, p. 161.

<sup>877</sup> Estabelece a constituição chilena com redação conferida pela emenda n 36: “Artículo 83. Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”. In: CHILE. **Constitución política de la Republica de Chile**. Santiago, 1980. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 17 de março de 2018.

correspondente em quatro etapas. Isso somente foi possível em razão da constitucionalização da matéria por uma emenda constitucional (n. 36)<sup>878</sup> e da regulamentação respectiva na lei orgânica do ministério público, órgão que foi também responsável pela coordenação das atividades executórias. Assim, em um espaço de cinco anos, o Chile foi sendo envolvido operacionalmente pelas mudanças, sendo a região metropolitana da capital Santiago a última atingida, já as províncias de Araucaina e Coquimbo, as primeiras.<sup>879</sup> No período, paralelamente à estruturação física, foram qualificados juízes, promotores, defensores e funcionários.<sup>880</sup>

Em síntese, as modificações ao processo penal chileno foram substanciais, em termos comparativos, dilatadamente maiores do que as mudanças operadas na Itália. Isto, porém, se referiu muito mais à realidade política de cada país do que às modificações propriamente ditas. Assim sendo, é importante salientar que o Chile efetuou a transposição entre os modelos inquisitivo e acusatório no período de transição democrática, o que pode ter favorecido o debate. Ademais, possivelmente a configuração ditatorial imediatamente anterior, fez com que as alterações processuais significassem a inserção tardia no país, do ministério e da defensoria públicos — outro provável aspecto relativamente positivo, dado que as referidas instituições surgiram em razão do novo sistema de justiça penal.

Entretanto e considerando o quadro brasileiro, tais observações não são animadoras, já que o país igualmente passou por uma reabertura democrática, criou o ministério público e ainda apresenta dificuldades na consolidação da defensoria, além, claro, do modelo processual inquisitivo situado no contexto de uma constituição democrática. Ao aludir o caso brasileiro (junto aos do México, Panamá, e Colômbia), Binder sustenta que “nestes países, é imperativo que se aprenda com a experiência dos outros e que se assuma como inevitável o custo da

---

<sup>878</sup> Sobre a atuação setorizada, por regiões, expõe o artigo 86, cuja redação também foi definida pela emenda constitucional n. 36: “Artículo 86. Existirá un Fiscal Regional en cada una de las regiones en que se divida administrativamente el país, a menos que la población o la extensión geográfica de la región hagan necesario nombrar más de uno. Los fiscales regionales serán nombrados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva región.” In: CHILE. **Constitución política de la Republica de Chile**. Santiago, 1980. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 17 de março de 1918.

<sup>879</sup> DUCE J., Mauricio. **Diez años de reforma procesal penal en Chile**: apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos. Op. cit., p. 195. Assevera o autor que o processo de instalação gradativa provocou discussões acerca da isonomia entre as regiões, e principalmente quanto à igualdade de direitos dos acusados em ações que tramitavam dentro e fora do espaço territorial do novo procedimento. A suprema corte chilena, entretanto, avaliou a matéria e declarou a inexistência de vícios pois a sistemática gradual fora definida constitucionalmente (ao prever as regiões) e regulamentada por lei (especificamente a lei orgânica do ministério público).

<sup>880</sup> A capacitação dos atores jurisdicionais foi realizada tanto no sentido da demonstração da mudança dos valores do sistema, quanto com base na simulação de audiências. A respeito ver RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio. La Capacitación Interinstitucional en la Reforma a la Justicia Criminal en Chile. **Revista Sistemas Judiciales**, Buenos Aires, n. 1, p. 67-93, 2001.

transformação. Ninguém mudará cinco séculos de sistema inquisitorial sem uma grande batalha e uma época de traumas”.<sup>881</sup> Em consequência, o autor ainda assevera que “deixar para trás definitivamente o modelo inquisitorial e seus serviços ao poder concentrado será uma tarefa do século XXI”<sup>882</sup>.

De qualquer forma e voltando a uma análise bastante geral sobre as modificações procedimentais chilenas, importante frisar que toda a dinâmica da persecução penal é composta por dois órgãos judiciais distintos, o juízo de garantias e o tribunal oral. As investigações preliminares são promovidas pelo ministério público com auxílio da polícia de ‘investigaciones’ (carabineros), e os autos respectivos não acompanham as peças enviadas a juízo. Em consequência, a ação criminal detém basicamente três etapas, a primeira é a fase investigativa (autônoma), realizada pela acusação mas supervisionada pelo juiz de garantias que é singular. A denúncia e a indicação das provas que as partes desejam produzir no juízo oral também são requeridas ao mesmo magistrado, que é ainda competente para receber a defesa escrita. Porém, afirma Lennon que “el control de la acusación esmeramente formal y no sobre su mérito”<sup>883</sup>. A partir deste ato, tem início a segunda fase, de julgamento, que é caracterizada pela oralidade. O diferencial, em contraposição ao modelo italiano, é que a decisão é colegiada, proferida por três juízes que, em conjunto, avaliam as provas produzidas em audiência.<sup>884</sup>

Não obstante, existem filtros à remessa da ação ao juízo oral, são basicamente “mecanismos de celeridad y simplificación al procedimiento em atención a la ausencia de gravedad de los hechos imputados”<sup>885</sup> e estão relacionados à suspensão condicional, simplificação procedimental ou a acordos preparatórios. Tocante a esta última hipótese, a reforma chilena previu o modelo abreviado, análogo ao italiano, mas aplicável somente mediante requisição do ministério público e com concordância da parte adversa. Consiste na decisão de mérito proferida pelo juiz de garantias, com base em elementos obtidos durante as

---

<sup>881</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Op. cit., p. 25. Complementa o autor que muitos dos países que já efetuaram reformas processuais penais alteraram apenas a roupagem, mas seguem aplicando as velhas práticas da inquisição ou no máximo desencadeando mudanças parciais. Idem, p. 25.

<sup>882</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Ibidem, p. 26.

<sup>883</sup> LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 2004, p. 15 e 20-23.

<sup>884</sup> LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Ibidem, p. 235 e 255.

<sup>885</sup> LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Ibidem, p. 459. Estabelecem também os autores que “la contemplación de procedimientos expeditos para juzgadelitos poco complejos y graves ha encontrado su fundamentode legitimidad en el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. Si los hechos no son complejos, pareciera excesiva la realización delprocedimiento ordinario”. Ibidem, p. 460.

investigações, não abertos ao questionamento dos envolvidos. O procedimento simplificado, por sua vez, é cabível às ‘faltas’, infrações menos graves como contravenções e delitos leves cujas sanções de privação de liberdade não excedam 540 dias – também consubstancia sentença pelo julgador singular. No que tange à suspensão condicional é muito semelhante a que vigora no Brasil e na Itália. No Chile, porém, será admissível nas hipóteses em que a pena detentiva seja igual ou inferior a três anos, sujeita a determinadas condições (como não reincidência e período de prova).<sup>886</sup>

A respeito das configurações processuais penais inerentes a tais metodologias, Binder afirma que não há problema em impedir que todos os casos sejam levados ao julgamento oral, mas sustenta: “a questão é que enquanto um sistema processual não estabeleça este método de julgamento e assegure [...] que um imputado poderá sempre garantir que será julgado de tal maneira antes que lhe imponham uma condenação, não podemos nem sequer considerar este sistema processual como admissível”<sup>887</sup>.

Entretanto, é importante registrar que a oralidade presente não só no sistema chileno, mas também em vários outros atualmente em vigor (como o italiano), pode exprimir importantes vicissitudes. Para Fenoll “la oralidad no está exenta en absoluto de problemas. Lo que esencialmente acostumbra a provocar es precipitación y superficialidad”<sup>888</sup>. Nesse sentido, o autor atribui à atual exaltação quase que absoluta dos instrumentos orais como uma reação a séculos de metodologias escritas e burocratizadas. A respeito, Fenoll alerta que os procedimentos orais também podem ser secretos “de ‘iure’ cuando se celebran a puerta cerrada, o de facto, cuando simplemente nadie está interesado en acudir a las vistas, o quien acude no entiende absolutamente nada, que es lo que suele suceder”<sup>889</sup>. As observações do autor, entretanto e ao que tudo indica, estão mais afetas à aplicabilidade do instituto do que a sua natureza substancial. São então, vícios decorrentes de culturas jurídicas apenas

---

<sup>886</sup> LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Ibidem, p. 462 e 516. Os autores estabelecem uma importante ressalva ao procedimento abreviado, que são os casos criminais com resultado morte. Além dessas hipóteses, os crimes submetidos a ações privadas também não são remetidos ao juízo oral e são de competência do juiz de garantias.

<sup>887</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Op. cit., p. 31.

<sup>888</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set./dez. 2010, p. 237.

<sup>889</sup> FENOLL, Jordi Nieva. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do RS**. Op. cit., p. 238. No mesmo sentido, o autor refere que “Se prescinde también del hecho de que los procedimientos orales muchas veces son dispersos, cuando la vista dura varias sesiones, y el tribunal no puede celebrar dichas vistas en días seguidos, [...] un procedimiento no goza auténticamente de la inmediatez si los jueces no prestan completa atención en las vistas (lo que es imposible cuando se realizan sesiones maratónicas). Y tampoco existe auténtica inmediatez si a la hora de dictar sentencia, los jueces no vuelven a repasar la grabación de la vista si existe algún detalle que no recuerdan.”



pretensamente democráticas, até porque superficialidade e irreflexão são condutas subjetivas, mas que realmente podem caracterizar uma prática comum, generalizada.

Contudo, a advertência de Fenoll é útil ao aduzir que a oralidade formal não é suficiente, sendo necessário que os atores processuais compreendam o que representa em termos da função jurisdicional igualitária e imparcial. Daí que dois aspectos despontam do confronto entre as alterações ocorridas no Chile e na Itália: tratam-se do julgamento oral plural — possibilitador de um sistema de freios e contrapesos já em primeiro grau, bem como a exigência de apresentação preliminar de defesa escrita — permissiva da exploração mais detida do conflito durante o ato presencial. Em outras palavras, o sistema não precisa ser integralmente oral<sup>890</sup>, nem apreciar todas as questões, basta que expresse, sempre, opções protetivas ao humano.

### 3.4 A situação brasileira: entre inquisitorialidade, imparcialidade e as indispensáveis reformas processuais

Já se enunciou neste trabalho que o pensamento jurídico vigente no Brasil é extremamente contraditório, produto que foi de uma trajetória política e social autoritária. Segundo Wolkmer, tal aspecto marcou profundamente o panorama normativo do país, consoante ao que foi descrito no capítulo I desta pesquisa.<sup>891</sup> Em termos processuais penais, a

---

<sup>890</sup> Para Duce, “the introduction of oral proceedings is a symbolic aspect of the regional reform program as it represents abandonment of the backbone of the prior inquisitorial system: its secret character. That’s why an important part of reform debate was identified with the slogan “oralidad” which means the idea of creating oral procedures. At this point explanation of the conceptual scope of that reform is appropriate. The introduction of oral processes represented a fundamental change in system decision making methodology. Inquisitorial procedure methodology was based on compilation of written information on which the judge bases decisions, [...] Because of this, development of the file was the core of a criminal tribunal’s work and the principle focus of the work performed by judges and judicial bureaucrats. The litigants, for their part, were limited to working with the information accumulated in the file and worked to assure that it best reflected their version of the case. Consequently, the omnipresence of the file in the process created a litigation culture better associated with bureaucratic and administrative proceedings than with the popular imagery of legal work performed by attorneys”. In: DUCE J., Mauricio. **Criminal Justice Reform in Latin America**: a panoramic and comparative perspective examining it’s development, contents, results and challenges. Working papers. Expansiva UDP - Public Policy Institute, Universidad Diego Portales, Santiago, 2009, p. 13-14.

<sup>891</sup> Para o autor, “a partir da compreensão de que toda criação jurídica reproduz determinado tipo de relações sociais envolvendo necessidades, produção e distribuição, torna-se natural perceber a cultura jurídica brasileira como materialização das condições histórico-políticas e das contradições sócio-econômicas, trazidas, sobretudo, pela hegemonia das oligarquias agroexportadoras ligadas aos interesses externos e adequadas do individualismo liberal, do elitismo colonizador e da legalidade lógico-formal”. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. Op. cit., p. 89. Em um sentido transcendente ao jurídico, o quadro pode ser verificado em HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil** [1936]. 26ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 1995; FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime patriarcal [1933]. 48ª edição, São Paulo: Global, 2003; FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**

legislação atual está fundada em uma codificação de 1941, inspirada na legislação italiana antecedente, mais especificamente no código Rocco.<sup>892</sup> Nesses termos, as regras brasileiras estabelecem os procedimentos ordinário e especial cujas diretrizes foram alteradas no decorrer dos anos. Não obstante, a essência legislativa permanece, sendo que a fase investigatória, realizada sob a presidência da autoridade policial, é destituída de contraditório cruzado<sup>893</sup> e, apesar de servir apenas como elemento informativo ao oferecimento da exordial, integra os autos da ação penal. A respeito, a utilização dos dados contidos no inquérito pelo juiz, embora também mitigada por modificações posteriores à regra original, é ainda permitida. Dessa maneira, somente veda-se ao julgador a fundamentação ‘exclusiva’ em tais parâmetros. Outra característica mantida pela lei processual refere-se ao poder instrutório do magistrado, que pode determinar a produção de provas antes mesmo de proposta a ação penal, bem como estipular, a qualquer tempo, diligência ao esclarecimento de dúvidas.

Em retrospectiva, este trabalho evidenciou que o apego ao impulso oficial e a utilização de elementos unilaterais possuem uma origem comum: a arcaica busca pela verdade. Importante recordar que o total esclarecimento dos fatos é quimérico, até porque o processo de reconstituição processual traduz dados históricos, sujeitos à avaliação distintiva dos envolvidos. Em consequência, a relatividade da verdade não deveria superar a limitação do poder de punir estatal que é resguardada pela proteção de direitos. Ou, em outras palavras, como a arbitrariedade se manifesta por inúmeros instrumentos oficiais e clandestinos (inclusive criminais), as garantias processuais penais existem a fim de impedir a interferência excessiva e injustificada na vida dos indivíduos, o que é maior do que a resolução de qualquer caso concreto.

Particularmente no que tange à imparcialidade, esta pesquisa também demonstrou o quanto são insuficientes, no Brasil, as hipóteses legais de recusa do juiz por impedimento ou

---

[1958]. 5ª edição. São Paulo: Globo, 2012; PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo** [1942], 6ª edição, São Paulo: Editora Brasiliense, 1961.

<sup>892</sup> A referência italiana consta inclusive da exposição de motivos respectiva, publicada no Diário Oficial da União de 1941: “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’.” In: CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do código de processo penal. In: CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Código 3 em 1 Saraiva** – Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 223.

<sup>893</sup> Recentemente, a Lei n. Lei 13.245/16 alterou o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) estabelecendo maior observação da defesa ao inquérito, na mesma linha da súmula vinculante quatorze expedida pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, as modificações não estabelecem contraditório cruzado bem como não definem o procedimento a ser adotado para a competente operacionalização.

suspeição. Verificou-se, inclusive, como o restritivo e insuficiente entendimento da suprema corte agrava a questão, já que, além de incompatível com todo o bloco de constitucionalidade (consubstanciado pela própria lei fundamental, princípios, regime e pelos tratados internacionais ratificados pelo país), consegue ser mais conservador que o posicionamento de tribunais supranacionais. Ou seja, o Brasil não assegura o mínimo quando exposto à análise comparativa. Em consequência, a ausência de previsões legislativas e jurisprudenciais mais amplas não apenas consubstanciam, como também reproduzem uma compreensão equivocada sobre a relevância de efetivas condições à imparcialidade em termos da legitimidade da jurisdição.

Referido paradoxo tornou-se gradativamente maior com a contínua e incompreensível coexistência entre a lei ordinária inquisitorial e a constituição democrática vigente desde o final da década de 1980. Ocorre que ao estabelecer uma rede de regras e princípios inerentes ao processo penal acusatório, com a consolidação do ministério público como exclusivo autor da ação penal, a previsão do contraditório, da ampla defesa, do devido processo e da garantia à presunção de inocência, a constituição brasileira revelou um sistema de valores que deveria orientar o processo penal. No mais, ao dispor sobre o contraditório e o dever de fundamentação das decisões, o legislador constitucional consolidou a figura do juiz como terceiro equidistante à atuação e ao interesse das partes.<sup>894</sup>

Então, e em decorrência de interpretação sistemática da constituição, o dever e o direito à imparcialidade baseiam a vedação ao poder instrutório do julgador, mas a postura legiferante inferior insiste em mantê-lo. Afinal, a conduta ativa da jurisdição no processo, além de desequilibrar a distribuição das cargas probatórias, infringe a isonomia e a paridade de armas. Em complemento, a possibilidade de prova judicial revela um profundo desejo à condenação, pois, ao contrário, é regra jurídica básica a que preconiza a absolvição em caso de dúvidas. Para Fenoll, a opção por qualquer dessas posturas (absolver ou produzir provas adicionais) significa, respectivamente, respeitar ou olvidar o estado de inocência, “una obligación legal – en no pocas ocasiones constitucional incluso”. Por isso, segundo o autor, trata-se de um comportamento judicial pré-estabelecido, “una garantía de acierto de la

---

<sup>894</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Op. cit., p. 465-466, estabelece que: “para dirimir uma controvérsia, escreveu Hobbes, ‘acontece de uma e outra parte se submeterem ao juízo de uma terceira pessoa’. Esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional. É necessário, em primeiro lugar, que o juiz não tenha qualquer interesse privado ou pessoal na solução da causa: ‘ninguém pode ser juiz ou árbitro da própria causa’ e, portanto – são ainda palavras de Hobbes – ‘não ser juiz a pessoa à qual favoreça maior esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra’.

judicición, haciendo posible que el juez luche contra los condicionantes sociológicos que tenemos los seres humanos en torno a la culpabilidad, y que también le afetan a él<sup>895</sup>.

O tendencionamento parcial, de outro lado, pode também estar vinculado à falta de originalidade de cognição, algo que a análise interdisciplinar antes efetuada explica de maneira satisfatória. Recapitule-se: a mente humana configura um complexo de ligações subjetivas transcendentais ao declaradamente pretendido pelo indivíduo e, eventualmente, imperceptíveis ao próprio sujeito. Trata-se de processos inconscientes e ocasionalmente equivocados como as heurísticas e dissonâncias. Em síntese, que é perigoso permitir o acesso a informações unilaterais, porque o cérebro humano pode deduzi-las como verdadeiras, selecionando apenas os argumentos subsequentes compatíveis. De qualquer forma, alerta Ferrajoli para o óbice psicológico à efetividade da imparcialidade “por mais que se esforce para ser objetivo, [o juiz] está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos”<sup>896</sup>. O problema da imparcialidade, então, é complexo e requer verificação muito mais profunda do que a realizada pelo legislador positivo brasileiro ou ainda pela cúpula do judiciário nacional.

Existem daí, dois aspectos a considerar: o primeiro é o dever de coerência democrática, atentando-se para elementos assegurados não apenas constitucionalmente, mas também pelo sistema supranacional de proteção aos seres humanos. O segundo, representa a possibilidade de o julgador corresponder de forma satisfatória a tais postulados, considerando suas predileções pessoais, crenças e ideologias. Disso decorre tanto a necessidade de ampliação dos parâmetros nacionais à imparcialidade (normativos, interpretativos e culturais), quanto provém a indispensabilidade da reflexão acerca do controle da atividade judicante, algo que, entretanto, deve ser efetuado sem lesão à independência e autonomia. Assim, a dinâmica de subsunção decisória apresenta um conteúdo subjetivo, advindo daquele que emite o provimento, bem como é produto da composição das regras jurídicas respectivas. Os assuntos não deixam de estar interligados, formando um complexo de postulados igualmente preponderantes, mas opacos.

Dessa forma, o condicionamento do juiz não é apenas difícil e impreciso, como representaria um grande retrocesso. Não obstante, é igualmente indevido o menosprezo pelo direito a um julgamento equilibrado e sem favorecimentos. Assim, sendo improvável a

---

<sup>895</sup> FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Op. cit., p. 89.

<sup>896</sup> FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão**. Op. cit., p. 46.

compatibilização material de imparcialidade com o poder decisório independente, a alternativa possível pode ser oferecida processualmente, com base na definição de procedimentos que viabilizem um sistema de freios e contrapesos. Ou seja, se não é possível e nem desejável o controle intrínseco do juiz, que seja factível o aumento das condições externas à imparcialidade, algo em que a análise dos sistemas de direito comparado chileno e italiano podem auxiliar. Em outras palavras: a reforma processual brasileira é urgente e continua pendente, mostrando-se inconcebíveis a instrução probatória oficial e o respaldo a elementos unilaterais na formação do convencimento (ainda que de forma inconsciente).

Outrossim, o fundamento às mutações democráticas futuras não reside apenas na transposição dos modelos inquisitorial ao acusatorial, já que também se estende à legitimidade da jurisdição. Por isso, deve ser chamado ao debate a imparcialidade, um elemento, complementar ao primeiro (inquisitório/acusatório), mas que não tem recebido a importância que verdadeiramente possui. Eis que se chega ao ponto nevrálgico desta tese: se o processo penal constitui fonte de garantia e exequibilidade de princípios jurisdicionais como contraditório, ampla defesa e devido processo, que o seja também para consubstanciar o dever e o direito a um julgamento equilibrado.<sup>897</sup>

#### 3.4.1 Procedimento: o caminho das melhores condições à imparcialidade

Como visto, a imparcialidade constitui tarefa difícil e encontra dificuldades ocasionalmente intransponíveis. Todavia, abandoná-la significa desabrigar a jurisdição, o que também não constitui uma opção viável. O procedimento, entretanto, tem albergado uma série de princípios inerentes à atividade jurisdicional e pode oferecer instrumentos para maior controle subjetivo da decisão, sem contudo interferir na independência e autonomia do juiz. Nesse contexto, o Brasil tem-se arrastado quanto à observância do processo penal democrático, podendo-se definir a primordialidade de três ordens de mudanças, correspondentes, respectivamente a: iniciativas de curto, médio e longo prazo.

---

<sup>897</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Op. cit., p. 107. Para o autor: “a intensificação e coordenação das diversas responsabilidades não pode realizar-se isoladamente sem atender ao contexto estrutural e programático da decisão. Antes de mais nada, os limites da capacidade de crítica e estrutura do programa, portanto as condições de controle e as condições de decisão, tem de ser harmonizadas. As decisões que têm de ser aprofundadas no procedimento, devem ser programadas de tal forma que se possa certificar a crítica e a responsabilidade; doutra maneira não é possível alcançar um objetivo, temporal e social, dos problemas através do procedimento”.

Por isso, são urgentes algumas adequações como a realização de investigações preliminares exclusivamente pelo ministério público, tornando-as adstritas à execução e supervisão desse órgão. Além disso, importa que, conforme as metodologias chilena e italiana, há de se adotar também no Brasil o isolamento do inquérito mediante arquivamento dos autos em apartado, deixando-os totalmente inacessíveis ao julgador. Outro ponto que requer modificação imediata refere-se à instrução de ofício, dado que as provas precisam ser produzidas pelas partes, no âmbito dos respectivos argumentos. A lógica: separar funções a fim de diminuir as possibilidades de contaminação. Sugere-se também outra plausível alteração procedimental: o acréscimo, às atuais hipóteses de recusa dos julgadores por impedimento e suspeição, de cláusula aberta ao afastamento de juízes que tenham, antecipada e expressamente (ainda que de forma abstrata), manifestado posturas ideológicas, religiosas e políticas, contrárias às situações em julgamento.

Daí que se abrem as medidas subsequentes, não relacionadas a transformações legislativas mais simples, mas vinculadas à maneira como a jurisdição é prestada. Nesse sentido, uma vez mais os sistemas de investigação comparada estabelecem exemplos a seguir. Assim, ao passo que o modelo italiano preconiza sentença individual, a metodologia chilena alia o juízo oral aos julgamentos coletivos. A este respeito, as páginas antecedentes evidenciaram que no Chile tanto as fases instrutória quanto decisória pressupõe a verificação do processado por três juízes, cada qual, de modo independente. Conseqüentemente, uma alteração semelhante, no Brasil, redundaria em maior democracia processual, bem como poderia estabelecer o controle (pelos próprios pares) das situações de favorecimento às partes ou assunção de indevidos interesses pessoais. De qualquer forma, não se trata de uma medida descomplicada, razão pela qual esta pesquisa vai analisá-la mais detidamente à frente.

Já o terceiro estágio de transformações refere-se à modificação da cultura jurídica, uma vez que o pensamento autoritário que ainda prevalece no país é um dos grandes responsáveis pela inadequação dos institutos procedimentais ao modelo democrático de jurisdição. Sobre esse ponto, ressalta-se que a proposta não é linear ou evolutiva e, mesmo que as iniciativas tenham sido elencadas em termos de curto, médio e longo prazo, não detêm natureza cronológica, mas atinentes à complexidade substancial das medidas. Aliás, a metamorfose cultural necessita ser considerada também em simples alterações legais, porque são justamente os valores correspondentes que garantem a efetividade das proposições legiferantes. Isso denota duas premissas básicas: trata-se de um esforço permanente e que transcende ao aspecto formal.

Sendo assim, toda a fundamentação efetuada no primeiro capítulo referenda a tese de que o modelo positivista formal brasileiro deve ceder espaço a uma conotação de racionalidade ética, diferente da que é atualmente majoritária. Não se requer, com isso o abandono do paradigma racional, todavia a sua substituição por uma referência específica de razão, capaz de perceber na justiça a figura do outro, aspecto em que o pensamento levinasiano mostra-se relevante porque liga a essência do contraditório e da imparcialidade aos valores de igualdade, devido processo e proteção a valores como a dignidade, todos vinculados à essência da jurisdição. Ocorre que para isso, a imparcialidade precisa ser reforçada, já que é juiz um dos atores importantes à nova racionalidade que transcende à jurisdição, mas nela também deve estar presente.

Nesse sentido, as conclusões anteriores também demonstraram a inadequação do ensino jurídico, formalista e avalorativo, continuamente responsável pela alienação de boa parte dos profissionais que, em um círculo vicioso, seguem reproduzindo as lógicas autoritárias ou a indiferença científica. Como visto, a ‘crise do direito’ é também relativa ao que se faz nas universidades. Isto foi denunciado pelo pensamento waratiano<sup>898</sup>, mas não só<sup>899</sup>, e apesar da generalidade com que o assunto foi tratado por esta pesquisa (até porque o objetivo foi apenas argumentativo), é um tema tão relevante que poderia fundar, como já vem sendo feito, pesquisas e mais pesquisas acadêmicas.<sup>900</sup>

#### 3.4.2 As transformações possíveis e a respectiva avaliação ‘econômica’

Antes mesmo de iniciar a avaliação ‘econômica’ das mudanças propostas, mais especificamente no que tange ao segundo estágio delas, necessário estabelecer algumas premissas. A primeira refere-se ao fato de que os dados e indicadores apresentados são apenas

---

<sup>898</sup> Nesse sentido, sugere-se a leitura, além dos textos já referenciados, de WARAT, Luis Alberto. *Derecho al derecho*. In: MEZZARROBA, Orides, et al., (Orgs.). **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-60. Da mesma obra, ver também **A ciência jurídica e seus dois maridos**, p. 61-186, além de **Os quadrinhos puros do direito**, p. 563-583. Uma análise, porém, mais específica pode ser encontrada em WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

<sup>899</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Editora UnB, 1988.

<sup>900</sup> A respeito ver: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo**: indo além do senso comum. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 1992. Também: SENA, Jaqueline Santa Brígida. **O dogma da neutralidade na prestação jurisdicional**: uma abordagem jusfilosófica a partir do pensamento de Luiz Alberto Warat. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2010. No mesmo sentido: MINGHELLI, Marcelo. Crítica waratiana à teoria do direito: os mitos do ensino jurídico tradicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 36, p. 93-104, 2001.

demonstrativos e não há pretensão matemática ou estatística conclusiva, o que se justifica tanto pela conotação indireta que tais números detêm no contexto desta tese, quanto ao amplo aprofundamento teórico de que resultados mais categóricos necessitam. Neste caso, a conotação pretendida não é de vincular tais elementos ao ‘custo’ dos direitos<sup>901</sup>, na linha do que propõem Holmes e Sunstein<sup>902</sup> ou mesmo Posner<sup>903</sup>, ou relacioná-los à justiça, normas e a eficiência financeira. O objetivo, como já referido é apenas estabelecer parâmetros numéricos simples, semelhantes ao que foi feito no Chile<sup>904</sup>, conforme também já mencionado.

Sendo assim, uma fonte importante de pesquisa são os dados divulgados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão correcional da atividade judicante bem como destinado ao controle da atuação financeira correspondente. Segundo o CNJ, em 2016 as despesas totais do judiciário nacional representaram 1,4% do PIB - produto interno bruto, o que consubstanciou “2,5% dos gastos totais da União, estados, Distrito Federal e municípios”<sup>905</sup>. Em análise comparada, no mesmo período o PIB per capita da Itália superou em mais de três vezes ao do Brasil e transcendeu a duas vezes ao do Chile.<sup>906</sup> Entretanto, e em termos do total de gastos com serviços oficiais, a economia italiana destinou aproximadamente 1,3% (um vírgula três por cento) do que arrecadou com sistema de justiça,

---

<sup>901</sup>ALMEIDA, Fábio Portela. Resenha: Sunstein, Cass & Holmes, Stephen. The cost of rights: why liberty depends on taxes. **Revista Espaço Jurídico - Journal of Law**. Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 681-688, 2016. Para o autor, o argumento central da teoria do ‘custo dos direitos’ desenvolvida por Holmes e Sunstein “é o de que sempre há custos inerentes ao exercício de direitos. Esses custos não têm apenas natureza financeira, mas também decorrem de custos de oportunidade derivados da proteção de pretensões jurídicas que excluem outras. Quando o direito à propriedade de um latifúndio improdutivo é protegido, o acesso àquela terra é negado a invasores que pretendiam cultivá-la. Para proteger esse direito, por exemplo, é necessário custear a atividade policial para impedir a invasão da propriedade, além da manutenção das instituições judiciárias, necessárias para que um juiz determine a restituição da posse. Mas, para além do valor monetário necessário à manutenção dessas instituições, há também custos de oportunidade: os policiais poderiam estar, naquele momento, atuando em outra ocorrência. O juiz poderia estar trabalhando em outro caso. A propriedade da terra poderia ser mais produtiva caso fosse explorada pelos invasores, não pelo proprietário atual”. Ibidem, p. 682.

<sup>902</sup>HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Company, 1999.

<sup>903</sup>POSNER, Richard. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>904</sup>VALDIVIESO, Carlos; WAGNER, Gert; FONTAINE, Ernesto. Reforma procesal penal: analisis costo-beneficio. Op. cit., p. 10. Na oportunidade, o trabalho conjunto entre organizações não governamentais chilenas em parceria com o Ministério da Justiça do país, concluiu que “el estudio de costo se concluyó que la mayor eficiencia en la selección de los casos como la existencia de otros mecanismos de racionalización (procedimiento abreviado) permiten que el nuevo sistema tenga un costo de US\$ 119 millones anuales para investigar “adecuadamente” todos los delitos técnica y presupuestariamente investigables, mientras que el actual sistema necesitaría US\$157 millones anuales para realizar lo mismo”.

<sup>905</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Brasília: CNJ, 2017, p. 51. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 02 de março de 2018.

<sup>906</sup>Os dados são relativos a 2017 e foram obtidos em publicação do Fundo Monetário Internacional. In: FONDO MONETARIO INTERNACIONAL – FMI. Perspectivas de la economía mundial (spanish version). Washington: International Monetary Fund, 2017, p. 244. Disponível em <http://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2017/09/19/world-economic-outlook-ctoer-2017>. Acesso em 02 de março de 2018.



representando por volta de 73 € (setenta e três euros) por habitante<sup>907</sup>. Já a brasileira consumiu o correspondente a R\$ 411,73 (quatrocentos e onze reais e setenta e três centavos) por indivíduo.<sup>908</sup> Quanto ao Chile, os dados disponíveis são mais antigos, não obstante, podem servir como indicativo relativo, porque são posteriores à reforma processual.<sup>909</sup> Daí que pela última informação obtida, as despesas com a justiça chilena são inferiores a US\$ 50,00 (cinquenta dólares) por habitante.<sup>910</sup> Ou seja, em termos gerais, é possível concluir que o sistema de justiça no Brasil é, ao menos em princípio, mais dispendioso<sup>911</sup>. Contudo, ressalta-se que os valores são relativos a todo o judiciário e não apenas à área penal.

Tabela 1: custo do sistema de justiça por habitante

	Brasil	Chile	Itália
Custo do sistema de justiça por habitante.	R\$ 411,73	US\$ 50,00 <sup>912</sup>	73 €

Fonte: CNJ, INE, CEPEJ

Mais especificamente quanto ao segmento criminal, um balanço geral da justiça no Chile, emitido pelo Instituto Geral de Estatísticas (semelhante ao IBGE brasileiro) demonstra que em 2016 foram finalizadas pelos juízes de garantia cerca de seiscentas e cinquenta mil ações, ao passo que ingressaram aproximadamente quinhentos e oitenta mil novos pleitos. Já o tribunal oral, segundo o mesmo relatório, recebeu um número pouco inferior a cinquenta mil processos e concluiu cerca de quarenta e cinco mil.<sup>913</sup>

<sup>907</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE – CEPEJ. **European judicial systems: efficiency and quality of justice**. Strasbourg: Council of Europe, 2016, p. 22 e 24. Disponível em <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%202023%20report%20EN%20web.pdf>. Acesso em 02 de março de 2018.

<sup>908</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Op. cit., p. 51.

<sup>909</sup> Os dados chilenos encontrados são de 2007, ou seja, dez anos anteriores aos brasileiros e italianos. Cabe ressaltar, entretanto, que no período correspondente (final da primeira década de 2000), os dados do Brasil eram segmentados (justiça estadual, federal, eleitoral, tribunais, etc.), mas em somatório, já se apresentavam proporcionalmente superiores aos do vizinho latino americano. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009**. Brasília: 2009.

<sup>910</sup> ROSS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **The observatory of social and political elites of Brazil**. Revista do Núcleo de pesquisa em sociologia política brasileira, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015, p. 4.

<sup>911</sup> Importante ressaltar, entretanto, que não foi possível precisar por esta pesquisa se os parâmetros de cálculo foram os mesmos o que é também uma importante variável a considerar.

<sup>912</sup> Ver notas n. 908 e 909 supra.

<sup>913</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – CHILE. **Justicia: informe anual 2016**. Santiago: INE, 2017, p. 63. Disponível em: <http://www.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/informe-anual-de-justicia-2016.pdf?sfvrsn=13>. Acesso em 02 de março de 2017.

Na Itália, por sua vez, o relatório da comissão vinculada ao Conselho da Europa evidenciou dados semelhantes aos chilenos no que tange à justiça penal. Assim é que, no compilado de 2016 foi apresentado um número levemente superior de ingressos em relação a julgamentos, mas se trata de um índice praticamente equivalente<sup>914</sup>. Outro ponto a ressaltar quanto ao contexto italiano é sobre a generalidade dos casos julgados, mais de 80% (oitenta por cento) foram relativos a infrações graves, denotando, no que tange à questão numérica, a funcionalidade dos filtros investigativos e dos instrumentos negociais.<sup>915</sup>

No que pertine ao Brasil, os processos criminais baixados também detiveram índice paritário em relação aos ingressos no ano de 2016. As informações oficiais revelam que no interregno foram propostas aproximadamente 3 milhões de novas ações penais, considerando o conjunto das justiças federal, estadual e eleitoral (no âmbito da competência respectiva).<sup>916</sup> Os julgamentos realizados, entretanto, além de um pouco inferiores às entradas (cerca de 100 mil processos), não foram suficientes para alterar os quase 8 milhões de conflitos criminais represados e que estão aguardando julgamento.<sup>917</sup>

Dessa forma, extrai-se do relatório do Conselho Nacional de Justiça que “os casos pendentes equivalem a 2,7 vezes a demanda.”<sup>918</sup>. Em complemento, essa grande desproporção não é verificada no sistema de justiça penal do Chile, já que em estatísticas relativas aos anos de 2007 a 2015, é possível perceber que as resoluções definitivas têm, de forma constante,

---

<sup>914</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE – CEPEJ. **European judicial systems: efficiency and quality of justice**. Op. cit., p. 222, 229-230 e 232. Consta do relatório: “In another group of States, between 2012 and 2014, the number of pending cases either increased notwithstanding a decrease of incoming cases (e.g. Armenia, Bulgaria, Denmark, Italy, Norway and Russian Federation) [...]. In particular, the situation in Armenia, Denmark and Italy should be monitored carefully considering that the Clearance Rate in these countries is below 100 % and has been decreasing”. Ibidem, p. 233.

<sup>915</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE – CEPEJ. **European judicial systems: efficiency and quality of justice**. Op. cit., p. 218. Neste sentido, o relatório refere que: “to identify and better understand the main trends in Europe, a distinction needs to be made between minor criminal offences (misdemeanours) and severe criminal cases, because in relation to minor criminal offences, shorter court proceedings and/or other details of the handling of a case might apply (e.g. the imposition of an administrative fine, a sanction imposed by a public prosecutor without the intervention of a judge, police sanctions, etc.). Special tribunals, courts or judges can also be competent for minor criminal offences (e.g. misdemeanour courts, police courts or police judges, administrative courts). In addition, there may be a possibility to use mediation, conciliation or other forms for minor criminal offences”.

<sup>916</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Op. cit., p. 38. Os dados exatos compreendem ações criminais novas nas seguintes esferas de competência: 2.749.153 na justiça estadual, 124.020 na federal e 4.498 na eleitoral. Os processos penais pendentes de resolução são 7.564.003 no âmbito estadual, 214.967 no federal e 10.411 no eleitoral. Especificamente sobre os ingressos, estabeleceu o CNJ que “no ano de 2016, ingressaram no Poder Judiciário 3 milhões de casos novos criminais”. Idem p. 138.

<sup>917</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Ibidem, p. 138. Os dados do relatório são conflitantes, em item relacionado à ‘litigiosidade’ (p. 38) o número referido é o disposto na tese, contudo, nas conclusões do mesmo documento oficial (p. 183) o número referido como de ações criminais pendentes é de seis milhões e meio. De qualquer forma, há ‘déficit’.

<sup>918</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Ibidem, p. 138.

superado os ingressos.<sup>919</sup> Quanto à Itália, apesar de os dados não serem tão claros, depreendeu-se estabilidade entre a taxa de ações novas e julgamentos desde 2010, correspondendo a percentual limítrofe a cem por cento. No período anterior e com base na interpretação sistemática das informações do Conselho da Europa, os índices decisórios eram ainda superiores às admissões.<sup>920</sup>

Em termos do quantitativo de juízes a cada 100 mil habitantes, a Itália possui 11, um número baixo, se comparado à média apresentada pelo Conselho da Europa, que é de 18 julgadores por grupo de 100 mil europeus<sup>921</sup>. No Chile, esse indicador é, segundo dados da Organização dos Estados Americanos - OEA, de 10,4 magistrados.<sup>922</sup> No Brasil, por sua vez, o número apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça é de 8,16. Apesar disso, esse parâmetro é ainda inferior na análise isolada da justiça estadual (5,66) e alçado a menos de um único juiz por grupo de 100 mil habitantes no tocante à justiça federal.<sup>923</sup>

Tabela 2: número de juízes por grupo de cem mil habitantes

	Brasil	Chile	Itália
Magistrados por cem mil habitantes	8,16	10,4	11

Fonte: CNJ, OEA, CEPEJ

<sup>919</sup> CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL. **Informe estadísticas anuales del poder judicial: período 2013 – 2015**. Santiago: Poder Judicial República de Chile, 2016, p. 91 e p. 115. Disponível em: <http://www.pjud.cl/documents/10179/94044/Informe+Estad%C3%ADsticas+Anuales+del+Poder+Judicial+A%C3%B1os+2013-2015.pdf/7bbe4992-006f-47e5-a4c1-7fd8445bcd11?version=1.0>. Acesso em 03 de março de 2018. Dados relativos a 2007-2012 estão também disponíveis no mesmo sítio eletrônico.

<sup>920</sup> Neste sentido, consta do relatório: “a regular improvement of the Clearance Rate of first instance criminal cases can be noted in 10 States (Austria, Cyprus, Finland, Lithuania, Malta, Monaco, Norway, Romania, Russian Federation and Spain). On the contrary, 7 other States (Bosnia and Herzegovina, Denmark, France, Italy, Switzerland, “the former Yugoslav Republic of Macedonia” and Israel) have experienced a slight deterioration of the Clearance Rate, but in all cases the Clearance Rate has remained very close to 100 %” In: EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE – CEPEJ. **European judicial systems: efficiency and quality of justice**. Op. cit., p. 228-229 e 232.

<sup>921</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE – CEPEJ. **European judicial systems: efficiency and quality of justice**. Idem, p. 90. O relatório refere juízes profissionais e não profissionais, não obstante, este número, obtido por meio de interpretação sistemática do documento, corresponde a julgadores profissionais, porque a Itália não é referida como um país em que a categoria de julgadores não profissionais seja significativa. “[...] non-professional judges may be responsible for significant litigations as in Belgium, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Hungary, Norway, Poland, Serbia, Slovenia, Sweden, “the former Yugoslav Republic of Macedonia” and UK-England and Wales”. Ibidem, p. 91.

<sup>922</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA**. Washington: OEA, 2014. Disponível em: <http://www.oas.org/dsp/observatorio>. Acesso em 03 de março de 2018.

<sup>923</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Op. cit., p. 62.

Quanto ao tempo médio de processamento das ações criminais, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro refere 3 anos e 01 mês<sup>924</sup>. Já na Itália, o período respectivo é de 386 dias<sup>925</sup>. Relativamente ao Chile, quando submetidas a análise dos tribunais orais, os conflitos são julgados em 186. Na hipótese de resolução pelos juízos de garantia, a extinção da ação ocorre em 95.<sup>926</sup>

Tabela 3: tempo médio para tramitação de ações criminais

	Brasil	Chile	Itália
Tempo médio para tramitação de ações criminais	1.125 dias	186 dias	386 dias

Fonte: CNJ, MJDH, CEPEJ

Com base nos resultados apresentados anteriormente, verifica-se que o sistema de justiça brasileiro é mais oneroso, quando comparado a Chile e Itália, além de mais ineficiente, no que tange ao lapso temporal para tramitação das ações e na capacidade em suprir a demanda.

Especificamente a respeito do controle do tempo, Binder sustenta que uma das práticas inquisitoriais que deve ser combatida é a ideia de que a administração da justiça penal não precisa obrigatoriamente cumprir os prazos legais. Nesse sentido, sugere o autor que “é necessário incorporar novos e claros mecanismos de controle do tempo, seja restaurando a ideia de urgência, introduzindo novas formas de prescrição, inclusive aplicáveis aos servidores públicos e introduzindo consequências ao silêncio judicial”<sup>927</sup>.

Demais disso, esta pesquisa já demonstrou a característica extremamente formal, positiva e burocratizada do pensamento jurídico brasileiro, situação que pode estar diretamente relacionada tanto ao problema do custo, quanto ao do tempo. Sobre o assunto, Leal explica que “a formação jurídica no Brasil vai se caracterizar pelo apego extremado à

<sup>924</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Ibidem, p. 183.

<sup>925</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE – CEPEJ. **European judicial systems: efficiency and quality of justice**. Op. cit., p. 230.

<sup>926</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA E DERECHOS HUMANOS. **Diagnóstico del procedimiento procesal penal**. Santiago: MJ Chile, 2014, n.p. Disponível em: <http://www.minjusticia.gob.cl/10-anos-de-la-reforma-procesal-penal/> Acesso em 04 de março de 2018.

<sup>927</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Ob cit., p. 36. Estabelece ainda o autor: uma forte introdução da variável temporal no desenvolvimento do processo produz um efeito importante na ‘disciplina do conflito’, evitando o litígio indireto, o litígio sobre as formas, o abuso dos estabelecimentos de nulidade e empurrando o sistema à discussão de fundo”. Ibidem, p. 36.

normatização jurídica e pelas suas feições liberal burguesas ao longo do século XX”, alerta ainda o autor que, entre a maioria dos juristas brasileiros, essa situação não se alterou.<sup>928</sup>

De outro lado, referidos indicadores demonstram que as mudanças procedimentais e materiais no Brasil são urgentes.<sup>929</sup> Não obstante, isso já foi evidenciado filosófica e proceduralmente, a exemplo do rechaço feito por Levinas à concepção tradicional de racionalidade estrita, bem como na inadequação da legislação brasileira à imparcialidade material e às causas de impedimento e suspeição respectivas.

Assim, o confronto de dados agora empreendido apenas indica empiricamente o que, na teoria, já foi evidenciado. É então, preciso mudar. Em termos procedimentais, o item anterior propôs alguns parâmetros, que chamou de medidas a ‘curto, médio e longo prazo’. Contudo, todas elas, como já se consignou, reclamam alinhamento a uma profunda transformação cultural, a respeito da qual esta pesquisa ainda vai discorrer mais à frente.

Todavia, recorde-se: os aspectos imediatos são, em princípio, de ordem legislativa. E atinem à titularidade das investigações preliminares e sua correspondente separação da ação penal, à vedação do poder instrutório do juiz e ampliação das hipóteses de recusa e afastamento do magistrado por indicativos de parcialidade. O segundo grupo de providências sugerido, contudo, refere-se a uma alteração mais profunda, relacionada à metodologia de prestação da jurisdição.

Em consequência, se utilizados os modelos chileno ou italiano como parâmetro relacional, o número de julgadores de que o sistema de justiça criminal brasileiro atualmente dispõe é insuficiente. Isso se explica pela estrutura judicial que a oralidade e a separação de funções requer. Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça consignou que no Brasil existem 18.011, estando vacantes 4.439 cargos, cerca de 15% do que já está autorizado pela legislação.<sup>930</sup>

---

<sup>928</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito**: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002, p. 200. No mesmo sentido, o raciocínio é reiterado em **O estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24-25.

<sup>929</sup> A questão material e procedimental está interligada. Segundo Leal “o sistema normativo tem a função de estabilizar as expectativas sociais ao mesmo tempo em que assegura simetricamente as relações de reconhecimento recíproco entre sujeitos de direito portadores de direitos individuais”. In: **O estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Ibidem, p. 64. De outro lado, as alterações procedimentais não podem acontecer isoladamente, uma vez que a insuficiência maior opera-se no âmbito da democracia. Segundo Miglino, a base ideológica das democracias modernas está fundada em liberdade, igualdade e solidariedade, e é exatamente este o ponto de encontro necessário. In: MIGLINO, Arnaldo. **As cores da democracia**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr, 2ª edição, Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 132.

<sup>930</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Op. cit., p. 37.

Tabela 4: potencial humano (juizes) na estrutura judicial brasileira

	Número de juizes em exercício	Cargos vagos
Potencial humano da estrutura judicial brasileira	18.011	4.439

Fonte: CNJ

No mesmo sentido, encontram-se abertos 57.509 funções para servidores, representando um percentual (relativo à generalidade de auxiliares) muito semelhante aos de ocupações judicantes não providas.<sup>931</sup>

Tabela 5: potencial humano (servidores) na estrutura judicial brasileira

	Número de servidores em exercício	Cargos vagos
Potencial humano da estrutura judicial brasileira	244.009	57.509

Tabela 5: potencial humano (servidores) na estrutura judicial brasileira

De outro lado, também é referido pelo CNJ que a despesa total do judiciário brasileiro correspondeu, em 2016, a aproximadamente 85 bilhões de reais, sendo que desse montante, em torno de 90% foi destinado para o pagamento de recursos humanos, e 10% a ‘outras despesas’, elencadas sob as modalidades de gastos com capital (valor um pouco inferior a 2 bilhões), além de informática (despesas levemente superiores às citadas acima).

O restante, cerca de 7 bilhões foi despendido para o pagamento de ‘outras despesas’, possivelmente energia, comunicação, aluguéis, etc.<sup>932</sup> Disso tudo é possível concluir que, aparentemente, não existem recursos para o aumento da estrutura necessária a modificações processuais como as que foram vivenciadas por Chile e Itália.

<sup>931</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Ibidem, p. 37.

<sup>932</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**. Ibidem, p. 37. Os dados exatos podem ser verificados no documento, já que foram ‘inteirados’ para facilitar a redação do texto.

Porém, também já se verificou nestas páginas que a conformação do sistema de justiça no Brasil é problemática (dispendioso e ineficiente), necessitando ser revisto. Tal argumento, aliado ao da necessidade de adequação material do procedimento a postulados fundamentais, deveria ser suficiente para que estudos pormenorizados sobre todo o sistema de justiça fossem empreendidos. Daí que não basta aduzir a questão pecuniária, já que o argumento acaba se mostrando incongruente mediante a constatação de que os recursos existentes são aplicados de forma presumivelmente questionável.

Ainda, consta também do relatório do CNJ, que o número de varas criminais exclusivas é de 1242 unidades, sendo caracterizadas como mistas um total de 723 juízos.<sup>933</sup> Ou seja, o problema maior está situado nas varas únicas (setecentos e vinte e três) quando somente um único magistrado atua na comarca. Nas outras hipóteses, havendo multiplicidade de julgadores no local, o problema da colegialidade e separação de funções poderia ser, teoricamente, resolvido ante cooperação judiciária mútua. Até porque a lógica seria majorar atribuições a fim de reduzir o trabalho. De qualquer forma, a providência exigiria uma profunda análise do número de processos em cada unidade jurisdicional, além da alteração de normas de divisão e organização judiciárias, diligências factíveis se complementadas com o provimento dos cargos vagos.

Outro ponto importante a debater refere-se ao ‘juízo natural’, princípio constitucional expresso que zela pela observância das regras de competência e impede a formação de tribunais de exceção. Entretanto, a competência é do juízo e não do juiz, inexistindo problemas decorrentes de reorganizações que mantenham hígida a essência do postulado. Ademais, em sede de direito intemporal, as regras processuais penais determinam que as leis novas de natureza puramente processual aplicam-se imediatamente aos processos em curso. Se mistas, haverá retroação das modificações sempre que forem mais benéficas aos acusados.<sup>934</sup> Ainda e, mesmo que o debate refira-se às normas sobre competência, ressalta-se que somente serão improrrogáveis as situações decorrentes da prerrogativa de foro e em razão da matéria, por serem constitucionais. A competência territorial, por sua vez é definida pela legislação ordinária, tanto que os vícios respectivos são passíveis de convalidação.<sup>935</sup> Isto implica em maior liberalidade por parte do legislador infraconstitucional, sendo possível uma ampla reforma processual.

---

<sup>933</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017. Op. cit., p. 31.

<sup>934</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Op. cit., p. 94.

<sup>935</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Ibidem, p. 231.

Ocorre que para tal, muito mais do que recursos financeiros, são imprescindíveis a pretensão e a determinação em promover as transformações. Daí a terceira ordem de mudanças, que demanda uma metamorfose na própria teoria jurídica que, como visto, no Brasil é herança ingrata do positivismo, racionalismo e contratualismo social. Assim, estabeleceu-se uma postura hermenêutica que promove e perpetua “a exigência de uma organização racional da ordem social, a partir da neutralidade normativa assegurada pela formalização e racionalização do direito”<sup>936</sup>. Frise-se: a questão não reside em, ordenar, formalizar, ou racionalizar, mas em adotar tais práticas como um fim em si mesmo, destituindo os preceitos jurídicos de conteúdo. Este é o caso da imparcialidade que, apesar de integrar um conjunto de elementos considerados basilares à democracia, não encontra suficiente respaldo na *práxis* jurídica ou nas iniciativas legiferantes. O próximo item, então, não pretende discorrer apenas sobre o ‘giro hermenêutico’<sup>937</sup> necessário à integração entre o que a imparcialidade significa como dever e direito, mas também na adequação entre a racionalidade ética jurisdicional, legitimidade, subjetividade e o papel garantidor do processo penal.

### 3.4.3 A racionalidade ética e imparcialidade: uma mutação cultural necessária

No início desta pesquisa consignou-se que a racionalidade positiva foi responsável pelo desenvolvimento de um modelo de ciência jurídica dissociada do sujeito. Tal separação aconteceu tanto quanto ao indivíduo que é o destinatário da norma quanto em relação àquele

<sup>936</sup> LEAL, Rogério Gesta. **A decisão judicial**: elementos teóricos-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais. Joaçaba: Editora UNOESC, 2012, p. 14. Refere ainda o autor que “a jurisdição consegue, em tal arcabouço, transformar o conjunto de regras que compõe o direito em regras teóricas controláveis na comparação de situações vigentes com as situações idealmente desejadas pelo projeto hegemônico de sociedade vigente em cada época, veiculadas no conjunto de ordenamentos jurídicos instituídos. [...] A partir daí, elabora-se uma teoria jurídica que fornece elementos para o estabelecimento de expectativas controláveis das reações humanas e a instauração da convivência ordenada, tudo mediado pela norma positivada e por seu guardião oficial, o Estado”.

<sup>937</sup> A expressão giro hermenêutico é derivada do pensamento gadameriano que preconiza, a partir de Heidegger e Schleiermacher, uma relação dialógica intertemporal e atual, que objetiva uma formação de sentido ontológico diferenciado. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Paulo Flávio Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 400. Para Leal, às reflexões de Gadamer reclamam “uma nova concepção de razão, conectada à produção democrática e arejada da linguagem, do entendimento, da comunicação e dos consensos, qual seja, a de que ela tenha uma existência em termos concretos, históricos, e não seja senhora de si mesma, mas permaneça constantemente dependente das circunstâncias dadas em que opera, compromissada à emancipação, liberdade e igualdade dos homens entre si. In: **A decisão judicial**: elementos teóricos-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 51. À respeito, ver também LOPES, Ana Maria D’Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, v. 145, p. 101-112, 2000.



que é responsável por aplicá-la. Isso resultou em uma série de contradições que podem ser identificadas no desrespeito reiterado à efetividade de direitos. No que tange ao juiz, a edificação do dogma da neutralidade dificultou o debate sobre a isenção do magistrado e impediu a discussão sobre a isonomia na prestação jurisdicional.

Esse quadro, apesar de continuamente denunciado (e demonstrado por esta investigação), tem se mantido relativamente inalterado em sede da *práxis*. Não obstante, as críticas foram bem sucedidas em segmentar uma postura totalmente desvinculada do mundo da vida (neutra) do dever e direito ao tratamento judicial equânime (imparcialidade). Assim, registrou-se que o julgador não é neutro, porém deve impedir qualquer tipo de favorecimento entre os pólos processuais. Entretanto, a referida cisão, apesar de subjetiva e juridicamente correta, foi responsável por dissipar a discussão sobre a factibilidade inconsciente da atividade judicante. Então, existe um dever e um direito, mas a questão ainda a ser resolvida refere-se a como implementá-la de forma concreta.

Daí que a racionalidade positiva aparece como o núcleo comum de diferentes problemas jurídicos, porque ou ela impede o diálogo ou o prejudica. Em consequência, até mesmo a crítica pode ser limitada pelo paradigma que colocou o homem causalmente determinado como centro dos sistemas social e jurídico. A partir dele, tudo pode ser controlado, a exemplo de pensamentos, ideias e emoções. Entretanto e, no âmbito da relação transdisciplinar e interdisciplinar é possível descobrir que não há lugar para verdades absolutas.

Assim, mesmo que exista um dever e um direito, o exame que transcende ao jurídico constata que a essência da imparcialidade ultrapassa o favorecimento direto às partes, para atingindo também os benefícios produzidos pela harmonização entre o que deseja o juiz e o que querem os envolvidos. A dificuldade é que no âmbito das aspirações e vontades, nem sempre as condutas são previsíveis, e a ausência de consciência sobre a inconsciência pode obstar a utilização de meios e instrumentos preventivos à incompatibilidade entre o que é formal ou materialmente assegurado.

Motivo pelo qual a mudança cultural proposta como a terceira ordem de alterações sugeridas à efetividade da imparcialidade perpassa pela revisão da racionalidade de positiva para ética. Em consequência, a vicissitude não é o pensamento racional, mas a compreensão limitada de mundo que impede a ampliação do conhecimento. Considerando-se os vácuos deixados por esse tipo de concepção, percebe-se que se trata de uma razão parcial, ‘surda e

muda' sobre alguns aspectos da natureza humana. É nesse sentido que a ética levinasiana avança, porque ao mudar o foco de análise e transportá-lo à alteridade e a preocupação pelo outro, aparecerão mais facilmente as lacunas prejudiciais à emancipação dentro e fora do direito.

Não obstante, esse tipo de deslocamento não acontecerá de forma fácil, principalmente no contexto brasileiro, requer a superação de relações de poder patriarcais, fundadas no individualismo<sup>938</sup>. Assim, em terreno pouco fértil à linguagem do outro — cuja esterilidade foi ainda potencializada pelo pensamento jurídico mundial individual, especialmente sedutor às elites no Brasil<sup>939</sup> —, será necessário promover uma alteração de sentido extremamente ampla.

De outro lado e mais especificamente, o panorama de dificuldades é ainda intensificado pelo pensamento criminal repressivo, baseado na lógica da vingança, bem como incentivador da apropriação do penal como política de segurança pública. Em outras palavras, Achutti refere que “o direito penal acaba sendo utilizado de forma contingencial como mecanismo público de gestão de condutas e não mais como última alternativa para a proteção de bens jurídicos”<sup>940</sup>, ou ainda, nas palavras de Valente “eficácia e segurança prevalecem sobre a liberdade e a justiça de tal modo que o Direito penal se converte e se instrumentaliza em política de segurança”<sup>941</sup>.

Dito de outra forma, a metamorfose cultural precisa ser profunda, atingindo toda a base da compreensão que a cognoscibilidade moderna detém sobre a subjetividade humana e acerca da função do direito: ou seja, relativamente a um tipo específico de razão e a uma modalidade determinada de poder. Em vista disso, recorde-se, com base em Souza: a posição do ser no cosmo reflete a identidade de toda uma época e, por isso, a modernidade resume a existência pelas abordagens singulares da pessoa.<sup>942</sup> A propósito: “o fato é que, educados no mundo da ontologia, é-nos difícil conceber um outro mundo onde esta não reinasse de forma absolutamente soberana. A ética, que normalmente conhecemos é secundária à ‘prima

<sup>938</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. Op. cit., p. 89.

<sup>939</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. Ibidem, p. 95.

<sup>940</sup> ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Op. cit., p. 126.

<sup>941</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A polícia do estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 22. Acerca da constatação do autor é importante frisar que, apesar de referir-se ao contexto europeu, é plenamente aplicável ao cenário brasileiro no que tange à atual política de segurança. Ademais, afirma ainda que a polícia deve ser uma “atividade e funcionalidade a serviço do ‘outro’ e do ‘nós’ e nunca a serviço do ‘eu’”. Ibidem, p. 130.

<sup>942</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **Justiça em seus termos**: dignidade humana, dignidade do mundo. Escritos em versão eletrônica para estudantes PUCRS (seminários de filosofia). Porto Alegre, 2011, p. 30-31.

philosophia’ [...]. Levinas afirma ser a ética a filosofia primeira”<sup>943</sup>. E é justamente tal concepção que as transformações elencadas por esta tese devem enfrentar. Para o autor, ainda, trata-se de temática espinhosa, que pressupõe “uma espécie de psicanálise da cultura e da filosofia” capaz de revelar “não apenas os elementos e ideias claras e distintas facilmente reconhecíveis da época interpretada, mas igualmente os elementos obscuros e indistintos – por assim dizer ‘inconscientes’ desta era”<sup>944</sup>.

Por esse motivo, a teoria de base utilizada nesta pesquisa fundou-se nos escritos e ensinamentos de Emmanuel Levinas, responsáveis por deslocar o foco do ‘sujeito soberano’ e pela teorização axiológica das relações mediante respeito mútuo. Isso é relevante uma vez que, para o autor, o referencial racional é o bem estar do terceiro, formando um círculo vicioso que abrange o acolhimento de todos indistintamente.<sup>945</sup> Ou seja, não há subjetividade sem tal vínculo multipessoal e a ética não é apenas um traço distintivo, já que constitui o “próprio nó do subjectivo” e que surge “por responsabilidade por aquilo que não fui eu que fiz, ou não me diz respeito”<sup>946</sup>.

Em consequência, Souza questiona que tipo de ser está apto a conceber tal quadro de responsabilidade e, na sequência, estabelece que não é aquele “ao estilo moderno, no usufruto espontâneo de sua congênita liberdade constitutiva e finalmente irresponsável por tudo, a não ser por sua perduração”<sup>947</sup>. Daí que a noção do que é autônomo e independente assume um significado diferente, não arbitrário ou violento, e “é a realização concreta da liberdade humana, para além da sua mera ideia”<sup>948</sup>. Assim e antes de tudo, desprendida é a opção por atos que favoreçam a vida e a sustentabilidade do planeta, transmutando um simples ente personalizado em um indivíduo ético. Ou ainda: “eu sou livre para dar minha resposta ética, minha resposta justa – ao questionamento extremo do outro [...] sou absolutamente livre para não permanecer encerrado em minha totalidade”<sup>949</sup>.

Disto decorre que a ética não é um atributo da liberdade ou do sujeito, já que subjetividade e autodeterminação somente existirão como tal no contexto da eticidade. Ademais, o infinito das diferenças entre os homens e a aceitabilidade respectiva é o centro da

---

<sup>943</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **Alteridade e justiça**: uma introdução núcleo ético do pensamento de Emmanuel Levinas. Op. cit., p. 89.

<sup>944</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **Justiça em seus termos**: dignidade humana, dignidade do mundo. Ibidem, p. 31.

<sup>945</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Op. cit., p. 80.

<sup>946</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Op. cit., p. 80.

<sup>947</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **Justiça em seus termos**: dignidade humana, dignidade do mundo. Op. cit., p. 32.

<sup>948</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **Justiça em seus termos**: dignidade humana, dignidade do mundo. Ibidem, p. 34.

<sup>949</sup> SOUZA, Ricardo Timm. **Alteridade e justiça**: uma introdução núcleo ético do pensamento de Emmanuel Levinas. Op. cit., p. 102.

proposta levinasiana e dispõe, inclusive, sobre uma modificação da linguagem ontologizante que banaliza e reduz as incalculáveis opções de sentido transcendente à pessoa, compatíveis, todavia com a recepção do outro. É por isso que a totalidade é limitada, pois ela encerra violência na definição da essência dos seres humanos com base em elementos já existentes.<sup>950</sup> A respeito, sintetiza Souza:

Para além do horizonte significativo do discurso ontológico racional, conjugam-se assimetria absoluta e distância infinita em uma mesma realidade externa, que paradoxalmente se expressa na presença intrigante do Outro ao Mesmo. Elas caracterizam a subversão metafenomenológica do conceito de espaço, transpondo a noção de espaço para o espectro ético da realidade.<sup>951</sup>

Acerca das subtrações comunicacionais, esta pesquisa já discorreu sobre a distância entre o ‘dito’ e o ‘dizer’. Agamben sintetiza o assunto e afirma que “um conceito que escapa da antinomia entre universal e particular nos é desde sempre familiar: é o exemplo [...] exemplar é aquilo que não é definido por nenhuma propriedade, exceto o ser dito”<sup>952</sup>. Isso é, “a ideia de uma coisa é a coisa mesma, o nome, enquanto nomeia uma coisa, não é nada além da coisa enquanto é nomeada pelo nome”<sup>953</sup>. Daí que denominar ou exemplificar importa reduzir, aprisionar e limitar o sentido totalizado pelo arquétipo, ao que Agamben inclusive avança na discussão levinasiana, inserindo no debate o processo de sacralização. Desse modo, para o filósofo italiano, “todo lamento é sempre um lamento pela linguagem, assim como todo louvor é, antes de mais, louvor do nome”<sup>954</sup>, significando, em resumo, a contenção de sentido que se torna verdade absoluta. No nome, sustenta Agamben, “a natureza se sente traída pelo significado, começa a lamentação, onde o nome diz perfeitamente a coisa, a linguagem culmina no canto de louvor, na santificação do nome”.<sup>955</sup>

Ainda, a questão entre o estreitamento da natureza infinita do humano pela sacralidade é descrita por Agamben em analogia à lei como “a exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo como o ‘homo sacer’ pertence ao Deus na forma da insacraficabilidade e é incluído na comunidade na forma da

<sup>950</sup> Segundo Souza, “O infinito ético ‘vem’ do outro – ele ‘é’ o outro, além do ser, as ‘sobras’ do ser, e fala uma língua própria”. In: **Alteridade e justiça**: uma introdução ao núcleo ético do pensamento de Emmanuel Levinas. Ibidem, p. 93.

<sup>951</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. In: **Alteridade e justiça**: uma introdução ao núcleo ético do pensamento de Emmanuel Levinas. Ibidem, p. 93.

<sup>952</sup> AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Op. cit., p. 18.

<sup>953</sup> AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Ibidem, p. 70. É também de Agamben “linguagem diz algo como algo: a árvore como ‘árvore’, a casa como ‘casa’. O pensamento se concentrou nesse primeiro algo (a existência, que algo seja) ou sobre o segundo (a essência, o que é algo), na sua identidade e diferença. Mas o que devia ser propriamente pensado - a palavra como, a relação de exposição - ficou por pensar”. In: **A comunidade que vem**. Ibidem, p. 92.

<sup>954</sup> AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Ibidem, p. 55.

<sup>955</sup> AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Ibidem, p. 55.

matabilidade<sup>956</sup>. Nesse sentido, explica o autor o que define a condição humana é o caráter da dupla exclusão a que é submetida, inicialmente, pela interpretação limitada de sentido e depois, pelas exceções arbitrárias e violentas, amplamente admitidas apesar da ausência de critérios. Para tanto, atenta ainda Agamben à contradição contida na expressão: “a vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra”.<sup>957</sup>

De qualquer forma, todos esses paradoxos filosóficos demonstram o quanto o paradigma da estrita racionalidade têm se mostrado insuficiente aos fenômenos do ser. Ocorre que ao definir a subjetividade apenas por meio dos acontecimentos conscientes, fecham-se às portas hermenêuticas e ofusca-se a análise complexa de fatos inerentes à existência do sujeito, como os necessários limites éticos transpessoais. Isso pode ser verificado no que tange à liberdade, assim como também pode ser perceptível no conteúdo da justiça e até mesmo do humano propriamente considerado.

Em termos específicos, interessa a esta pesquisa, a ausência de relação entre o dever e o direito à imparcialidade com outros conceitos jurídicos fundamentais como o contraditório e a isonomia têm origem no mesmo problema. E esse reverbera também no âmbito da interpretação restritiva dos tribunais sobre o assunto, indiferentes que são à importância do instituto às partes. Em um sentido agambeniano, sacraliza-se o conceito imparcialidade, mas retira-se dele qualquer possibilidade concreta. Trata-se da ‘morte’ das possibilidades interpretativas correspondentes e da redução do sujeito (o próprio juiz), aos limites da lei e da formalidade.

Dá que é necessário um ‘giro hermenêutico’ gadameriano possibilitador do diálogo ético e de uma ‘abertura’ ao outro, que consubstancie “a disponibilidade em aceitar sua ‘verdade’”<sup>958</sup>, porém, não em uma relação de domínio, mas de troca infinita, inclusive a fim de edificar linguagens com múltiplas perspectivas.<sup>959</sup> Somente assim será ‘razoável’ e

<sup>956</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Op. cit., p. 90.

<sup>957</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Ibidem, p. 90. Para demonstrar a contradição, Agamben também relaciona o direito à vida à biopolítica. Assim é que o autor afirma: “O afato é que uma mesma reivindicação da vida nua conduz nas democracias burguesas, a uma primazia do privado sobre o público e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos e torna-se, ao contrário, nos estados totalitários, o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas” In: **Homo Sacer**. Ibidem, p. 126.

<sup>958</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer**. Op. cit., p. 108.

<sup>959</sup> Para Gadamer, “o modo de ser especulativo da linguagem mostra assim seu significado ontológico universal. O que vem à fala é naturalmente, algo diferentes da própria palavra falada. Mas a palavra só é palavra em virtude do que nela vem à fala. Somente está aí em seu próprio ser sensível para subsumir-se no que é dito”. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Op. cit., p. 689. Ademais, a aproximação entre os pensamentos de Gadamer e Levinas foi, em certa medida, demonstrada em CARBONARA, Vanderlei. **Educação, ética e diálogo desde Levinas e Gadamer**. Tese de Doutorado, Faculdade de Educação. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

cognoscível a conjuntura de que o indivíduo, julgador ou não, é falível e imperfeito, sendo necessários instrumentos teórico-práticos capazes de equilibrar e prevenir as ‘armadilhas’ do inconsciente, como os processuais. Em síntese, trata-se de saber se a sociedade (viável) “resulta da limitação de que o homem é *para* o homem”<sup>960</sup>, em toda dimensão de sua incompletude.

No que tange à pertinência de alterações supostamente instrumentais no contexto da cultura, Chaise destaca o poder das práticas processuais, basicamente porque: a) a importância da resolução de conflitos em sociedade confere bastante visibilidade aos procedimentos; b) as iniciativas são normalmente públicas; c) as ações exigem a participação de sujeitos sociais; d) as narrativas interpessoais se encontram no cerne da disputa; e) os indivíduos que conduzem o litígio normalmente detêm autoridade; f) os rituais emanam poder; g) os resultados são validados e produzem efeitos gerais.<sup>961</sup> Demais disso, afirma o autor que tais premissas influenciam tanto as relações sociais quanto as ações cognitivas. Para tanto, ele justifica a afirmação com base no emprego de meios alternativos à resolução de controvérsias em diferentes países, sustentando que “a adoção de métodos resolutivos menos hierárquicos, lineares e adversariais estimulam a sociedade a caminhar na mesma direção”<sup>962</sup>. Até porque, segundo Chaise os arquitetos e os atores dos modelos processuais estão sujeitos “às mesmas limitações que se colocam sobre todos os membros da comunidade em que se inserem o, que, por sua vez, gerará efeitos sobre as crenças e os símbolos que constituem a cultura”<sup>963</sup>. Em outras palavras, os atores jurídicos e a sociedade são formados e integrados reciprocamente, sendo expectável, então, uma espécie de reação cruzada cultural.

De qualquer forma e em síntese, o que precisa ser modificado no direito e também fora dele é a percepção de que as regras são suficientes por si só. Isso perpassa pela ampliação da noção de subjetividade, abrindo-se as fronteiras da racionalidade positiva à ética da alteridade. Transmutar o processo pode ser o início de um movimento que exige mais e deve estar voltado à educação e à prática jurídicas, bem como à excessiva verticalização na sociedade e na vida. Além disso, a observação de Damaska sobre a variabilidade do que significam

---

<sup>960</sup> LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Op. cit., p. 65. Sobre isso, Levinas é bastante contundente e frisa, o que já se consignou: “a responsabilidade não é um simples atributo da subjetividade, como se esta já existisse já em si mesma, antes da relação ética. A subjetividade não é um para si, ela é, mais uma vez, inicialmente para o outro”. Idem, p. 80.

<sup>961</sup> CHAISE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Op. cit., p. 176.

<sup>962</sup> CHAISE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Ibidem, p. 184.

<sup>963</sup> CHAISE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Ibidem, p. 186.

diferentes institutos fundamentais ao direito, em múltiplos Estados, aponta tanto para a relevância da interpenetração cultural, quanto evidencia como a comparação entre sistemas de investigação pode ensinar<sup>964</sup>. Aliás, ao final do terceiro capítulo desta pesquisa, foi possível constatar tal panorama, por meio do paralelo entre as justiças chilena e italiana, o que permitiu a comprovação da necessidade de modificações procedimentais penais no Brasil. Assim, a análise empírica, somada à verificação teórica procedida, em termos interdisciplinares, inclusive, confirmou a tese de que o processo criminal é um instrumento valioso à majoração de condições à imparcialidade, fazendo com que a justiça assuma a conjuntura complexa que realmente detém.

Consequentemente, de tudo isso decorre a necessidade de mutações profundas embora aparentemente inalcançáveis. Entretanto, já referiu Hulsmann que mudanças coletivas foram presenciadas pela história da humanidade, em sede negativa e positiva. O autor cita, por exemplo, a abolição da escravatura, a proibição de castigos corporais nas escolas, o voto e a participação feminina no mercado de trabalho, entre tantas outras alterações substanciais<sup>965</sup>. Logo, afirma: “muita gente tem razão ao dizer que, de onde está, não pode fazer nada ou quase nada. Mas, cada um, esteja onde estiver, pode, ao menos, se libertar da ideia de que toda a aspiração de mudança é em vão”<sup>966</sup>.

Agamben, por sua vez, usa o ‘reino messiânico benjaminiano’, para fazer semelhante observação e aduzir que “para instaurar o reino da paz não é necessário destruir tudo e dar início a um mundo completamente novo; basta apenas deslocar ligeiramente esta taça ou este arbusto ou aquela pedra, e proceder assim em relação a todas as coisas”<sup>967</sup>. Nada obstante, não o faz sem atentar às dificuldades respectivas, lembrando do ‘messias’ ou, metaforicamente, daquele que está em todos e em cada um, já que a transformação primeira, começa na emancipação individual. Ainda com base nas concepções de sacralidade e profanação, é premente recordar que “a possibilidade da salvação começa somente neste ponto — é salvação do carácter profano do mundo, do seu ser — assim”<sup>968</sup>. Ou seja, qualquer transformação só tem início com o questionamento que atinge o hábito, a cultura, as práticas cotidianas e a

---

<sup>964</sup> DAMASKA, Mirjan. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**: analisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 10. Sobre isso, é do autor: “virtualmente todos los Estados comparten la noción de que todos los jueces deberían ser independientes y que se debe presumir que el acusado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, pero la unanimidad comienza a resquebrajarse en cuanto se consideran las implicancias de esas nociones y el significado operativo de la administración de justicia de los diversos países”.

<sup>965</sup> HULSMANN, Louk; DE CELIS, Jaqueline B. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Op. cit., p. 49.

<sup>966</sup> HULSMANN, Louk; DE CELIS, Jaqueline B. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Ibidem, p. 50.

<sup>967</sup> AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Op. cit., p. 51.

<sup>968</sup> AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Ibidem, p. 83.

subjetividade. Trata-se da busca constante de equilíbrio entre o 'eu' e o outro para assunção mínima de dignidade coletiva.

Em síntese, a inadequação material e procedimental atinente à imparcialidade do juiz integra um conjunto de relações que transcendem à ciência jurídica e ao processo penal. Porém, tal aspecto não pode fundamentar imobilidade ou paralisia, já que problemas existem e, conforme toda a dinâmica contextual, foram potencializados e reproduzidos procedimentalmente. Assim, desde a esterilidade de conceitos jurídicos fundamentais, até a emancipação para si e para o outro, a tarefa é suplantar as dificuldades e edificar caminhos possíveis à efetiva democracia no direito. Melhores condições à imparcialidade é um deles.



## CONCLUSÃO

A tese desta pesquisa consistiu na ideia de ausência de condições ao exercício da imparcialidade no processo penal brasileiro, decorrente de uma profunda inadequação procedimental e cultural. Nesse sentido, partiu-se de várias hipóteses, dentre elas, a de que as condições subjetivas e inconscientes que naturalmente atuam sobre o juiz não lhe permitem julgar com total equilíbrio. De outro lado, a imparcialidade é um princípio supremo do processo e, como tal, não pode ser abandonado, sob pena de sua penúria interferir na legitimidade da própria função jurisdicional. Assim, mostrou-se necessário diminuir referida contradição, bem como as possibilidades de parcialidades, algo que pode ser alcançado por meio da democratização das ações criminais.

Em outras palavras, o que se constatou foi que a atividade judicante deve ser submetida a um sistema de freios e contrapesos, de modo que, apesar de todas as nuances subjetivas, conceda-se maior confiabilidade à decisão. Isso é premente pois, em virtude de não ser possível controlar o indivíduo psicologicamente, os efeitos subjetivos indevidos devem ser restringidos por outros instrumentos, como os processuais, objetivando-se, assim, minorar os danos respectivos. Daí que como não é factível controlar a indeterminação humana, o procedimento penal pode conferir maiores condições à imparcialidade, através de, por exemplo, julgamentos colegiados.

Entretanto, também se verificou que são complexas as controvérsias relacionadas ao ‘dever’ e ao ‘direito’ a decisões materialmente equilibradas e igualitárias, de modo que sua redução ao aspecto procedimental ou legislativo é equivocada. Assim, a crítica científica realizada nas páginas anteriores demonstrou que parte dos embaraços quanto ao assunto abrangem abrange a circunscrição do conceito de imparcialidade, além de, principalmente, a cultura jurídica em que inserido o instituto.

Desse modo, o primeiro capítulo da pesquisa destinou-se ao exame do conjunto de elementos responsáveis por fundar a compreensão do que representa a imparcialidade na atualidade jurídica. Em consequência, evidenciou-se que o dever e a prerrogativa a um julgamento proporcional estão situados no âmbito da racionalidade positiva, uma acepção muito extensa do conhecimento humano que identifica o sujeito como ente dotado de plena autonomia, capaz de refletir e construir sua identidade com base em critérios puramente conscientes. O exagero no emprego de tal vertente de pensamento, contudo, provocou distorções quanto à função jurisdicional e, também, à materialidade dos direitos vinculados.

Contextualmente, essa restrita compreensão (racional) atingiu amplamente a modernidade, tendo sido desenvolvida em especial durante os séculos XIX e XX. Especificamente no âmbito jurídico, a racionalidade positiva desenvolveu uma profunda dissociação entre as nuances indeterminadas da existência, isolando-as de toda e qualquer norma jurídica. Com efeito, as leis tornaram-se circunscritas aos critérios formais, totalmente destituídas de conteúdo substancial, conferindo ao direito uma especificidade bastante peculiar, estéril às relações humanas ou ao mundo da vida. No Brasil, o quadro confluía na difusão exacerbada do positivismo, o que decorreu tanto da magnitude mundial (ocidental) de tal concepção, quanto pela característica distintiva da sociedade brasileira, dotada de uma estrutura patriarcal, burocratizada e hierarquizada.

Em complemento, a racionalidade positiva não escapou às ciências criminais, estimulada pela transição da sanção penal do corpo para a mente, algo que, não obstante, seguiu difundindo arbitrariedades. Foi possível concluir, então, que apesar de fazê-lo de forma mais velada, o novo paradigma punitivo não deixou de controlar subjetividades, duplicando a violência ‘simbólica’ pela pena aplicada. A isso se somou a difusão da doutrinação racional neutral pelo ‘sistema’ penal misto, um combinado entre os modelos inquisitoriais e acusatoriais. Sobre o assunto, a pesquisa constatou que em termos processuais, o que se tem no Brasil não configura propriamente uma matriz sistemática - por ser desprovida de um princípio unificador - mas um modelo destituído de democraticidade, além de incompatível com os valores constitucionais do país. A questão é que a inquisição jurídica, um arquétipo desenvolvido principalmente durante o medievo, caracterizou uma metodologia secreta, unilateral, além de desprovida de garantias. Já a acusatoriedade, por sua vez, manifestou uma postura existente desde a antiguidade clássica, mas que ressurgiu no período pós revolucionário do século XVIII, como meio de proteção individual e processual em face do Estado absoluto. A absurda confluência entre as conjunturas, a seu turno, foi operada em período histórico semelhante à da consolidação da racionalidade positiva e difundiu iniciativas criminais incompatíveis, além de permissivas de contradições como a redução do direito à lei e à convergência, no mesmo plano processual, de posturas psicológica e axiológicamente opostas.

Assim, o conteúdo relacional entre as situações acima elencadas adveio da naturalização das distorções. Em outras palavras, o desenvolvimento de uma mentalidade jurídica e social desvinculada da factibilidade e indeterminação humanas, favoreceu o enfraquecimento da crítica sobre os instrumentos jurídicos de controle. Como resultado,

passou a ser admitida a união de proposições antagônicas em nome de uma ‘verdade’ inatingível e de tudo justificadora. Ou seja, como o sistema misto foi difundido em momento congênere ao da crença do controle absoluto do ser sobre todas as coisas, não se afigurou incongruente a mistura de uma fase investigatória secreta com a decisória pública, bem como a preservação e estímulo à utilização da primeira para a ‘potencialização’ da segunda. Em termos práticos, pelo ‘sistema’ misto, o julgador estava autorizado a decidir com base em elementos inquisitoriais. A ‘legitimação’ respectiva advinha da validação pela parte pública e contraditória do procedimento, mas que, factivamente, detinha (e detém) natureza meramente homologatória.

Em síntese, o mecanismo acrítico foi aplicado amplamente, inaugurando processos jurídicos de irreflexão como o da transposição das sanções corporais ao condicionamento psicológico e à reunião conflitante de sistemas penais opostos. O que aconteceu foi que, em consequência da excessiva crença na racionalidade positiva, criou-se, no direito, uma absurda lógica meramente legiferante. Ou seja, os antagonismos ‘sucumbiam’ à força da lei. Assim é que a generalidade normativa assumiu uma conformação cogente, mas também supérflua em termos de efetividade. Isso pôde ser verificado quanto à imparcialidade, axiologicamente vinulada a um conceito fundamental à democraticidade processual (princípio supremo), mas que, entretanto, sempre esteve desprovido de concretude.

Paralelamente, a denúncia relativa à ‘indiferença’ jurídica, vem sendo realizada cientificamente. Não obstante, a exoneração de sentido persiste, revelando uma contínua e aparentemente indômita crise paradigmática. No que pertine ao exercício jurisdicional, foram fixados limites importantes, mas as garantias respectivas ficaram adstritas à previsão legal. Duas dessas balizas são a isonomia e o contraditório jurisdicionais, elementos que, como se demonstrou, possibilitam a higidez dos procedimentos e asseguram limites ao poder punitivo estatal. No entanto, a fim de que se perfectibilizem é relevante uma função judicial escorreita. Inversamente, sendo tendenciosa a análise do juiz, restará viciada a apreciação substancial dos argumentos das partes, ocasionando-se um esvaziamento não só do contraditório, como da jurisdição propriamente dita — também um direito consolidado, além de albergador de tantos outros.

Daí o encadeamento entre os princípios constitutivos do processo penal e a imparcialidade. Afinal, é a ausência de prejulgamentos e ou favorecimentos que consubstancia a formação legítima e gradativa das decisões criminais, obtidas que são pela análise cruzada das reflexões das partes. Disso decorre que é insatisfatório meramente

‘afirmar’ um julgamento isento, porque o distanciamento e o desprendimento detêm uma importante ‘razão’ de ser: a possibilidade de perscrutar alegações e ponderar versões isonomicamente. Ou seja, a parcialidade não importa apenas à prévia vinculação a interesses predefinidos, mas a frustração do contraditório e do devido processo. No mesmo sentido, as predileções injustificadas podem estar relacionadas às ‘vontades’ inerentes a qualquer dos polos processuais, mas também representar ligações exteriores, de ordem epistêmica, religiosa ou política. Em consequência, o cerne da controvérsia pode não ser unicamente propensões que beneficiem os envolvidos diretamente, mas qualquer situação ideológica desigual que esmoreça os motivos pelos quais existe a jurisdição.

Em resumo, há uma relação direta entre igualdade material e imparcialidade, já que a última é, atualmente, uma consequência do quadro normativo, mas deveria ser produto da dimensão ética da justiça. A questão é complementar, a despeito de os valores ético-constitucionais antecederem toda a dinâmica. Por isso a imparcialidade deve ser compreendida como um desejo do sujeito, na medida de suas limitações, mas também como uma aspiração do conjunto das instituições jurídicas (normas, leis, procedimentos, etc), que devem, adicional e paralelamente, garantir a efetiva isonomia pela articulação das diferenças democráticas.

Ocorre que tanto elementos teórico-legislativos quanto prático-jurídicos têm-se mostrado insensíveis a essa dinâmica. Dessa forma, as primeiras manifestações acerca do equilíbrio na prestação jurisdicional vinculavam a atividade judicante apenas à neutralidade (a crença correspondia à de que o juiz seria impassível às circunstâncias da vida, assim como a lei denotaria indiferença ao conteúdo material e praticabilidade respectivas). Não obstante, apesar de tal concepção ter sido superada pela de garantia à paridade e pela conexão a valores constitucionais, as averiguações correspondentes limitaram-se à referidas reflexões, sem exaurir ou enfrentar suficientemente o problema da efetividade. Assim, a hermenêutica discursiva da imparcialidade refletiu (e ainda reflete) todo o quadro racional-legal já apresentado.

Nessa seara, verificou-se que mesmo os órgãos decisórios supranacionais conferem à questão tratamento exíguo. Em sede do tribunal europeu de direitos humanos edificou-se a proposição de ‘aparência de imparcialidade’, por meio da qual os sistemas de justiça não deveriam apenas apreciar as controvérsias de forma imparcial, mas também inspirar confiança difusa à população de que o debate é equilibrado. Essa, de fato, não é uma compreensão equivocada se voltada à legitimidade. Porém, objetivando operacionalizar tal asserção, o

mesmo tribunal idealizou a fragmentação entre imparcialidade subjetiva e objetiva, respectivamente, para definir como integrante do conceito o ânimo retilíneo do magistrado e as tais condições externas de confiabilidade. Ocorre que após uma abstrata e acertada orientação inicial, destinada a albergar a complexidade do instituto, decidiu-se que a faceta subjetiva da imparcialidade deveria ser demonstrada apenas por elementos concretos dos autos (como afirmações e fundamentações). Disso, passaram a ser insuficientes para o afastamento do juiz circunstâncias processuais como a sobreposição de funções investigatória e decisória, a coincidência de titularidade entre decisões cautelares e de mérito ou ainda o exercício do poder instrutório. Daí que, para o TEDH, a imparcialidade é subjetivamente mensurada pela disposição do intérprete, mas sua verificação só advém de frases ou indicativos extraídos da argumentação, não de condições procedimentais que podem comprometer a análise. Calha, contudo, que a obscuridade humana é capaz de ocultar e até mesmo motivar ações instintivas, tornando ilusoriamente legítimo, o que na verdade não é. Em outras palavras, há confusão entre os limites e as conjecturas subjetivas intrínsecas ao conceito material de imparcialidade, mais uma vez, vinculando-o e reduzindo-o a aspectos formais e ostensivos. Por isso, não há como deixar apenas ao intérprete a análise do assunto, são também necessários instrumentos objetivos e hipóteses específicas de desligamento dos sujeitos decisórios potencialmente parciais.

Com o propósito de esclarecer tal questão, a pesquisa apontou o relevo, da originalidade da cognição e da vedação à instrução probatória pelo juiz. Por conseguinte, foi possível constatar que o magistrado precisa se manter equidistante para poder avaliar a controvérsia com isenção e decidir de forma idônea. Semelhante argumento também foi identificado como propulsor da tese de que os elementos indiciários unilaterais devem ser afastados da formação do convencimento. Nesse ponto, a análise interdisciplinar realizada evidenciou que a separação de funções pretende impedir a contaminação da convicção por fatos não submetidos à argumentação entrelaçada e democrática. Daí a necessidade de contemporaneidade e simultaneidade cognitiva defendida por este trabalho. O propósito é obstar, inclusive processualmente, prejulgamentos que prejudiquem a indissociável percepção do processo como um procedimento em contraditório.

A respeito, foram apresentados diagnósticos e exames interdisciplinares que apontaram para necessidade de revisão procedimental de institutos contrários à imparcialidade material e que são excessivamente adstritos à racionalidade positiva. O problema é que a limitação da verificação de mecanismos psicológicos pelo Direito acaba por restringir

mudanças necessárias. Nessa perspectiva, estão as ‘heurísticas’ ou processos mentais pelo quais os indivíduos são endereçados a falhas ou equívocos de julgamento devido a atalhos do pensamento. As principais heurísticas expostas foram: a) ‘heurística da disponibilidade’, na qual a tomada de decisão acontece pela escolha reiterada e frequentemente mais exitosa; b) ‘heurística da representatividade’ que configura o etiquetamento ou formação mental de categorias, como os preconceitos - não necessariamente vinculados ao real; c) ‘heurística da ancoragem ou ajustamento, correspondente àquela em que por meio de uma decisão preliminar são direcionadas todas as subsequentes, como forma de confirmação da hipótese primeva. Ainda em sede interdisciplinar, houve também a apreciação da ‘teoria da dissonância cognitiva’ de Leon Festinger e dos estudos empíricos empreendidos por Bern Schünemann. Basicamente e fundados na psicologia social, as concepções foram complementares e demonstraram o perigo das consonâncias e prejulgamentos no tocante à imparcialidade. Ou seja, não há como seguir facultando o controle da imparcialidade apenas a um único juiz. Os riscos são reais e é necessário compreender as dinâmicas mentais para potencializar não apenas o processo penal democrático como também auxiliar a atuação dos próprios sujeitos decisórios. Em outras palavras, a missão da justiça é articular as diferenças, tanto externa quanto internamente, possibilitando posturas hermenêuticas e normativas compatíveis aos valores da jurisdição. Assim é que, por exemplo, o enfrentamento de ideologias singulares pela pluralidade de agentes decisórios e a definição de parâmetros específicos ao afastamento dos magistrados pode redundar em melhores condições à imparcialidade.

No que concerne à aplicabilidade prática da imparcialidade, verificou-se que assim como o tribunal europeu de direitos humanos, também a corte interamericana não está atenta para as nuances subjetivas concretas da imparcialidade jurisdicional. De forma simplificada, a pesquisa verificou que os precedentes do órgão julgador continental apenas reprisam as perspectivas já existentes, sem acrescentar muito ao debate. Todavia, um prisma ainda mais abstensivo é o do Supremo Tribunal Federal brasileiro que restringe a noção de imparcialidade formal, inclusive. Assim é que as hipóteses para recusa e afastamento do julgador são interpretadas restritivamente, bem como inexistente qualquer probabilidade de rejeição por causas ideológicas, políticas e religiosas. Outro ponto a aludir é a ausência de debate aprofundado sobre prejulgamento. Isso se explica pela especificidade do pensamento local, já disposto anteriormente, mas também não deixa de representar um obstáculo concreto à imparcialidade material.

Em complemento aos precedentes jurisprudenciais, a lei brasileira permite que os autos das investigações preliminares sejam mantidos com a ação, bem como admite o poder judicial à produção de provas, antes mesmo de existir uma acusação oficial. Ou seja, o Brasil não só está fechado às condições subjetivas que podem macular a higidez da decisão, como se mostra impassível ao assunto. A respeito, demonstrou-se que a legislação processual penal do país foi inspirada em uma codificação italiana já revogada. Não obstante, o Brasil segue aplicando os parâmetros que, formulados para a Itália do início do século XX, foram, há mais de vinte anos, declarados imprestáveis por lá.

Para examinar essa dinâmica, procedeu-se ao confronto entre sistemas de investigação comparados. Daí que o modelo italiano foi verificado, pois é basilar ao brasileiro. Somou-se a ele um arquétipo latino-americano, capaz de evidenciar a viabilidade de reformas instrumentais em semelhantes condições econômicas e sociais. Com base nessa análise verificou-se não apenas a pertinência de mudanças, como o atraso do modelo brasileiro que, em cotejo com os demais, mostrou-se moroso, dispendioso, burocrático e ineficiente, além de excessivamente racionalizado e destituído de importância substancial. Em síntese, a racionalidade positiva permanece vigente no Brasil e produz distorções especialmente voltadas à materialização dos direitos.

Frise-se: garantia da imparcialidade judicial é um desses elementos que, apesar de definido legislativamente não dispõe do suporte respectivo. Como aduzido, o modelo processual penal brasileiro precisa de adequações que permitam melhores condições à efetividade de um julgamento equilibrado e contraditório. Nesse sentido, o estudo dos modelos chileno e italiano indicou a adoção de um sistema de freios e contrapesos a partir do procedimento. Assim é que na Itália o juiz responsável pela investigação não é o mesmo da ação penal e, no Chile, além de tal separação, as decisões são proferidas de forma plural, em um tribunal oral que, ao menos em tese, equilibra opiniões e minora as circunstâncias permissivas de julgamentos tendenciosos.

De tudo isso, foi comprovada a tese de inadequação procedimental brasileira correspondente às condições à imparcialidade material no processo penal. Foram então apresentadas três ordens de alterações, aplicadas a curto, médio e longo prazos, mas não no sentido linear, porém de forma justaposta e concomitante. Basicamente, trata-se respectivamente, de modificações legislativas, alteração da estrutura processual e uma extensa metamorfose cultural. Para tanto e no aspecto legiferante, sugeriu-se a ampliação do rol das causas de impedimento e suspeição judicial, a adoção de cláusula aberta quanto às hipóteses

de afastamento do juiz por contaminação ideológica, religiosa ou política, supressão de elementos investigatórios dos autos da ação e subtração do poder instrutório jurisdicional. Tocante ao sistema processual penal como um todo, avaliou-se a possibilidade de separação de funções (investigação, instrução e decisão), a fim de contemplar a originalidade da cognição e evitar heurísticas e dissonâncias.

Assim, se adotada uma organização semelhante à italiana, o trabalho apontou que será premente a adoção de um procedimento bifacetado (mas não misto) com dois juízes - um para fiscalizar a coleta de indícios e provas, além de outro para decidir. Porém, em simetria a conformação chilena, serão necessários quatro magistrados, um para a fase investigatória e mais três para o tribunal oral. Ademais e concernente à disponibilidade de recursos financeiros para tal ordem de modificações no processo penal brasileiro, a pesquisa evidenciou a necessidade de uma revisão geral do conjunto, já que o custo do judiciário brasileiro é elevado em decorrência de um círculo vicioso burocrático e ineficaz.

A terceira ordem de alterações, por sua vez, está relacionada à transformação da racionalidade positiva em racionalidade ética. Trata-se de uma acepção diretamente vinculada à teoria de base desta pesquisa. Em síntese, conclui-se que boa parte das vicissitudes atinentes à aplicabilidade material do direito e dever de imparcialidade estão fundadas em um modelo de ciência asséptica e impermeável à complexidade humana, atingindo fortemente as instituições, como as jurídicas, além de autorizar um ordenamento meramente formal. Os reflexos de tal metodologia subjetiva foram e são enormes, pois ao mesmo tempo em que evidenciada a supremacia do ser, restam olvidados aspectos psicológicos e instintivos, inerentes à natureza dos indivíduos. Daí que a mutação cultural pretendida requer a apreciação conjunta do homem e de seu entorno, considerando-se nesse encadeamento, a consciência da inconsciência, além da efetiva adoção da dignidade do 'outro' criminalizado como parâmetro de existência, valorativo e exegético à atuação da jurisdição em sede das ciências criminais.

Em outras palavras, a excessiva penetração da racionalidade positiva no Brasil requer enfrentamento e subsequente superação. Não há, neste sentido, um paradoxo de racionalidade vinculado apenas à imparcialidade. Mas uma incongruência entre o direito formal e sua consequente efetividade, algo perceptível também no âmbito da aplicação da jurisdição. Assim, o sistema de freios e contrapesos proposto considera, a par da apreciação dessa realidade, a definição de valores, o emprego de normas, posturas e procedimentos jurídicos a favor dos indivíduos, modificando-se procedimentos ao lado de alterações culturais. Essa



transformação é necessária à ampliação da compreensão do caráter efetivamente garantidor do processo penal, do papel do juiz em face de sua subjetividade e, principalmente, para que a alteridade contamine princípios constitucionais penais. Em resumo, ao definir a imparcialidade como objeto de pesquisa, atentar à incompletude do instituto e sua limitada aplicabilidade, comprovou-se que o direito deve refletir a complexidade do ser e, como tal, imprescindível um conteúdo ético, capaz de perscrutar e prevenir danos decorrentes da falibilidade do homem e do Direito. Eis a tarefa que se opõe.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos [1944]. Trad. de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

\_\_\_\_\_. **Prismas**: crítica cultural e sociedade. Trad. de Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida., 1ª ed., 2ª reimp. São Paulo: Ática, 2001.

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Trad. de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

\_\_\_\_\_. **A comunidade que vem**. Trad. de Cláudio Oliveira, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Profanações**. Trad. de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. de Henrique Burigo, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1ª reimpressão, 1992.

ALTAVISTA, Giuseppe, et. al. **Criteri direttivi per una riforma del processo penale**: convegni di studio 'Enrico de Nicola'. Milano: Giuffrè Editore, 1965.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. para o espanhol de Carlos Bernal Pulido. 2ª edição (1ª reimpressão), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la argumentación jurídica**. Trad. para o espanhol de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª edição (1ª reimpressão), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALMEIDA, Fábio Portela. Resenha: The cost of rights: why liberty depends on taxes. Sunstein, Cass & Holmes, Stephen. **Revista Espaço Jurídico - Journal of Law**. Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 681-688, 2016.

ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal** (Introducción). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE) [1918]. Trad. de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

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

\_\_\_\_\_. **Violência e processo penal**: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

\_\_\_\_\_; ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da punição**: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

AMODIO, Ennio. Processo penale. **Rivista Giuristi e Legislatori**: pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto - Atti dell'incontro di studio Firenze (26-28 settembre 1996), Firenze v. 50, p. 363-383, 1997.

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório**: evolução histórica, expansão do direito penal e considerações críticas sobre o processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARANTES, Paulo Eduardo. O positivismo no Brasil: breve apresentação do problema para um leitor europeu. **Revista Novos Estudos**, CEBRAP, n. 21, jul. 1988, p. 185-194.

ARENDDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Trad. de André Duarte de Macedo, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Kury. 3ª edição, Brasília: UnB, 1992.

AROCA, Juan Montero. **Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales**. Valencia: TirantLoBlanch, 1999.

\_\_\_\_\_; COLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho jurisdiccional**. Valência: Tirant lo Blanch, 2001.

\_\_\_\_\_. **Principios del proceso penal**: um intento de explicación doctrinal basada en la razón. Valência: Tirant lo Blanch, 1998.

\_\_\_\_\_. El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 343-365, 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. **Revista Doutrina Penal**, Buenos Aires, Depalma, n. 10-40, p. 623-650, 1987.

\_\_\_\_\_. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 2ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 206

BARBOSA FILHO, Balthazar. Nota sobre o conceito aristotélico de verdade. **Cadernos de História e Filosofia da Ciência**. Campinas, vol. 13, n. 2, p. 233-244, jul-dez, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Trad. de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

\_\_\_\_\_. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Archipiélago de excepciones**. Buenos Aires: Kaatz e Barcelona: CCCB, 2008.

BAUMER, Franklin Le Van. **O pensamento europeu moderno**: séculos XVII e XVIII [1977]. Trad. de Maria Manuela Alberty, Lisboa: Edições 70, 1990.

\_\_\_\_\_. **O pensamento europeu moderno**: séculos XIX e XX [1977]. Trad. de Maria Manuela Alberty, Lisboa: Edições 70, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** [1764]. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico** [1909]. São Paulo: Ícone, 1995.

BOEIRA, Sérgio Luís; KOSLOWSKI, Adilson Alciomar. Paradigma e disciplina nas perspectivas de Kuhn e Morin. **Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis**. Florianópolis, v. 6, n. 1, p. 90-115, jan/jul. 2009.

BOÉTIE, Etienne de La. **Discurso sobre a servidão voluntária** [1548]. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ª edição, São Paulo: RT, p. 35 e 59.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 211 p., 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343-1** de São Paulo, recorrente Banco Bradesco S/A, recorrido Luciano Cardoso dos Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgamento em 22 de novembro de 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado** [1989]. Trad. de Eduardo Brandão, 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2015.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos do código de processo penal**. In: CÉSPEDES, Lúvia; ROCHA, Fabiana Dias da. Código 3 em 1 Saraiva – Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Editor, 1989

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça** [1988]. Trad. de Ellen Gracie Northflee, 1ª reimpressão, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos** [1996]. Trad. de Newton Roberval Eicheberg. 12ª edição, São Paulo: Cultrix, 2006.

CARBONARA, Vanderlei. **Educação, ética e diálogo desde Levinas e Gadamer**. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

CARRILHO, Joana Paixão; SCHOLTEN, Marc; ROSA, Inês Valente. Festinger revisitado: sacrifício e argumentação como fontes de conflito na tomada de decisão. **Revista Análise Psicológica**, ISPA. Lisboa, v. 2, n. XXIV, p. 167-177, 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar. In: PRADO, Geraldo, MARTIS Rui Cunha, CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. **Decisão judicial: a cultura brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, p. 87-137, 2012.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Pena e garantias**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

CASSARA, Rubens. R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva: 2015.

\_\_\_\_\_. **Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. O processo penal do espetáculo. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs). **Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Georgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Trad. de Beatriz Almeida Magalhães, Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

CESTARI, Roberto; NOJIRI, Sergio. **Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico**. Florianópolis: CONPEDI, 2015,

CHAISE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Trad. de Sérgio Arenhart e Gustavo Osa. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 14ª edição, 1ª reimpressão, São Paulo: Ática, 2010.

CHIGNOLA, Sandro. **A vida, o trabalho, a linguagem: biopolítica e biocapitalismo.** Cadernos IHUideias, São Leopoldo, Unisinos – Instituto Humanitas Unisinos, vol. 13, n. 228, p. 3-19, 2015.

CHILE. **Constitución política de la Republica de Chile.** Santiago, 1980. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acesso em: 17 de março de 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Benedito Eliseu Leite. Emmanuel Lévinas e a consciência do infinito. **Revista Margem**, São Paulo, n. 16, p. 108-117, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 107-125, jan./mar. 2003.

COHEN, Stanley. **Visiones de control social.** Trad. para o espanhol de Elena Larrauri, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.

COMTE, August. **Curso de filosofia positiva: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo (catecismo positivista).** Trad. José Arthur Gianotti e Miguel Lemos, 5ª edição, São Paulo: Nova Cultural, 1991.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017.** Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 02 de março de 2018.

CONSO, Giovanni; et al. **Compendio di Procedua Penale.** 8ª edição, Pádova: CEDAM - Wolters Kluwer, 2016.

COPPETTI, Alfredo; et. al. Delações falsas e o que pode nos ensinar o caso Tortora da Itália: o perigoso jogo dos ‘colaboratori di giustizia. **Empório Direito**, Florianópolis, dez/2015. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/delacoes-falsas-e-o-que-nos-pode-ensinar-o-caso-tortora-da-italia-o-perigoso-jogo-dos-colaboratori-di-giustizia/>. Acesso em 10 de junho de 2017.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal.** Tomos I e II., Trad. do italiano para espanhol de Jorge Guerrero, Colombia: Editorial Temis S.A, 2000.

\_\_\_\_\_. **Procedura Penale.** 9ª edizione, Milano: Giufrè Editore, 2012.

CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL. **Informe estadísticas anuales del poder judicial: período 2013 – 2015.** Santiago: Poder Judicial República de Chile, 2016, p. 91 e p. 115. Disponível em: <http://www.pjud.cl/documents/10179/94044/Informe+Estad%C3%ADsticas+Anuales+del+Poder+Judicial+A%C3%B1os+2013-2015.pdf/bbe4992-006f-47e5-a4c1-7fd8445bcd11?version=1.0>. Acesso em 03 de março de 2018.

COSTA, José de Faria. Comunicação social e Direitos Fundamentais. Um círculo virtuoso? In: PEIXINHO, Ana Teresa, CAMPONEZ, Carlos, VAGUES, Isabel Vargues e FIGUEIRA, João Figueira (Orgs.). **20 anos de Jornalismo contra a Indiferença.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 315-321.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 30, ano 30, p. 163-198, 1998.

\_\_\_\_\_. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-56, 2001.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Editora Notadez, ano 3, n. 11, p. 23-29, 2003.

\_\_\_\_\_. **Tópico Especial**. Porto Alegre: PUCRS, 19 e 20 de out. de 2016. (Comunicação oral).

DAMASKA, Mirjan. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**: analisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DESCARTES, René. **Discurso do método** [1637]. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. de Leyla Perrone-Moisés, 2ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DONINI, Massimo. Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario. **Criminalia Annuario di scienze penalistiche**. Edizioni ETS, 2010, p. 127-178. Disponível em <http://www.edizioniets.com/criminalia/2010/005-DONINI.PDF>. Acesso em 20 de setembro de 2017.

DOSTOIEVSKI, Fiódor. **Os irmãos Karamázovi**: texto integral. São Paulo: Nova Cultural, 1995.

DUARTE, Liza Bastos. A impossibilidade humana de um julgamento imparcial. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 85, p. 221-256, março de 2002.

\_\_\_\_\_. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 102, p. 288-308, março de 2002.

DUARTE, Rui Pinto. Algumas notas acerca do papel da 'convicção-crença' nas decisões judiciais. Themis. **Revista da Faculdade de Direito da UNIL**, ano IV. n. 6, 2003, p. 15-16. Disponível em: [rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/22\\_CONVICCAODECISOESJUDICIAIS2003.PDF](http://rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/22_CONVICCAODECISOESJUDICIAIS2003.PDF). Acesso em: 20 de agosto de 2016.

DUCE J., Mauricio. La reforma procesal penal chilena: gestación y estado de avance de un proceso de transformación en marcha. In: PÁSARA, Luis (Org.). **En busca de una justicia distinta**: experiencias de reforma en América Latina. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 195-248.

\_\_\_\_\_. Diez años de reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos In: SERRANO, Felipe Bulnes, et al. **A 10 años de la reforma procesal penal: los desafíos del nuevo sistema**. Santiago: Ministerio de Justicia, 2010.

\_\_\_\_\_. **Criminal Justice Reform in Latin America: a panoramic and comparative perspective examining its development, contents, results and challenges**. Working papers. Expansiva UDP - Public Policy Institute, Universidad Diego Portales, Santiago, 2009.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. de Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen, Lúcia M. E. Orth, 4ª edição, Petrópolis: Vozes, 2012.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE – CEPEJ. **European judicial systems: efficiency and quality of justice**. Strasbourg: Council of Europe, 2016. Disponível em <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>. Acesso em 02 de março de 2018

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores** [1396]. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder** [1958]. 5ª edição. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Editora UnB, 1988.

FARR, Robert. M. **As raízes da psicologia social moderna (1872-1954)**. Trad. de Pedrinho Guareschi e Paulo V. Maya, 11ª edição (2ª reimpressão), Petrópolis: Vozes, 2013.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual** [1975]. Trad. de Elaine Nassif. 1ª edição, Campinas: Bookseller, 2006.

FENOLL, Jordi Nieva. **La duda en el proceso penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. El sesgo ideológico como causa de recusación. **Revista Ius et Praxis**, Talca, ano 18, n. 2, p. 295- 308, 2012.

\_\_\_\_\_. Ideología e imparcialidad judicial. **Justicia: revista de derecho procesal**, Barcelona, n. 1-2, p. 23-26, 2011.

\_\_\_\_\_. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set./dez. 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. Sobre a dissonância cognitiva, o autengano e a ignorância autoimposta. **Derecho y Cambio Social**. Lima, n. 50, out. 2017, p. 2-12.



FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Luiz Flávio Gomes, São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Maria Cristina. A psicologia social contemporânea: principais tendências e perspectivas nacionais e internacionais. **Psicologia: Teoria e Pesquisa - UnB**, Brasília, v. 26, n. especial, p. 51-64, 2010.

FERREIRA-LEMOS, Patrícia do Prado. Sujeito na psicanálise: o ato de resposta à ordem social. In: SPINK, M.J.P.; FIGUEIREDO, P.; BRASILINO, J. (Orgs.). **Psicologia social e personalidade** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011, p. 89-108. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em 25 de janeiro de 2018.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do ‘giusto processo’ na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FINI, Nicola. Appunti di diritto comparato sul processo acusatório e sul processo inquisitório. In: ALTAVISTA, Giuseppe, et. al. **Criteri direttivi per una riforma del processo penale**: Convegni di Studio ‘Enrico de Nicola’, Varese: Giuffrè Editore, 1965.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Trad. de Carlos Roberto Diogo Gracia, Antônio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. **Perspectivas de la economía mundial** (sapanish version). Washington: International Monetary Fund, 2017. Disponível em <http://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2017/09/19/world-economic-outlook-ctoer-2017>. Acesso em 02 de março de 2018.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas** [1973]. Trad. de Roberto Machado e Eduardo Jardim de Moraes, 3ª edição, 4ª reimpressão, Rio de Janeiro: Nau, 2008.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder** [1979]. Trad. de Roberto Machado, 22ª edição, Rio de Janeiro: Graal, 2006.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir**: história da violência das prisões [1975]. Trad. de Raquel Ramallete, 22ª edição, Petrópolis: Vozes, 2000.

FREIRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime patriarcal [1933]. 48ª edição, São Paulo: Global, 2003.

FREUD, Sigmund. **Cinco lições de psicanálise**: Leonardo da Vinci e outros trabalhos. Trad. de Jaime Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 2006.

\_\_\_\_\_. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição standard brasileira. Vol. XIX, Trad. de Jaime Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 2006.

\_\_\_\_\_. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição standard brasileira. Vol. XXI, Trad. de Jaime Salomão, Rio de Janeiro: Imago, 2006

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Paulo Flávio Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARRETÓN M., Manuel Antônio. A redemocratização no Chile: transição, inauguração e evolução. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 27, p. 59-92, dez. 1992.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_ ; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 565-582, jul/dez 2010.

\_\_\_\_\_. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas penais contemporâneos**, Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 271-293, 2010.

\_\_\_\_\_ ; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, vol. 33, n. 102, p. 288-307, jun./2006.

GIL, Fernando. **Modos da evidência**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2017.

\_\_\_\_\_. **Risco e processo penal**: uma análise a partir das direitos fundamentais do acusado. 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Processo penal pós-acusatório? Resignificações do autoritarismo no processo penal. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, 2015.

\_\_\_\_\_ ; AMARAL, Augusto Jobim. *Criminologia (em) crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal** [1935]. Buenos Aires: IBde F, 2016.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la parcialidad)** [1950]. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal. Disponível em: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf). Acesso em: 10 jun. 2016.

GONZÁLEZ, Candela Galán. **Protección de la imparcialidad judicial**: abstención y recusación. Valência: TirantLoBlanch, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Audiência de custódia e a resistência de almas inquisitoriais. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org). **Processo penal e garantias**: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GONZALÉZ, Leonardo; PRADO, Geraldo; GOSTINSKI, Aline. Prefácio. In: BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRECO, Luis. Bern Schünemann: penalista e professor, a propósito desta coletânea. In: GRECO, Luiz (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 5-25.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert, L. **O conceito de direito** [1961]. Trad. de Armindo Ribeiro Mendes, 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Caminhos de Floresta** [1950]. Trad. de Irene Borges-Duarte, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ser e Tempo** [1927]. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª edição, Petrópolis: Vozes, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos Humanos**: uma ideia, muitas vozes. Aparecida/SP: Editora Santuário, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil [1651]. Trad. de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOBBS, Eric. **A era das revoluções**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil** [1936]. 26ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Company, 1999.

HOOFF, Stan Van. **Ética da virtude**. Trad. de Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2013.

HORKEIMER, Max. **Eclipse da razão**. Trad. de Sebastião Uchoa Leite. 7ª edição, 1ª reimpressão, São Paulo: Centauro, 2010.

HUGGINS, Martha K. **Operários da violência**: policiais, torturadores e assassinos reconstróem as atrocidades brasileiras. Brasília: Editora UnB, 2006.

HULSMANN, Louk; DE CELIS, Jaqueline B. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão [1982]. Trad. de Maria Lúcia Karan, 2ª edição, Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ILLUMINATI, Giulio. The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988). **Washington University Global Studies Law Review**, vol. 4, p. 567-581, 2005, p. 567. Disponível em [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=law\\_globalstudies](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=law_globalstudies). Acesso em 02 de abril de 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS – CHILE. **Justicia**: informe anual 2016. Santiago: Chile, 2017, p. 63. Disponível em: <http://www.ine.cl/docs/default-source/publicaciones/2017/informe-anual-de-justicia-2016.pdf?sfvrsn=13>. Acesso em 02 de março de 2017.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. Roma: Senato della Repubblica, 1948. Disponível em <http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em 15 de março de 2018.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura** [1781]. 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Textos seletos**. Petrópolis: Vozes, 2ª edição (blíngue), 1985.

\_\_\_\_\_. **Crítica da faculdade do juízo** [1790]. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [1960]. 7ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social** [1939]. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. De Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto (Ed. PUC-Rio), 2006.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**. Trad. de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas** [1962]. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 5ª edição, São Paulo: Perspectiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **O caminho desde a estrutura**: ensaios filosóficos. Trad. de Cesar A. Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

KUIAVA, Evaldo Antônio. Sobre a neutralização da diferença. In: KUIAVA, Evaldo Antônio; BONFANTI, Janete (Orgs). **Ética, política e subjetividade**: homenagem a Cecília Pires. Caxias do Sul: Educs, p. 201-214, 2009.

LACAN, Jacques. **Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise**: escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e direito**: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.

\_\_\_\_\_. **O estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **A decisão judicial**: elementos teóricos-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais. Joaçaba: Editora UNOESC, 2012.

LENNON, Maria Inês Horvitz; MASLE, Julián López. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo II, Santiago: Editorial Juridica del Chile, 2004.

LEVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Trad. de João Gama, Lisboa: Edições 70, 2013.

\_\_\_\_\_. **Totalidade e infinito**. Trad. de José Pinto Ribeiro. 3ª edição, Lisboa: Edições 70, 2015.

\_\_\_\_\_. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Trad. de Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil** [1681]. Trad. de Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, v. 145, p. 101-112, 2000.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_; GLOECKNER Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPEZ, Julio Siquenza. Sospechas de parcialidad: un nuevo enfoque. **Justicia**: Revista de Derecho Procesal, Barcelona, n. 1-2, p. 27-33, 2011.

LORA, Deise Helena K. 'Ensino' da criminologia no Brasil: desnudando a interferência do paradigma dogmático na expansão do pensamento jurídico crítico. In: CHAVES, Luiz Carlos, BONAMIGO, Irme Salete (Orgs). **Educação e violências**: múltiplas reflexões docentes. Chapecó: Sinproeste, p. 45-67, 2016.

\_\_\_\_\_. A verdade como revelação no processo penal: da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. **Revista Sistema Penal e Violência**. PUCRS, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 238-248, ago. 2015.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Trad. de Juarez Guimarães e Suzane Felicie Léwy. 8ª edição, São Paulo: Cortez, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Trad. para espanhol de Santiago López Petit e Dorothee Schmitz, Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição da Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHIAVELLI, Nicolo. **Comentários sobre a primeira década de Tito Livio** [1517]. Trad. de Sérgio Bath, 2ª edição, Brasília: UnB, 1982.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na *práxis* jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito**: conceito, objeto, método. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_. O poder judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão. **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 29-43, 1994.

MARTINS, Onilza Borges. Teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger. **Educar em Revista**. Curitiba, v. 2, n 1, jan-abr., 1982.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Algumas notas acerca do papel da ‘convicção-crença’ nas decisões judiciais. Themis. **Revista da Faculdade de Direito da UNIL**, ano IV. n. 6, 2003, p. 15-16. Disponível em: [rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/22\\_CONVICCAODECISOESJUDICIAIS2003.PDF](http://rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/22_CONVICCAODECISOESJUDICIAIS2003.PDF). Acesso em: 20 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas. **Revista Sistema Penal e Violência**. PUCRS, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 8-90, já.;jun 2010

MATE, Reyes. **Meia noite na história**: comentários às teses de Walter Benjamin “sobre o conceito de história”. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

MATLIN, Margaret W. **Psicologia cognitiva**. Trad. de Stella Machado, Rio de Janeiro: LTC, 2004.

MATOS, Olgária. **A escola de Frankfurt**: luzes e sombras do iluminismo. São Paulo: Moderna, 1993.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção ao juiz de garantias. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8ª edição, São Paulo: RT, 2014.

MIGLINO, Arnaldo. **As cores da democracia**. Trad. de Fauzi Hassan Choukr, 2ª edição, Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MINISTERIO DE JUSTICIA E DERECHOS HUMANOS. **Diagnóstico del procedimiento procesal penal**. Santiago: MJ Chile, 2014, n.p. Disponível em: <http://www.minjusticia.gob.cl/10-anos-de-la-reforma-procesal-penal/> Acesso em 04 de março de 2018.

MINGHELLI, Marcelo. Crítica waratiana à teoria do direito: os mitos do ensino jurídico tradicional. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 36, p. 93-104, 2001.

MISOCZKY, Maria Ceci A. Da abordagem de sistemas abertos à complexidade: algumas reflexões sobre seus limites para compreender processos de interação social. **Cadernos EBAPÉ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 01-17, Ago. de 2003. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S167939512003000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167939512003000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em 10 de setembro de 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512003000100002>.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, José Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética: aproximações com o campo da educação. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro, vol.19, n.57, p.461-475, jun. de 2014. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782014000200010&lng=en&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782014000200010&lng=en&nrm=isso). Acesso em 12 de setembro de 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis** [1747]. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORE, Thomas. **Utopia** [1516]. Trad. Anah de Melo Franco, Brasília: Editora UnB (Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais), 2004.

MORALES, Rodrigo Rivera. La imparcialidad judicial como garantia del debido proceso. **Justicia**: Revista de Derecho Procesal, Barcelona, n. 1-2, p. 17-22, 2011.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente. **Introducción al derecho procesal**, 4ª ed, Valência: Tirant Lo Blanch, 2003. Disponível em <http://server1.docfoc.com/uploads/Z2016/01/08/3neiQDAxB5/2bee7195589c019877300d9416b869dd.pdf>. Acesso em 25 de ago. de 2016.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo** [2005]. Trad. de Eliane Lisboa, 3ª edição, Porto Alegre: Sulina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Saberes globais e saberes locais**: o olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

\_\_\_\_\_. **O método 1**: a natureza da natureza [1977]. Trad. de Ilana Heineberg, 3ª edição, Porto Alegre: Sulina, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ciência com consciência** [1982]. Trad. de Maria D' Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. 15ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NASSIF, Aramis. Reflexões crítico-fragmentárias sobre a sentença penal. In: CARVALHO, Salo (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 209-220.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1995.

NIETZSCHE, Frederick. A gaia **ciência**. [1882/1885]. Trad. de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

NUNES, Dierle. Jurisdição, processualismo democrático e alguns novos dilemas e papéis da ciência processual. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Novo constitucionalismo latino americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA**. Washington: OEA, 2014. Disponível em: <http://www.oas.org/dsp/observatorio>. Acesso em 03 de março de 2018.

ORLANDI, Renzo. Il método della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e l'apporto delle conoscenze extranormative. **Criminalia - Annuario di scienze penalistiche**, Edizioni ETS, 2014, p. 619-636. Disponível em [http://www.edizioniets.com/Priv\\_File\\_Libro/3050.pdf](http://www.edizioniets.com/Priv_File_Libro/3050.pdf). Acesso em 15 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_. Diritti Individuali e Processo Penale nell' Itália republicanda. **Sistema Penal e Violência**: revista eletrônica da faculdade de Direito PUCRS. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 1-18, jan./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. 'Operazione Mani Pulite' e seu contexto político, jurídico e constitucional. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul./Dez. p. 378-405.

ORTELLS RAMOS, Manuel. **Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional em la constitución espanhola**. Madrid: Universidad de Extremadura. (concurso-oposición a la Cátedra de Derecho Procesal), 1984.

OST, François. **O tempo do Direito**. Trad. de Élcio Fernandes, Bauru: Edusc, 2005.

PASSETTI, Edson. Um ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista Verve**, n. 9, 2006.

PAULA, Leonardo Costa de. O devido processo legal à luz de uma hermenêutica constitucional prospectiva. In: XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 2983-2998.

PELLIZZOLI, Marcelo Luiz. **Levinas: a reconstrução da subjetividade**. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 246.



PETRAGLIA, Izabel Cristina. **A educação e a complexidade do ser e do saber**. Petrópolis: Vozes, 2001.

PINTO, Almir Pazzianoto. **O juiz e a sentença**. Brasília: Editora Consulex, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

PIVATTO, Pergentino S. A questão do humano e o animal rationale. **Veritas**. Porto Alegre, vol. 51, n. 2, 117-127, jun. de 2006.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

\_\_\_\_\_. **Conjecturas e Refutações**. Trad. de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Revista Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. A transição democrática no Brasil e o sistema de justiça criminal. In: **Ciclo de Conferências**. Faculdade de Direito. Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX. Universidade de Coimbra. Coimbra, 06 de novembro de 2012.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 2ª edição, Campinas: Millennium, 2003.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo [1942]**, 6ª edição, São Paulo: Editora Brasiliense, 1961.

RIEGO, Cristián; DUCE, Maurício. La capacitación interinstitucional en la reforma a la justicia criminal en Chile. **Revista Sistemas Judiciales**, Buenos Aires, n. 1, p. 67-93.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **A crise do ensino jurídico de graduação no Brasil contemporâneo: indo além do senso comum**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 1992.

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

\_\_\_\_\_. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4ª edição, Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_. **O que é garantismo jurídico.** Florianópolis: Habitus, 2003.

\_\_\_\_\_. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, vol. 11, n. 2, p. 219-23, jul-dez 2006.

\_\_\_\_\_.; Khaled, Salah. **In dubio pro hell:** profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. O culto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs). **Processo penal e garantias:** estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 57-70.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano Chaves. **Direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007.

ROSS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. The observatory of social and political elites of Brazil. **Revista do Núcleo de pesquisa em sociologia política brasileira,** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social:** princípios do direito político [1762]. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós modernidade. 13ª edição, São Paulo: Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências.** 7ª edição, São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 8ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** Trad de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein, 28ª edição, São Paulo: Cultrix, 2012.

SCHERILLO, Alessandro. **Il processo mass-mediatico quando la collettività si identifica nella cronaca nera.** Trabalho de conclusão - Corso di alta specializzazione in materia di criminologia applicata. Piemonte, Itália, 108 p., 2012-2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In: **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

SCHWARTZMAN, Jacques. **Políticas de ensino superior no Brasil da década de 90**. São Paulo: USP, núcleo de pesquisas sobre ensino superior, 2003.

SENA, Jaqueline Santa Brígida. **O dogma da neutralidade na prestação jurisdicional: uma abordagem jusfilosófica a partir do pensamento de Luiz Alberto Warat**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica de la razón cínica** [1983]. Trad. de Miguel Ángel Veja, Madri: Ediciones Siruela, 2003.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos**. Trad. de Max Altman. 3ª edição, Rio de Janeiro: Record, 2006.

SORTO, Fredys Orlando. **Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes**. Verba Juris. João Pessoa, n. 3, p. 73-91, jan./dez. 2004.

SOUZA, Renato Santos de. O funcionalismo sistêmico nas teorias social e organizacional: evolução e crítica. **READ - Revista Eletrônica de Administração**, Porto Alegre, vol. 7, n.1, mar. 2001. Disponível em: <<http://read.adm.ufrgs.br/read19/artigo/artigo1.htm>>. Acesso em: 07 de nov. de 2016.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Sujeito, ética e história: Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

\_\_\_\_\_. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 111-137, 2004.

\_\_\_\_\_. Três teses sobre a violência: violência e alteridade no contexto contemporâneo. **Civitas – Revista de Ciências Sociais.**, vol.1, n. 2, p.7-10, jun. de 2001.

\_\_\_\_\_. **Kafka: a justiça, o veredicto e a colônia penal**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Alteridade e justiça: uma introdução ao pensamento ético de E. Levinas. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 88-104, jan-fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo**. Escritos em versão eletrônica para estudantes PUCRS (seminários de filosofia). Porto Alegre, 2011.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. Trad. de Anna Maria Dalla Luche e Roberto Galman, São Paulo: Cengage Learning, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate ‘positivismo (neo) constitucionalismo’. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto (Orgs). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**, São Paulo: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUÁREZ, Javiera Blanco. Aportes desde la sociedad civil al proceso de cambio en el sistema de enjuiciamiento criminal chileno. In: SERRANO, Felipe Bulnes, et al. **A 10 años de la reforma procesal penal: los desafíos del nuevo sistema**. Santiago: Ministerio de Justicia, 2010.

SUSIN, L. C. **O homem messiânico: uma introdução ao pensamento de Emmanuel Levinas**. Porto Alegre: EST/Vozes, 1984.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. de Vítor de Paula Ramos, 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático [1835]**. Trad. de Eduardo Brandão, 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2007.

UBERTIS, Giulio. Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano, nuova serie, anno L, p. 18-30, 2007.

VALDIVIESO, Carlos; WAGNER, Gert; FONTAINE, Ernesto. **Reforma procesal penal: analisis costo-beneficio**. Santiago, 1996. Disponível em [http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/1996/01/m252-rpp\\_analisis\\_costo\\_beneficio.pdf](http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/1996/01/m252-rpp_analisis_costo_beneficio.pdf). Acesso em: 10 de abril de 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal: fundamentos político-criminais**. Lisboa: Artipol, 2017.

\_\_\_\_\_. Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-120, 2015.

\_\_\_\_\_. **A polícia do estado democrático de direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da “verdade real”: tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. **Sociologia e Antropologia**. Rio de Janeiro, v. 02, p. 237-265, 2012.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. O “sistema acusatório” do processo penal brasileiro: apontamentos acerca do conteúdo da acusatoriedade a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-204, jul/dez 2015.

\_\_\_\_\_.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do ‘patteggiamento’ e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015.

VIGIL NETO, Luiz Inácio; WIPRICH, Tassiane Andressa. Estudos sobre a história do direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 70, set./dez., p. 242-287, 2011.

VYGOTSKY, Lev S. **A formação social da mente**: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores. Trad. de José Cipolla Neto, Luis Silveira Menna Barreto e Solange Castro Afeche. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 59-65 e p. 77.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 3, volume 5, p. 48-57, 1982.

\_\_\_\_\_. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2002.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. Derecho al derecho. In: MEZZARROBA, Orides, et al., (Orgs.). **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-60.

\_\_\_\_\_. A ciência jurídica e seus dois maridos. In: MEZZARROBA, Orides, et al., (Orgs.). **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 61-186.

\_\_\_\_\_. Os quadrinhos puros do direito. In: MEZZARROBA, Orides, et al., (Orgs.). **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. p. 563-583.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIMERMAN, David. **Fundamentos psicanalíticos**: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática. Porto Alegre: Artmed, 1999.

\_\_\_\_\_.; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millennium, 2002.

ZIZEK, Slavoj. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um mapa da ideologia**. Trad. de Vera Ribeiro, Rio de Janeiro: Contraponto, 1ª reimpressão, 1996.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)