

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM CIÊNCIAS CRIMINAIS DO CURSO DE MESTRADO

MARCOS EUGÊNIO VIEIRA MELO

**CULTURA DA ORALIDADE COMO TÉCNICA DE EFETIVAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM  
CONTRADITÓRIO E SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO INQUISITÓRIA**

Porto Alegre  
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

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

**CULTURA DA ORALIDADE COMO TÉCNICA DE EFETIVAÇÃO DO  
PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO  
INQUISITÓRIA**

**MARCOS EUGÊNIO VIEIRA MELO**

Dissertação apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Mestre em  
Ciências Criminais na Pontifícia  
Universidade Católica do Rio Grande do  
Sul

Orientador: Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra

**MARCOS EUGÊNIO VIEIRA MELO**

**CULTURA DA ORALIDADE COMO TÉCNICA DE EFETIVAÇÃO DO  
PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO  
INQUISITÓRIA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Porto Alegre/RS, 19 de fevereiro de 2019.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra – Presidente (PPGCCRIM/PUCRS)

---

Prof. Dr. Alexandre Lima Wunderlich (PPGD/PUCRS)

---

Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza (PPGCCRIM/PUCRS)

## Ficha Catalográfica

M528c Melo, Marcos Eugênio Vieira

Cultura da Oralidade como Técnica de Efetivação do Procedimento em Contraditório e Superação da Tradição Inquisitória / Marcos Eugênio Vieira Melo . – 2019.

229 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra.

1. Processo penal. 2. Oralidade. 3. Procedimento em contraditório. 4. Originalidade cognitiva. 5. Mentalidade inquisitiva. I. Saavedra, Giovani Agostini. II. Título.

À minha mãe, avó, irmãos, familiares e amigos, que sempre me apoiaram e me incentivaram na minha vida profissional e no meu crescimento como pessoa.

## AGRADECIMENTOS

Quanto custa um sonho? Acredito que sonhos não têm preço. Podem custar cinco, dez, vinte, cinquenta anos ou uma vida inteira. Há algum tempo tive um sonho de estudar e aprender com aqueles que eu lia os livros e admirava durante a graduação em direito. Fazer mestrado em Ciências Criminais na PUCRS se tornou um sonho para um jovem alagoano que pensava alto: estudar no melhor Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais do país.

No final do ano de 2016 recebi a notícia que tinha passado na seleção de mestrado da PUCRS e o sonho começou a se transformar em realidade. Um mundo totalmente novo me esperava, uma vida e costumes diferentes que eu não estava habituado. Porém, estava determinado a sair da minha cidade, da minha zona de conforto e ir morar a aproximadamente 3.600 km de distância (Maceió-Porto Alegre), sem conhecer ninguém, mas certo de que para realizar um sonho teria que deixar para trás algumas pessoas e coisas que eu amo.

No início de 2017 fui em busca do meu sonho, agora como mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Cheguei em Porto Alegre sem conhecer nada, era tudo desconhecido, mas saí de lá um ano depois aprendendo a amá-la e com certeza sabendo que é e sempre será uma segunda casa para mim, principalmente por todas as amizades que fiz durante o ano de 2017. E tenho sorte de terem sido muitas e verdadeiras.

Por isso, posso com imenso prazer dizer que esse sonho só foi possível com a ajuda de diversas pessoas, que tenho a obrigação moral de agradecer:

Primeiramente, à minha família, minha mãe Fátima, meus irmãos Paulo Victor e Isabela e minha avó Ausair, que sempre foram um alicerce para mim e nunca deixaram de me apoiar em todas as minhas escolhas. Sou um privilegiado por tê-los em minha vida e esse sonho só está se realizando por causa deles.

À UNIT/AL, na pessoa da minha eterna coordenadora Karol Mafra, onde o direito e a pesquisa se tornaram paixões para mim e onde desde o começo me deram todo o apoio e condições para que eu pudesse iniciar na pesquisa.

Ao Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal, na pessoa do seu fundador e coordenador André Sampaio, meu sempre professor e amigo, que foi o principal responsável por me fazer me apaixonar pelas Ciências Criminais e o meu maior incentivador a fazer o mestrado na PUCRS. Aos membros do grupo, meus amigos Arthur, Amanda, Anna, Jéssica, Laura, Manoel, Marcelle (Martim), Herval, Nanda, Thayná, Zé, Mariana e Winicius, por todas as discussões e apoio nesses últimos dois anos.

À todos que fazem parte do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, pelo acolhimento inexplicável que me deram, na pessoa da coordenadora Ruth Gauer. Ao pessoal da secretaria, que não tenho nem palavras pra agradecer o quanto me ajudaram nesses dois anos de curso: Márcia, Caren, Pati e Uillian. Aos professores, na pessoa do meu orientador Giovani Saavedra, por todo o aprendizado e tempo desferido na realização deste trabalho.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela bolsa de estudos concedida durante o período de estudos.

Aos meus colegas do mestrado, pois não poderia ter tido turma melhor e mais diversificada: 4 das 5 regiões brasileiras estavam representadas. Agradeço por todos os momentos compartilhados com vocês e todas as discussões em alto nível e com muito aprendizado durante a convivência em todo o curso.

E por fim, mas não menos especial, à todos os meus amigos de Maceió e de Porto Alegre, em especial aos meus irmãos do apartamento 09 no Bom Fim, com quem convivi quase que diariamente por um ano: Fernando, Gustavo, Theo e Tiago; aos meus nordestinos porto alegrensenses, que sempre que sentia saudades de casa me faziam me sentir mais perto: Mariana, paraibana raiz, e meus irmãos maranhenses Ítalo, Maricy, Hélder e Manuela; e às gaúchas mais que especiais, que sem elas não sei como sobreviveria racionalmente em Porto Alegre: Daniela, Luiza e Laura.

## RESUMO

O presente trabalho almeja desenvolver uma análise crítica do processo penal brasileiro contemporâneo, fundamentalmente em relação ao autoritarismo presente na formação da sociedade brasileira e no seu reflexo dentro do processo penal, ocupando-se em verificar se a técnica do processo oral concretiza princípios políticos processuais da formação probatória, de forma que possa potencializar o procedimento em contraditório e sirva como modelo para os atores jurídicos. Trata-se de um modelo que se pauta predominantemente em audiências no lugar de atas escritas para que haja uma maior originalidade cognitiva do julgador, na tentativa de superação de modelos inquisitórios em que a produção probatória é produzida de forma unilateral, sem a participação da defesa e legitimada em uma audiência que reproduz o que já está formado. Após a definição das premissas fundamentais desse processo de legitimação, incluindo-se significantes como a “verdade absoluta” e o “livre convencimento”, bem como uma visão crítica do contraditório, apresenta-se os problemas de um efficientismo baseado em uma “nova razão do mundo neoliberal” dentro do sistema penal e suas implicações no processo penal. Posteriormente, estuda-se a permanência da cultura inquisitória na América Latina e o peso da mentalidade inquisitória dentro do processo penal brasileiro, especialmente na fase preliminar, que se trata do núcleo principal da formação probatória, tal qual suas implicações na legitimação admitida pelo processo penal brasileiro, principalmente por meio do “jogo sujo” do art. 155 do Código de Processo Penal, contaminando o magistrado que tem acesso a esses autos ou participa dessa fase. Por último, analisa-se como se dá um processo verdadeiramente oral, apresentando os princípios inerentes a um processo pautado na oralidade, quais sejam a imediação, a concentração, a identidade física do juiz, a publicidade e o contraditório. Verifica-se por fim, como ocorreu a reforma global do código italiano e algumas lições que podem ser retiradas desse processo, bem como a refundação dos processos penais na América Latina fundada na oralidade e na mudança estrutural das instituições como um paradigma a ser adotado pelo Brasil no futuro.

**Palavras-chave:** Processo penal. Oralidade. Procedimento em contraditório. Originalidade cognitiva. Mentalidade inquisitiva.



## ABSTRACT

The present work seeks to develop a critical analysis of the contemporary Brazilian criminal process, fundamentally in relation to the authoritarianism present in the formation of the Brazilian society and its reflection within the criminal process, being in charge to verify if the technique of the oral process concretizes political principles procedural of the evidence, so that it can enhance the procedure in a contradictory way and serve as a model for legal actors. It is a model that is based predominantly on audiences in place of written records so that there is a greater cognitive originality of the judge, in the attempt to overcome inquisitorial models in which the probative production is produced unilaterally, without the participation of the defense and legitimized in an audience that reproduces what is already formed. After the definition of the fundamental premises of this process of legitimation, including signifiers such as "absolute truth" and "free convincing of the judge", as well as a critical view of the contradictory, will the problems of an efficiencyism based on a "new reason for the neoliberal world" within the penal system and its implications in criminal proceedings. Subsequently, it will be studied the permanence of the inquisitorial culture in Latin America and the weight of the inquisitorial mentality within the Brazilian penal process, especially in the preliminary phase, which is the main nucleus of the evidential formation, as its implications in the legitimacy admitted by the Brazilian criminal procedure, mainly through the "dirty game" of article 155 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, contaminating the magistrate who has access to these proceedings or participates in this phase. Finally, we will analyze how a truly oral process takes place, presenting the principles inherent in a process based on orality, namely the immediacy, concentration, physical identity of the judge, publicity and contradictory. Finally, we will analyze how the overall reform of the Italian Code occurred and some lessons that can be drawn from this process, as well as the re-founding of criminal proceedings in Latin America based on orality and the structural change of institutions as a paradigm be adopted by Brazil in the future.

**Keywords:** Criminal process. Orality. Contradictory proceedings. Cognitive originality. Inquisitorial mentality.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO.....   | 13        |
| <b>1 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA SOB O PRISMA DA LEGITIMAÇÃO PELO CONTRADITÓRIO.....</b>  | <b>17</b> |
| 1.1 Sistemas processuais e a verdade absoluta (ainda) como princípio no processo penal: necessidade da mudança de paradigma .....   | 17        |
| 1.2 A passagem ao livre (?) convencimento e a consolidação do decisionismo como forma de julgamento: mudam-se as estruturas mas a essência continua a mesma .....   | 29        |
| 1.3 O <i>impulso inquisitivo</i> no processo penal brasileiro: a permanência da cultura autoritária e o desamor ao contraditório .....  | 36        |
| 1.4 O procedimento em contraditório como defraudador de expectativas: para além da informação e reação .....  | 46        |
| 1.5 Breves notas sobre o Sistema adversarial da <i>common law</i> e a paridade de armas: seria esse sistema o mais apropriado para um verdadeiro processo de partes em contraditório? .....                 | 57        |
| 1.6 O problema da eficiência no processo penal em contraditório: quando o processo vira mera exposição mercadológica neoliberal .....   | 70        |
| <b>2 NEOINQUISITORIALISMO PROCESSUAL E A CONTAMINAÇÃO DO JULGADOR COM OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO: DOS OBSTÁCULOS PARA QUE HAJA UM JULGAMENTO VERDADEIRAMENTE ORAL E COM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO .....</b> | <b>81</b> |
| 2.1 As permanências inquisitórias nos processos penais da América Latina .....  | 82        |
| 2.2 O peso da mentalidade inquisitória na fase preliminar brasileira: limitação defensiva e não observação do devido contraditório.....   | 87        |
| 2.3 O problema da expansão da investigação preliminar e a falácia do sistema bifásico: a brecha no art. 155 e o “jogo sujo” processual .....  | 97        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>2.4 O conhecimento dos autos do inquérito pelo julgador e a sua contaminação (in)consciente: o porquê da inexistência de um julgamento imparcial e/ou oral nessas condições.....</b>   | <b>113</b> |
| <b>2.5 Discussão em torno do valor probatório dos atos de investigação no Brasil: o problema em torno da imediação e das “falsas oralidades” .....</b>                                    | <b>125</b> |
| 2.5.1 A oralidade como facilitadora da imediação no momento da formação probatória.....   | 126        |
| 2.5.2 Afinal, atos de investigação podem ser valorados na sentença? A diferença entre atos pré-constituídos e atos constituídos e a importância da cadeia de custódia das provas .....    | 130        |
| <b>3 ORALIDADE COMO TÉCNICA DE DEMOCRATIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO.....</b>  | <b>140</b> |
| <b>3.1 O que é um processo fundado na oralidade? .....</b>  | <b>140</b> |
| 3.1.1 Princípios inerentes a um juízo efetivamente oral: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório .....  | 145        |
| 3.1.2 Oralidade e a tentativa de democratização do processo penal na América Latina   | 152        |
| <b>3.2 Os ensinamentos da reforma do novo Código de Processo Penal italiano e as dificuldades da implantação de um verdadeiro sistema acusatório e oral no Brasil .</b>                   | <b>160</b> |
| 3.2.1 A reforma do processo penal italiano como lição à reforma brasileira: a permanência de um inconsciente inquisitório nas práticas processuais penais .....                           | 160        |
| 3.2.2 Reformas parciais no Código de Processo Penal Brasileiro e a permanência de seu núcleo autoritário .....  | 170        |
| <b>3.3 Algumas ideias advindas das reformas latino-americanas para a implementação de um sistema oral no Brasil.....</b>  | <b>181</b> |
| 3.3.1 Organização da atividade jurisdicional como fator preponderante em um juízo oral: a necessidade de separação das funções administrativas e jurisdicionais no Poder Judiciário ..... | 181        |
| 3.3.2 A (verdadeira) função do Ministério Público em um processo penal oral .....   | 184        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>3.4 A oralidade como principal técnica de potencialização do procedimento em contraditório no processo penal.....</b> | <b>189</b> |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>   | <b>194</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>   | <b>210</b> |

## INTRODUÇÃO

Em meio ao panorama atual da política criminal e das intensas discussões acerca da relativização dos direitos e garantias fundamentais, especialmente no campo do sistema criminal, o presente trabalho se ocupa em verificar técnicas eficazes para concretizar princípios políticos processuais que tornem o processo penal mais democrático e reduza danos que uma história autoritária da América Latina ajudou a modelar. Para isso, na matéria processual penal a prova e suas implicações políticas acabam repercutindo na questão autoritária ou democrática do processo, ao passo que a política de gestão da prova e a forma de sua produção passam a ser de suma importância na hora de valorar se um determinado sistema processual penal está mais ou menos próximo do ideal democrático de uma efetiva participação e influência das partes na decisão do julgador.

Diante disso, delimita-se o problema principal da presente pesquisa em: a técnica do processo penal pautado na oralidade poderá potencializar o procedimento em contraditório, democratizando o processo penal e servindo como uma contenção ao autoritarismo presente no cerne do processo penal brasileiro, principalmente no que tange à legitimação dos atos produzidos na fase de investigação preliminar na formação da livre apreciação da prova pelo julgador?

Para isso, outras questões foram colocadas como importantes para o desenvolvimento do que seria um processo verdadeiramente oral e construído por meio do contraditório: (a) como o sistema inquisitório consegue manter suas raízes nos processos penais contemporâneos? (b) como se dá a produção de provas no processo penal brasileiro, realçando a tradição autoritária da sociedade brasileira e a tendência inquisitória em produzir uma verdade tida como absoluta? (c) como se dá um processo com um efetivo contraditório entre as partes em paridade de armas? (d) quais os problemas que o eficientismo pode trazer na legitimação do punitivismo por meio de um processo penal com garantias relativizadas? (e) quais os obstáculos processuais para se ter um processo realmente oral? (f) o que se entende por oralidade no processo penal? (g) como os países da América Latina modificaram seus processos penais com base na oralidade e quais os ensinamentos para o Brasil?

Assim, parte-se da hipótese de que por meio da implementação de um verdadeiro procedimento oral no processo penal brasileiro poderá haver uma potencialização das garantias processuais penais, especialmente do contraditório, possibilitando às partes uma participação em igualdade e eliminando ou ao menos reduzindo os danos advindos da fase de

investigação preliminar. Ademais, é notório que a produção das provas pelas partes na esfera penal deverá respeitar a formação em contraditório judicial. Contudo, o que se percebe é que o contraditório é visto de forma simplória e a serviço de uma legitimação do procedimento penal “a qualquer custo”, perdendo assim a sua aptidão de regulação das expectativas e evidências advindas da investigação preliminar.

Parte-se, portanto, da premissa que no direito processual penal brasileiro a matriz cultural parte de um cunho inquisitorial, que somado à apologia ao punitivismo exacerbado fazem com que o acusado se torne mero objeto para se chegar à determinada verdade perseguida. Assim, certos magistrados tendem a se infectar com esse determinado *impulso inquisitivo* e ir atrás de provas para complementar seu “livre convencimento”.

Essa contínua busca exacerbada da verdade faz com que o contraditório seja prejudicado, principalmente pela falta de dialeticidade na formação das provas, que em sua maioria são produzidas na fase de investigação preliminar por um único órgão (Polícia ou Ministério Público) e, por consequência, com ausência de um verdadeiro contraditório como princípio fundante na constituição das provas e com a efetiva participação e influência das partes na futura decisão do julgador.

Com isso, a relevância do presente estudo dá-se, fundamentalmente, porque nos tempos atuais os procedimentos investigatórios estão cada vez mais complexos e expansionistas, enquanto a fase processual torna-se secundária. Com essa expansão, tudo passa a ser produzido na fase preliminar e transportado posteriormente para a fase processual por meio de meros discursos retóricos, tornando, assim, o contraditório apenas figurante no processo penal brasileiro. Desse modo, tem-se uma visão reducionista do contraditório, que serve muitas das vezes unicamente como forma de legitimar pretensões punitivas através daquilo que já foi produzido anteriormente de forma unilateral e inquisitória.

A presente pesquisa, deste modo, visa a estudar se a técnica da oralidade poderá servir como uma forma potencializadora na formação das provas em contraditório, fazendo com que haja uma efetiva participação e influência de ambas as partes processuais na decisão do juiz, diminuindo os possíveis danos provenientes das evidências produzidas unilateralmente na fase pré-processual, tornando a audiência o local preponderante na produção das provas de modo que garanta uma originalidade cognitiva do julgador.

Portanto, para abordar de forma sistemática esses assuntos, dividiu-se o trabalho em três partes. Primeiramente, no primeiro capítulo serão definidas as premissas fundamentais do processo de legitimação probatória no processo penal. Para isso, insta desenvolver como se deu o processo de construção do discurso da tradição inquisitorial no ocidente, no qual a

verdade absoluta e o livre convencimento legitimam a liberdade probatória sem que haja limites para sua produção. O primeiro capítulo também toca na questão dos sistemas processuais penais e suas implicações sobre um processo verdadeiramente democrático onde cada sujeito processual cumpra seu papel sem atingir a função do outro. Ainda neste capítulo, construir-se-á uma visão crítica do contraditório, no qual seja para além da sua definição clássica e seja tratado não como um princípio suscetível de ponderação, mas como uma “técnica de coleta probatória”<sup>1</sup> onde as partes atuem em paridade e ambas possam influenciar a decisão final. Após, tentar-se-á fazer uma breve análise de como se desenvolveu o processo adversarial anglo-americano e suas diferenças e semelhanças com o sistema continental em relação a produção probatória. Por fim, analisar-se-á qual as implicações do eficientismo dentro do sistema penal e seus reflexos na diminuição dos direitos e garantias no processo penal.

No segundo capítulo, adentrar-se-á no problema da permanência da cultura inquisitória na América Latina trazida desde a colonização dos países ibéricos e suas implicações atuais no processo penal contemporâneo e quanto isso afeta como obstáculo na tentativa de fazer um processo efetivamente oral e contraditório. Para isso, analisar-se-á o peso da mentalidade inquisitória dentro do processo penal brasileiro, especialmente na fase preliminar, no qual a legislação ainda é praticamente a do código de 1941 inspirado no fascismo italiano. Após, far-se-á uma explanação do problema da expansão da investigação preliminar como núcleo principal da formação probatória e suas implicações na legitimação admitida pelo processo penal brasileiro, principalmente por meio do “jogo sujo” do art. 155 do Código de Processo Penal. Seguindo, explicar-se-á o porquê de se um julgador participar ou tiver acesso da investigação preliminar ele não poderá julgar de forma imparcial e dessa forma não terá como existir processo, muito menos oral, uma vez que para se ter um processo oral é necessário originalidade cognitiva do julgador. Por último, tratar-se-á do valor probatório dos atos de investigação e do problema das falsas oralidades, que está ligado com a produção probatória a partir do princípio da imediação.

No terceiro e último capítulo deste trabalho, estruturar-se-á a ideia de como é um processo verdadeiramente oral, tomando-se cuidado com o reducionismo que se apresenta no conceito de oralidade, tal qual a palavra falada sobre a escrita ou a colocação da oralidade como sinônimo de eficiência e celeridade, muitas vezes advindas do processo civil. Em

---

<sup>1</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423.

seguida, analisar-se-á os princípios inerentes a um processo oral, quais sejam a imediação, a concentração, a identidade física do juiz, a publicidade e o contraditório.

Entende-se, portanto, neste trabalho que uma cultura da oralidade no processo penal potencializará essas garantias, mormente o contraditório em paridade de armas na fase de debates. Essa cultura da oralidade não é apenas uma verbalização na fase judicial, mas toda uma estrutura processual fundada em audiências que propicia um julgamento mais democrático e com menos abertura a erros judiciais. Ainda, conceituar-se-á a oralidade como todo um modelo de sistema judicial.

Também no terceiro capítulo, analisar-se-á como ocorreu a reforma global dos processos penais na América Latina fundada na oralidade e na mudança estrutural das instituições. Posteriormente, verificar-se-á como se deu a reforma no processo penal italiano e como ela pode servir de lição para o Brasil, bem como como ocorreu as reformas parciais ao Código de Processo Penal brasileiro de 1941 e com isso permaneceu o seu núcleo autoritário. Em seguida, verificar-se-á como se deu duas das mudanças principais nos processos penais latino-americanos no que tange às instituições: a separação das funções administrativas das jurisdicionais no Poder Judiciário e a mudança de paradigma das funções do Ministério Público. Por último, examinar-se-á como um processo oral pode ser uma técnica de coleta probatória que potencializa o procedimento em contraditório e democratiza o processo penal.



# 1 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA SOB O PRISMA DA LEGITIMAÇÃO PELO CONTRADITÓRIO

## 1.1 Sistemas processuais e a verdade absoluta (ainda) como princípio no processo penal: necessidade da mudança de paradigma

Os sistemas jurídicos da América Latina se desenvolveram em grande parte fruto de uma conjuntura política de dependência em relação aos países da Europa continental. Com isso, seu contexto político até os dias atuais tem reflexos em diversas situações históricas dos povos europeus, sobretudo dos conquistadores ibéricos. Isso fez com que contemplassem conseqüentemente em suas esferas jurídicas e herdassem em grande medida uma tradição inquisitorial<sup>2</sup>, com uma reprodução conforme o modelo político destes países, através de, entre outros sintomas, uma extrema centralização hierárquica dos Tribunais e uma organização claramente burocrática<sup>3</sup>.

A dimensão político-criminal, nesse cenário, tem encontrado artifícios históricos discursivos para reprimir os aspectos de limitação do poder punitivo e fazer prevalecer a persecução penal “a qualquer custo”. Desse modo, tem-se que a relação entre o sistema político imperante e a substância do direito processual penal é mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, até pela natureza de tensão existente entre o poder de punir e o direito à liberdade<sup>4</sup>.

Já ensinava GOLDSCHMIDT que “os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal geral”, bem como que “a estrutura

---

<sup>2</sup> Importante ter em questão que se deve entender o sistema inquisitivo não somente como um modo de organização do procedimento e da administração da justiça, mas que gera ao seu redor uma cultura inquisitiva que se retroalimenta ao longo do tempo e que o permitiu e permite sobreviver por esses mais de quinhentos anos (BINDER, Alberto M. **La justicia penal en la transición a la democracia em américa latina**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 86).

<sup>3</sup> MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio 1991, n° 4, p. 2-3.

<sup>4</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 260. Assevera BOBBIO que “nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior a liberdade tanto menor o poder e vice-versa, é boa e ainda desejável e propugnável que de vez em quando aquela solução que alarga a esfera da liberdade e restringe aquela do poder” (BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 8).

do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos segmentos corporativos ou autoritários de sua constituição”<sup>5</sup>.

Logo, entende-se que o fenômeno processual penal deve ser compreendido rizomaticamente<sup>6</sup>, como elemento inserido em um contexto de circunvizinhança com os mais variados fatores – sociais, políticos, culturais, etc. – que o afetam ainda que indiretamente, produzindo irritações a serem observadas e interpretadas com base em seus próprios códigos<sup>7</sup>. Entre tudo isso, desde uma perspectiva política, é necessário ressaltar que o papel do processo está diretamente relacionado com os desígnios políticos do próprio Estado<sup>8</sup>.

Há, portanto, um nexó entre a forma de Estado e a forma do processo. Em um Estado Democrático de Direito em que o cidadão tem seus direitos individuais protegidos, o processo tende à ampliação das garantias; já em um Estado em que a relação Estado-cidadão é desequilibrada e pende em favor exclusivamente do primeiro, as garantias são diminuídas ou eliminadas<sup>9</sup>. Assim, FERRAJOLI atribui ao direito e ao processo penal um caráter

---

<sup>5</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 110. Ou, no mesmo sentido, ROXIN, a quem “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado” (ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Traduzido por Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 10).

<sup>6</sup> DELEUZE e GUATTARI assim resumem os pontos principais de um rizoma: (1) ele conecta quaisquer dois pontos, cada um com suas características que não se remetem necessariamente a característica da mesma natureza, o rizoma põe em jogo regimes de signos muito distintos e até mesmo de não-signos; (2) Ele não se reduz nem ao Uno e nem ao Múltiplo; (3) ele não se compõe de unidades, mas de dimensões, ou, melhor, de direções que se modificam; (4) não tem nem início e nem fim, sempre um meio, no qual cresce e desborda; (5) o rizoma constitui multiplicidades lineares de n dimensões, sem sujeito ou objeto, distribuíveis em um plano de existência do qual sempre se subtrai o Uno (n-1); (6) ele é integralmente composto por linhas (de segmentariedade, de estratificação, de fuga ou desterritorialização, esta como dimensão máxima pela qual a multiplicidade se metamorfoseia ao mudar de natureza); (7) ele é uma anti-genealogia, uma memória curta ou anti-memória; (8) ele procede por variação, expansão, conquista, captura, injeção; (8) o rizoma está relacionado com um mapa que deve ser construído, produzido, sempre desmontável, conectável, alterável, com múltiplas entradas e saídas, em suas linhas de fuga; (9) trata-se de sistema acentrado, não hierárquico e não significativo, sem um comando central, sem memória organizadora central (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **Rizoma**: introducción. Trad. José Vásquez Pérez e Umbelina Larraceleta. Valencia: Pre-textos, 2013, p. 48-49).

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Ed. 2. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 223 e ss.

<sup>8</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18-19. Como adverte CHOUKR: “O Estado, pela sua óptica, cria uma regulamentação processual penal a partir dos valores políticos dominantes” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8). No mesmo sentido, para, “el proceso penal es, junto con el Derecho Penal, el sector del ordenamiento en que mayores poderes se conceden al Estado para la restricción de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los ciudadanos” (GIMENO SENDRA, José Vicente. Prólogo. In GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 7).

<sup>9</sup> BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000, p. 128-129. Contudo, como adverte GLOECKNER, “a assunção de um forma de Estado, de um regime político etc., não significa mudança no plano do processo penal”, ou seja, isso não quer dizer que o sistema inquisitório é corolário de regimes autoritários e o sistema acusatório de regimes democráticos, vide como exemplo o Brasil que apesar de sua Constituição de 1988 oferecer alicerces para uma estrutura de processo democrática, pouco repercutiu no âmbito do processo penal (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Sraiva, 2017, p. 30).

democrático apenas se servirem para limitar e diminuir a violência punitiva do Estado e assegurar os direitos fundamentais do cidadão frente ao seu arbítrio e abuso da força<sup>10</sup>.

Com isso, tem-se que na contínua busca de limitações das arbitrariedades do poder penal passa necessariamente (mas não unicamente) pela forma estatal e seus desígnios sobre o sentido político atribuído ao processo penal e a sua influência nos direitos de liberdades dos cidadãos.

A concepção do processo penal como sistemas de garantias tem grande incidência na matéria probatória e portanto no âmbito de sua valoração. Em processos em que o sistema político tem cariz autoritário a prova penal tende a não ter limites em sua formação e a não respeitar as garantias mínimas dos indivíduos em um devido processo penal<sup>11</sup>.

Essa estruturação do processo parte de um sistema probatório que está essencialmente ligada à crise da sociedade feudal na Europa e a natural expansão das monarquias absolutistas e sua tentativa de demonstração da autoridade dos reis sobre os demais membros da sociedade, ou seja, a base do sistema político estava na concentração de todos os atributos da soberania no poder central do monarca representante do Estado.

Foi daí, destarte, que se desenvolveu uma forma de resolução de conflitos em que o *inquérito*<sup>12</sup> tornou-se instrumento que se adequou às novas exigências na formação da verdade de seu tempo<sup>13</sup>.

Esse método de formação probatória desenvolveu-se especialmente dentro das jurisdições eclesiásticas na tentativa de repressão dos pecados e da heresia<sup>14</sup>, o que exigia uma investigação constante das autoridades religiosas sobre o povo, que servia igualmente em conformidade com os interesses dos monarcas. Por decorrência desse método inquisitivo, exigia-se que o processo fosse escrito e secreto, bem como que a verdade fosse buscada de

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. **Jueces para la democracia**, n. 4, Madrid, set. 1988, p. 3.

<sup>11</sup> A prova penal vem seguindo os vai-e-vem dos sistemas políticos vigentes nos distintos momentos da história e refletindo diferentes posturas (CAFFERATA NORES, J. I. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 4).

<sup>12</sup> Importante destacar que o termo inquérito utilizado aqui não se trata do mesmo que o dispositivo policial de investigação preliminar no contexto brasileiro, ou inquérito policial, mas do termo utilizado por Foucault em *A verdade e as formas jurídicas* que significa inquirição ou interrogatório, que versava como parte essencial do processo inquisitório da Europa Continental. “O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir” (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 73).

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 21.

<sup>14</sup> Segundo BOFF, na inquisição “[...] só existe um perigo fundamental: a heterodoxia, a heresia e o herege. [...] Erro radical é a heresia ou a suspeição de heresia. Aqui se negam as verdades necessárias e se fecha o caminho para a eternidade. A perda é total. O mal absoluto. O herege é o arqui-inimigo da fé. O ser perigosíssimo. Se o perigo é máximo, máximas devem ser a vigilância e a repressão” (BOFF, Leonardo. Prefácio. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 11).

modo ilimitada por meio sobretudo do saber do próprio acusado, utilizando-se inclusive da tortura para se obter a confissão<sup>15</sup>.

De acordo com o Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich em 1376, ampliado por Francisco de La Peña em 1578 e distribuído aos inquisidores que inauguravam nesta posição, o desenvolvimento do processo nesta época operava-se da seguinte maneira: iniciava-se com a acusação, denúncia ou investigação lembrando que, tratando-se de questões de fé “[...] o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentações de advogados e juízes. Não se pode mostrar os autos de acusação do acusado nem discuti-los. Não se admitem pedidos de adiamento, nem coisas do gênero”<sup>16</sup>.

Com isso, a chamada revolução inquisitorial, na ânsia de satisfazer as exigências dos eclesiásticos no combate a heresia, e dos civis, no qual demandavam por maior repressão pelo fato do aumento da criminalidade gerado pela expansão econômica, fez nascer a maior maquinaria sistêmico-processual de produção da verdade que já existiu: o processo inquisitório, que instituiu que a produção da verdade fosse estabelecida por meio do interrogatório (*inquisitio*) e extraída do acusado “à qualquer custo”<sup>17</sup>.

Como afirma COUTINHO,

trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos<sup>18</sup>.

Assim, a busca obsessiva pela verdade marca o sistema inquisitório<sup>19</sup>, alimentada por uma cultura paranoica e legalmente amorfa, coloca o juiz como protagonista do sistema probatório, tornando-o praticamente onipotente dentro do processo. Percebe-se que não é por

<sup>15</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21-22. Na inquisição “O Magistério, portanto, é portador exclusivo de um verdade absoluta. A verdade não é objeto de uma busca. Mas de uma posse agradecida” (BOFF, Leonardo. Prefácio. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 10).

<sup>16</sup> EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993. p. 110.

<sup>17</sup> KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42-43.

<sup>18</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

<sup>19</sup> No que tange ao processo inquisitório, COUTINHO afirma que: “Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou regina *probationum*” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009, p. 105).

acaso que a estrutura inquisitória é movida pela ambição da verdade, que somente pode ser satisfeita pela condenação<sup>20</sup>.

Não obstante a época da inquisição ter ficado para trás, até os dias atuais esse sistema tem influência no processo penal<sup>21</sup>. Por isso, insta importante fazer uma breve análise dos sistemas processuais e sua ligação com o processo penal contemporâneo.

Não é o objetivo desta pesquisa, por certo, esmiuçar o complexo e importante tema dos sistemas processuais penais. Porém, não se pode ter uma noção de contraditório, oralidade, imparcialidade, nulidades e tantos outros institutos do processo penal sem uma passagem entre os sistemas e seus atributos e consequências dentro do processo penal.

Não pretendemos, por outro lado, realizar uma historiografia dos sistemas processuais penais, pois entendemos que os sistemas processuais não se resumem a compilação de textos históricos investigados no presente<sup>22</sup>. No mesmo sentido, entende-se ser uma falácia a premissa de que existe um processo evolutivo que leva consequentemente ao sistema acusatório dentro do processo penal<sup>23</sup>.

Dessa forma, juntamente com LANGER<sup>24</sup>, percebe-se que os sistemas processuais podem ser concebidos a partir de várias matrizes, que enxerga nas expressões inquisitório e

---

<sup>20</sup> KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49-66. Para LOPES JR., “A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de ‘verdade real ou absoluta’” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 156).

<sup>21</sup> Conforme LEGENDRE o direito e o dogmatismo não operam de qualquer jeito, mas, pelo contrário, não deixam nada ao acaso. Nisso, a interpretação da lei, imbricada com o direito canônico, constitui o direito moderno, que não pode ser “descoberta” ou “revelada” por qualquer pessoa, mas somente por aqueles legitimados a emitir discursos válidos: “o jurista é exatamente isto: o especialista, no seu lugar e no que lhe compete, de uma manipulação universal para a ordem da Lei. Ele próprio ignora isso, pois seu saber está aí para proteger a submissão e nada mais. [...] A ilusão de que não haja outra verdade senão aquela, dita em nome do texto por seu intérprete qualificado, aí está o início do jogo institucional, na aproximação do discurso inserido em um escrito rigorosamente defendido. É por isso que o sistema ocidental das censuras é inseparável de um saber particular, o da norma escrita e do fechamento desta em um objeto autenticamente sagrado, o Livro.” (LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 44-73).

<sup>22</sup> Concorde-se nesse ponto com GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

<sup>23</sup> VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Ingraterra, y en Europa Continental. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Processo penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 180.

<sup>24</sup> LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 11-42, 2015, p. 13. Para o autor, existem cinco usos principais dessas categorias: 1) tipos ideais-descriptivos; 2) sistemas históricos ou sociológicos que se encontram presentes em processos penais concretos do passado ou contemporâneos; 3) interesses ou valores contrapostos que coexistem em todo processo penal; 4) funções do processo penal; e 5) modelos normativos (LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 11-42, 2015, p. 13).

adversarial (ou acusatório) conotações que aludem distinções políticas, jurídicas, epistemológicas, sociológicas etc.

Essa variação semântica que cobre esse amplo leque do instituto dos sistemas processuais penais, provocou, nos últimos tempos, um desgaste que trouxe como críticas a disfuncionalidade e a inutilidade dos sistemas<sup>25</sup>. Uma das principais críticas vem de MONTERO AROCA<sup>26</sup>, que argumenta que falar em processo penal acusatório seria um pleonasma, visto que para o autor processo inquisitório não é processo<sup>27</sup>.

Por sua vez, numa tentativa de ultrapassar os conceitos dos sistemas processuais penais, DAMASKA<sup>28</sup> recusa a distinção inquisitório/adversarial (acusatório), operando com novas categorias que seriam mais adequadas ao processo penal contemporâneo. O autor desenvolve categorias com novas bases epistemológicas construídas a partir de duas dimensões: a) na primeira, apresenta-se uma antítese entre modelos hierárquicos e modelos horizontais coordenados a partir de uma organização administrativa e processual. O *modelo hierárquico* seria o modelo continental, que seria estruturado a partir de uma rede burocratizada de profissionais que tomam decisões aplicando regras técnicas aos casos, em um marco de relações hierárquico entre eles. Já o *modelo horizontal* ou *coordenado* visa evitar riscos de uma centralização de poder, e é composta por leigos que tomam decisões sobre os casos aplicando standards comunitários em um esquema de relação horizontal de autoridade entre eles; b) na segunda dimensão divide-se entre *Estado ativista* e *Estado*

---

<sup>25</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástase do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 11. Segundo CHOUKR esse discurso de superação dos sistemas não é novo no direito comparado e possui nuances distintos de acordo com a fonte de onde provém a crítica: desde uma perspectiva psicológica, passando por uma abordagem estritamente processual, até posições mais pragmáticas que servem para incrementar mecanismos a favor da transação penal, ou mesmo aquelas que pretendem assimilar os modelos pelo fato de ambos terem graus aceitáveis de “eficiência” (CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos processuais: uma discussão (ainda) necessária? **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 01, n. 01, p. 15-16, 2011/02, p. 16). Como exemplo de autores europeus que questionam essa dicotomia acusatório vs inquisitório tem-se: WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Marcial Pons: Madrid, 2008; e AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Marcial Pons: Madrid, 2008.

<sup>26</sup> MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

<sup>27</sup> Essa crítica de MONTERO AROCA tem como orientação a “clássica diferenciação dos sistemas baseada na separação das funções de acusar e julgar, cuja formulação se perde no tempo. Entretanto, temos que esta distinção é bastante frágil e, portanto, não pode ser elevada ao ranking de critério definitivo para a construção de resultados que atribuam a um ou outro modelo, o caráter de acusatório ou inquisitório. Esta fragilidade encontra eco nos diversos procedimentos criminais, que, ao longo da história, apesar de manter separados o órgão acusador do julgador, nem por isso apresentam características (em seu funcionamento) creditáveis a um modelo acusatório” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástase do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 14).

<sup>28</sup> DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparada del proceso legal. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 2000.

*reativo*. O primeiro é um modelo de gestão agressivo, cuja tendência é a mobilização para transformação da economia e sociedade, no sentido de que se utiliza um programa global de melhoramento material ou moral dos cidadãos, ou seja, como um mecanismo para implementar políticas públicas. Já o modelo reativo atenta apenas para a garantia das condições para a economia privada e a interação social. Neste modelo o procedimento seria um mecanismo para resolver conflitos entre os cidadãos.

A partir dessa conceituação, DAMASKA tenta localizar formas de processo de acordo com os modelos hierárquico e horizontal juntamente com a autoridade do Estado. Chega a quatro possibilidades: a) um modelo hierárquico de justiça em um Estado reativo; b) um modelo hierárquico em um Estado ativo; c) um modelo horizontal de justiça em um Estado reativo; e d) um modelo horizontal de justiça em um Estado ativo.

Contudo, apesar do esforço do autor em superar os sistemas processuais, “não é difícil chegar-se à conclusão de que o que se pode (e deve) encontrar são ‘sistemas mistos’ ou ‘não puros’ de sistemas”, de um lado, “pelo fato de que o processo que segue um modelo hierárquico em um Estado ativista corresponderia à imagem do sistema continental de traço inquisitorial”; de outro lado, “porque o processo regido pelo modelo coordenado, em um Estado reativo, conformaria o ideário do sistema adversarial clássico”<sup>29</sup>. Deste modo, não se pode ignorar a ideia de sistemas e propor a reclassificação segundo os critérios de DAMASKA. No máximo pode-se utilizá-los como critérios complementares<sup>30</sup>.

Não obstante, não se pode, sobretudo no Brasil, avançar para uma discussão um nível acima dos problemas dos sistemas processuais se existem distorções e reducionismos na própria fundação de seus conceitos por aqueles que desconsideram a complexidade no tratamento desses institutos<sup>31</sup>.

Assim, concordando com MARINHO MARQUES<sup>32</sup>, entendemos que

A demarcação dos sistemas inquisitório e acusatório, como sistemas de referências, e não como sistemas puros e datados, é fundamental justamente porque: (a) permite compreender os limites do sistema acusatório clássico e conscientizar de que é impossível reimplementá-lo em seu formato original;

<sup>29</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015, p. 385. No mesmo sentido, LANGER afirma que “a pesar de su originalidad e importancia, este esquema puede ser considerado como una elaboración de las categorías acusatorio-inquisitivo más que como una verdadera alternativa a estas” (LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 11-42, 2015, p. 25).

<sup>30</sup> MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 04, p. 16-18, 2013/01, p. 18.

<sup>31</sup> LOPES JR. Aury. Sistemas processuais penais: ainda processamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 31.

<sup>32</sup> MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 04, p. 16-18, 2013/01, p. 18.

(b) demonstra que a inquisitorialidade não se reduz a uma prática da Inquisição; (c) revela que a inquisitorialidade esteve presente em países não dominados pela Inquisição; (d) esclarece que a inquisitorialidade não cessou com o fim do medievo; (e) permite visualizar a nova inquisitorialidade, que se inicia no século XIX e se estende pelo século XX; (f) afasta a ilusão de que é possível construir um sistema puro; (g) permite compreender a origem e a evolução do sistema adversarial; (h) evidencia a crise do processo penal da Europa continental, no Pós-Segunda Guerra, na qual continuamos imersos pela influência do ante projeto de Rocco sobre o nosso Código de Processo Penal.

Com o exposto, o que se pode observar é que os sistemas processuais são institutos importantes no estudo do processo penal, porém não se pode resumir a eles o conceito de processo penal autoritário<sup>33</sup>. Como salienta CARVALHO,

A tradicional oposição – sistema acusatório (democrático) e sistema inquisitório (autoritário) –, pode produzir, no plano discursivo e das práticas cotidianas, máscaras que ocultam e permitem a reprodução das violências, notadamente quando se realizam reversibilidades ao enunciar a compatibilidade de estruturas processuais nitidamente autoritárias com a Constituição<sup>34</sup>.

O que é certo é que a noção de processo acusatório como contraposta ao processo inquisitório é fruto de um exercício de abstração. Essa dicotomia refere a dois modelos hipotéticos que são o resultado de um processo de generalização realizado sobre a base de alguns elementos tomados dos ordenamentos jurídicos existentes ou dos processos que podem ser historicamente reconstruídos. Tanto é assim que as características do sistema acusatório só se identificam contrapondo-se as características do sistema inquisitivo e vice-versa<sup>35</sup>.

Logo, torna-se imprescindível em um processo acusatório a criação de uma parte acusadora para garantir a imparcialidade do julgador<sup>36</sup>. Contudo, apesar de alguns doutrinadores afirmarem que bastaria que o órgão acusador fosse distinto do julgador para que estivesse caracterizado o processo acusatório, entende-se aqui esta ser uma avaliação reducionista. É necessário, por conseguinte, que essa separação não se rompa de maneira

<sup>33</sup> “Deve-se ter em apreço que a estrutura de um processo autoritário dispensa os atributos de acusatório ou inquisitório, ou ainda que categorias como democracia, direitos fundamentais e Constituição, comumente invocadas como bases de um sistema acusatório, não significam blindagem ao autoritarismo, justamente porque o autoritarismo está para além dessas categorias e sistemas” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal*. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015 p. 389-398).

<sup>34</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78.

<sup>35</sup> ILLUMINATI, Giorgio. El sistema acusatorio en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Processo penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 136-137.

<sup>36</sup> Aqui tem-se o nascimento do Ministério Público como parte no processo penal. Sua fabricação como parte não possibilita (como querem alguns) a sua atuação como imparcial, já que, como afirmava CARNELUTTI, seria como reduzir um círculo à um quadrado a tentativa de construir uma parte imparcial.



alguma e, por decorrência lógica e inafastável, que a gestão probatória esteja sempre nas mãos das partes, permitindo a imparcialidade do juiz<sup>37</sup>.

Nesse sentido, COUTINHO, para quem, criticando essa vertente assevera:

É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório. No entanto, o argumento não é feliz, o que se percebe por uma breve avaliação histórica: quiçá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes<sup>38</sup>.

Dessa maneira, parte-se aqui da gestão da prova como o núcleo fundante para diferenciar os chamados sistemas acusatórios e sistemas inquisitórios<sup>39</sup>. No primeiro, a gestão da prova está com as partes e o julgador se caracteriza por sua passividade para a manutenção de sua imparcialidade. Já no segundo, a gestão da prova está essencialmente nas mãos do julgador, tendo este a faculdade de produzir a prova que irá julgar ao final.

Parte-se nesse aspecto, juntamente com COUTINHO, da premissa de processo por meio da matriz kantiana de sistema em sua *Crítica da Razão Pura*. Para ele, sistema era o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única, que seria determinada pela finalidade do conjunto e se colocaria como princípio de ligação entre os elementos integrantes, funcionando como um *princípio unificador*, referente a essa conexão<sup>40</sup>.

Dessa forma, no processo a diferenciação entre os dois sistemas faz-se através de seus princípios unificadores, que são determinados pelo critério de *gestão da prova*. No sistema inquisitório o princípio que rege é o *princípio inquisitivo*, que tem como característica a extrema concentração de poder nas mãos do julgador, que detém inclusive a gestão da prova. Já no sistema acusatório, o princípio que o rege é o *princípio dispositivo*, no qual a gestão das provas está nas mãos das partes e o juiz julgará baseado exclusivamente nessas provas<sup>41</sup>. Em

<sup>37</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 160-161.

<sup>38</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**, ITEC, Porto Alegre, 2000, p. 3.

<sup>39</sup> Existem diversas formas e critérios para diferenciar os sistemas processuais penais acusatório e inquisitório. Entende-se no presente trabalho os sistemas processuais como produtos culturais de uma época, e a opção metodológica que se parte aqui para a diferenciação entre esses sistemas é a gestão da prova, sendo o sistema acusatório aquele em que existe uma verdadeira separação de funções entre os sujeitos processuais, assegurando, assim, uma efetiva imparcialidade do julgador que deverá estar afastado da produção das provas (e que não deve(ria) ter contato com atos produzidos fora das garantias processuais), além de duas partes que se enfrentam em pé de igualdade (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. 83-84).

<sup>40</sup> Dentre a vasta produção do autor sobre o assunto: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009, p. 108.

<sup>41</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**, ITEC, Porto Alegre, 2000, p. 2.

sentido similar PRADO afirma que o sistema acusatório é formado de “normas e princípios fundamentais ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele que herda o nome: *acusatório*”<sup>42</sup>.

Com isso exposto, tem-se que uma prova produzida de ofício pelo julgador traz riscos à sua estabilidade psíquica: é o que CORDERO<sup>43</sup> chama de *primado das hipóteses sobre os fatos*, quando o magistrado inquisidor coloca a sua hipótese como a única possibilidade dentre as possíveis. Isso gera o que o autor chama de “quadros mentais paranoicos”, que significa que o juiz primeiro decide (sua hipótese) e depois vai atrás dos fatos e provas que justificam a sua decisão que já foi tomada<sup>44</sup>. Como adverte PRADO, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”<sup>45</sup>.

Portanto, percebe-se que o acoplamento entre os sistemas processuais à política parece um tanto inevitável, uma vez que seus princípios estão dependentes de uma decisão de política criminal do Estado. Em outras palavras, de um lado estão os direitos fundamentais e as regras do jogo na tentativa de minimizar o erro judiciário para que ocorra a menor condenação de inocentes possíveis. Chama-se esse procedimento de sistema acusatório<sup>46</sup>. Do outro lado, está o sistema inquisitório que se alimenta do controle social<sup>47</sup> como grande alvo da erradicação do mal, consolidado na figura no inimigo<sup>48</sup>. Não é difícil notar que esse espírito ressurgente comumente em épocas e em ordenamentos políticos de caráter autoritários.

<sup>42</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 104.

<sup>43</sup> Segundo o autor: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoici. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili; usadoli orienta l’esito dove vuole. Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient’affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l’inquisito risponde docilmente; l’inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi há proiettato” (CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51-52).

<sup>44</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172.

<sup>45</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 158.

<sup>46</sup> Nessa guarida, tem-se que a opção política pelo sistema acusatório seria a melhor opção, uma vez que é a que melhor protege o julgador cognitivamente de sua decisão. Com essa opinião COUTINHO: “Aqui, quem sabe, o grande motivo por que a opção política deve ser pelo Sistema Acusatório. Afinal, o ‘primado das hipóteses sobre os fatos’ não é algo excepcional no Sistema Inquisitório, e sim mecanismo compatível como o simples modo de pensar (por sinal, da civilização ocidental toda), logo, tende a atingir qualquer um; e não porque são juízes, mas porque são humanos” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009, p. 112).

<sup>47</sup> Cf. GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e a ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

<sup>48</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Porém não se pode esquecer que o autoritarismo está presente também nos sistemas denominados democráticos por meio do predomínio da relação do juiz com a verdade<sup>49</sup>.

Assim sendo, seria de extrema irresponsabilidade colocar o sistema inquisitório como um instituto do passado. Ele está muito vivo até os dias de hoje, sobretudo nas práticas dos tribunais, ainda mais em países da América Latina que têm uma história de violência e autoritarismo desde a invasão ibérica<sup>50</sup>.

Com isso, entende-se que assim como o sistema processual é reflexo do regime político ideológico, o sistema probatório é por sua vez a coluna vertebral do sistema processual<sup>51</sup>. Logo, uma regulação normativa ou uma prática forense probatória que não respeite garantias dos indivíduos, subvertem o sistema acusatório e convertem a decisão judicial em um exercício de pura arbitrariedade<sup>52</sup>.

Compreende-se que a finalidade do processo é, entre outras coisas, a reconstrução de um fato histórico, afinal, falar de processo “é, antes de tudo, falar de *atividade cognitiva*” e o meio que se tem “de fazer – ou se tentar fazer – com que aporte no processo é a *prova*”<sup>53</sup>. Ademais, para que o julgador possa decidir precisa-se de conhecimento e para isso faz-se imprescindível a prova, que consiste em “tudo aquilo que é produzido (introduzido) no processo com o objetivo de tornar conhecido fatos, pessoas ou coisas”<sup>54</sup>. Pode-se dizer que

<sup>49</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48-49.

<sup>50</sup> Como salienta BINDER, “O sistema judicial da América Latina é basicamente o sistema inquisitivo e este é um sistema judicial nascido em uma época precisa e a serviço de uma concreta estrutura de Estado. O sistema inquisitivo não só é uma forma de processo, mas um modelo completo de organização judicial, uma figura específica do juiz e uma cultura também de contornos bem precisos; ele é uma criação do Estado moderno e da monarquia absoluta. Muitos de seus atributos centrais como o caráter escrito, secreto, formalista, lento, inoportuno, dependente, burocrático etc., são qualidades essenciais desse sistema e não defeitos” (BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal, 2003, p. 30-31).

<sup>51</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. La prueba en los procesos penales centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Costa Rica). **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, marzo 2000, n. 17, p. 1. Para MORA MORA: “o sistema probatório adotado no processo penal constitui um termômetro do nível de desenvolvimento democrático concreto de uma comunidade” (MORA MORA, Luis Paulino. La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio, n. 5, 1992, p. 53, tradução livre). No mesmo sentido, PRADO assevera que “a prova penal converte-se em chave explicativa de esquemas metodológicos diversos, que disputam a primazia de ditar o objetivo do ‘processo’. Ela é um dos principais elementos que, a depender do tratamento que receba, estabelece que tipo de processo penal vigora em determinada sociedade” (PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20).

<sup>52</sup> ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, p. 36 y ss., 2007, p. 39. Trata-se de colocar as regras de provas como limites à busca da verdade, isto é, com uma função de garantia do cidadão à eventual abuso de poder na coleta de informação (BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal, p. 61).

<sup>53</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 4, n. 14, 2004, p. 79-80.

<sup>54</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009, p. 108. Segundo GIL, a

essa necessidade do recurso à prova faz com que o julgador seja obrigado a lidar com rastros indicativos dos eventos passados. Os rastros são, assim, a *matéria-prima* das provas processuais e “conforma um meio através do qual um evento da vida que pertence a um tempo já escoado pode ser em alguma medida conhecido”<sup>55</sup>. Dessa forma, a *verdade* só pode ser *analogicamente produzida*<sup>56</sup> como uma artifício narrativo elaborado pelo julgador, o que a faz ser contingencial e significa que não se pode tê-la como fim, devendo-se de outra maneira ter as regras do *devido processo legal* – por meio do desenvolvimento do contraditório – como fator essencial para a formação de uma prova penal e a consequente legitimação da decisão penal<sup>57</sup>.

No entanto, no sistema inquisitório desenvolvido pela Igreja, com grande influência no processo penal contemporâneo, modificaram-se as formas do Direito Canônico no qual foi introduzido na inquisição por volta do século XII, autorizando-se a denúncia de ofício (inclusive a anônima) como forma de início da investigação. A investigação, por sua vez, se constituiu no cerne do procedimento da inquisição e da formação probatória, que por ser secreta, achou melhor adotar o procedimento escrito e abolir a publicidade e a oralidade. Dessa forma, tinha-se uma investigação presidida por um inquisidor em segredo e por escrito, que transformou o acusado em um mero objeto do processo, no qual estava a serviço para *revelar a verdade* e confessar seus pecados com o fim de expiá-los<sup>58</sup>.

Essa ideia de um procedimento como uma pura investigação dos fatos acabou por dominar todo o debate judicial, com que a tarefa de administrar a justiça consistiu basicamente na função dos órgãos públicos a *procura da verdade histórica* “a todo custo”. Assim, trouxe como consequência necessária desse desenvolvimento da organização judicial hierárquica a documentação formal dos atos do procedimento, isto é, o triunfo da escritura sobre a oralidade nas audiências. Em outras palavras, os juízes julgariam, desde então, com fundamentos nos documentos escritos, inclusive sem ouvir as testemunhas diante deles, ou

---

prova judicial é um “mecanismo destinado a estabelecer uma convicção sobre um ponto incerto” (GIL, Fernando. **Provas**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986, p. 36).

<sup>55</sup> KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 341.

<sup>56</sup> Importante salientar que CARNELUTTI já no final de sua carreira modificando seu pensamento em relação a verdade e com apoio em Heidegger, afirmou que “[...] nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. [...] Em síntese, a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o todo é demais para nós” (CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, Dúvida e Certeza*. Trad. Eduardo Cambi. **Folha acadêmica**, n. 116, a. LIX, p. 5, 1997). Em sentido similar, TARUFFO, para quem a verdade absoluta não pertence ao mundo das coisas humanas e, conseqüentemente é que não pertence ao mundo da justiça e do processo (TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**: el juez y la construcción de los hechos. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 99).

<sup>57</sup> KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 356-361.

<sup>58</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 292.

seja, sem *imediação* na formação probatória. Com isso, nota-se que historicamente o caráter secreto dos julgamentos apareceu unido a escritura<sup>59</sup>. Toma-se que a utilização crescente da escrita e a burocratização da estrutura processual não era novidade na Europa, mas geraram uma nova cultura: “a escritura e o formalismo funcionam como *nova linguagem dos sistemas judiciais* e lentamente molda o mundo e a cosmovisão judicial”<sup>60</sup>.

## 1.2 A passagem ao livre (?) convencimento e a consolidação do decisionismo como forma de julgamento: mudam-se as estruturas mas a essência continua a mesma

Além do instituto do inquérito e de um sistema secreto e escrito a *teoria das provas legais* também era um fator legitimador do modelo inquisitório, por meio do qual se buscava a racionalização dos fatos através de um sistema em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado<sup>61</sup>. Apesar de parecer que diante dessas regras fixas estivesse favorecido a posição do acusado, pela dificuldade de demonstração de sua culpabilidade, no entanto, essas exigências só aumentavam a severidade das investigações, pois a confissão obtida pela tortura era considerada como a prova de convencimento absoluta<sup>62</sup>.

Com isso, uma vez obtida essas provas – basicamente a confissão –, cujos resultados ficavam documentados por escrito, o tribunal não realizava uma livre valoração dessas provas, mas se limitava a comprovar que havia sido produzida a prova legalmente requerida para a condenação<sup>63</sup>.

A confissão era – e continua sendo –, aliada a uma informação escrita e secreta, componente de suma relevância para o sistema inquisitório<sup>64</sup>. Para FOUCAULT a instalação

<sup>59</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 296.

<sup>60</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal, 2003, p. 32.

<sup>61</sup> Como assevera FERRAJOLI em relação ao procedimento inquisitivo: “se havia codificado uma verdadeira tarifa de provas que assinalava presumidamente determinadas estimações ou valores probatórios às diversas espécies de prova admitidas no processo, conforme os cálculos de suas probabilidades legalmente preestabelecidos” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais, 2002, p.129).

<sup>62</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 23-24. “A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão” (LOPES JR. Aury. **Sistemas processuais penais**: ainda processamos falar a respeito? In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 38).

<sup>63</sup> BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2XXX. p. 23.

<sup>64</sup> “No interior do crime reconstituído por escrito, o criminoso que confessa vem desempenhar o papel de verdade viva. A confissão, ato do sujeito criminoso, responsável e que fala, é a peça complementar de uma informação escrita e secreta. Daí a importância dada à confissão por todo esse processo de tipo inquisitorial” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 35).

da *confissão como forma de se produzir a verdade* está diretamente ligada a substituição do sistema acusatório pelo sistema inquisitório a partir do Estado Soberano. Explica que não se trata mais de produzir a verdade através de uma disputa entre dois competidores, mas por uma decisão do soberano ou de seu representante, uma vez que a verdade procedida do acusado torna-se elemento essencial ao sistema não apenas como meio de prova, mas também como reconhecimento da soberania do próprio Estado<sup>65</sup>.

Assim sendo, a estrutura do sistema inquisitório somente teve uma modificação expressiva no final do século XVIII, momento em que o movimento revolucionário iluminista e filosófico valorizou o homem e o fez repercutir no processo penal. Porém, “a essência inquisitória foi mantida de forma velada, com o advento do sistema misto e de uma nova anatomia política, substancialmente distinta da anterior”<sup>66</sup>.

Dessa forma, assim como a monarquia absoluta encontrou na inquisição o seu instrumento de controle, o Estado Moderno desenhou um novo modelo judicial, que contém todas as características do modelo inquisitorial, mas com outra roupagem. O marco desse modelo foi o *Code d’Instruction Criminelle* Napoleônico de 1808 que apesar de bradar ser novo, sua essência estava fundada nas *Ordonnance Criminelle* de 1670 de Luís XIV.

Isso é demonstrado especialmente nas discussões pré-código a partir de 1801: de um lado estavam os que não tinham abandonado os ideais da Revolução Francesa e inspirados na experiência inglesa tentaram implantar um sistema acusatório com o instituto do júri; do outro lado, estava Napoleão e seus conselheiros, especialmente Cambacérès e Lebrun, que não queriam o júri e viam vantagens no antigo regime<sup>67</sup>.

Contudo, apesar de divergências, em sessão no ano de 1804 o conselho resolveu em princípio manter o júri. Foi quando napoleão interveio e adotou a ideia de que fossem levados aos jurados cópias da investigação preliminar (*information*) sob o argumento de que a polícia instruía com a intenção de descobrir todas as circunstâncias do crime e todos os culpados, bem como o juiz instrutor buscava somente a *verdade* dos fatos<sup>68</sup>.

Portanto, após suspensão estratégica de 4 anos de sessões na tentativa de diminuir os anseios pelo instituto do júri, em 1808 os trabalhos retomam e o “novo” modelo passou a adotar elementos típicos do sistema acusatório e do sistema inquisitório, com duas fases

<sup>65</sup> FOUCAULT, Michel. **Obrar Mal, Decir la Verdad:** la función de la confesión en la justicia. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014, p. 224-226.

<sup>66</sup> KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 101.

<sup>67</sup> Cambacérès chegou a dizer que o júri não está dentro da “índole da nação” e perguntado por Napoleão como vinham trabalhado os júris nos últimos anos na França, respondeu que iam mal, já que não se estava condenando muito (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale.** Torino: UTET, 1986, p. 70).

<sup>68</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale.** Torino: UTET, 1986, p. 70.

distintas, uma de instrução (investigação) e outra de julgamento<sup>69</sup>. E assim, segundo CORDERO<sup>70</sup>: “nasce o chamado processo misto, monstro de duas cabeças: nos labirintos escuros da instrução preliminar reina Luís XIV; segue uma cena disputada coram populo”.

Nesse código, destarte, a instrução seria realizada por um juiz instrutor que fez a vez de inquisidor. O processo foi dividido em duas fases: *instrução* – de caráter inquisitório – e *juízo* – de caráter acusatório. Porém, o peso de cada fase era desproporcional na distribuição das provas, especialmente para a defesa. A primeira fase inutilizou o direito de defesa e era escrita, secreta, sem contraditório, bem como totalmente dominada pela acusação<sup>71</sup>. Acontece que na fase de juízo esses elementos colhidos solitariamente pelo juiz de instrução eram utilizados como provas, contaminando a fase que seria a acusatória.

Com isso, o velho espírito da inquisição e mais especificamente das *Ordonnance* francesas de 1670 reencarna no *Code Criminelle* de 1808, e com ele caíam os ideais vindos da Revolução, pois foram apagados pelos mecanismos desenvolvidos por Napoleão e Cambacérès, conservando a gestão das provas nas mãos do juiz e a utilização de elementos produzidos unilateralmente e de forma secreta durante a fase investigativa na fase processual e na consequente decisão futura<sup>72</sup>.

Além do mais, esse código e sua estrutura serviu de inspiração para os códigos de toda a Europa e depois toda a civilização ocidental. Não diferente nos países da América Latina, que foram colonizados pelos europeus e mantiveram o sistema inquisitório vivo no século XX, notadamente nos períodos de ditaduras de seus países. Porém, mesmo após o fim das ditaduras e a formalização da democracia, muitos países continuaram (até pouco tempo) com as formas do *sistema misto* espelhado no *Code Criminelle* bonapartista de 1808<sup>73</sup>, que nada mais é que um sistema inquisitório de aparência acusatória<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 164.

<sup>70</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 73, tradução livre. Afirma GOMES FILHO que “a solução de compromisso definitiva entre o modelo acusatório, público e oral, introduzido pela legislação revolucionária, e o inquisitório, secreto e escrito, herdado das *Ordonnances* de 1539 e 1670, somente seria realizado com o *Code d’instruction criminelle*, de 1808, em que se chega a um sistema misto” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30).

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Revista dos Tribunais, 2002, p. 491.

<sup>72</sup> POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 179-180.

<sup>73</sup> Na América Latina a implantação do sistema misto demorou a se consolidar. Quando se tenta estabelecer sistemas mistos eles estão muito mais vinculados à versão italiana do sistema misto e os componentes inquisitórios da cultura e da prática tornam os sistemas muito mais inquisitivos que os originais e ainda mais intransigentes às formas (BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**, 2003, p. 33). Importante salientar também que o princípio da instrumentalidade das formas ou *pas de nullité sans grief* é herança desse código napoleônico e traz uma teoria das nulidades unitária entre processo civil e processo penal. De acordo com esse princípio, para que ocorra a decretação da nulidade deverá a parte demonstrar efetivo prejuízo, o que acaba servindo como limites à declaração de nulidade e consequentemente às garantias processuais, aumentando os poderes do julgador, que

No que tange à apreciação da prova pelo julgador, o *Code criminelle* adotou a *livre* convicção como critério de valoração dos jurados<sup>75</sup>, colocando a total confiança no judiciário como o melhor meio para a eficácia do aparato repressivo, e por outro lado como decorrência de um processo dito acusatório. A superação das provas legais representou uma conquista das ideias iluministas e da Revolução Francesa, contudo, do modo como foi concebido no *Code Criminelle* e praticado pela cultura pós-iluminista correspondeu a uma das páginas mais deprimentes da história das instituições penais: no lugar de ser um rechaço ao sistema de provas legais e indicar as condições epistemológicas da prova atuando como pressuposto indispensável da garantia probatória, passou na realidade a ser acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais, e idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes<sup>76</sup>.

Dessa forma, a livre convicção em conjunto com o sistema bifásico do código passaram a legitimar o arbítrio judicial por meio do *decisionismo*, ao passo que as informações obtidas na fase de instrução, sem qualquer garantia, passavam a ser valoradas de forma livre para a formação do convencimento do magistrado<sup>77</sup>.

Unindo esses atributos, no processo penal do sistema denominado misto os sujeitos processuais não tinham uma atribuição muito relevante na formação das provas, atendo-se a fornecer um auxílio ao julgador para o acerto da verdade<sup>78</sup>. Nesse ponto, o livre

---

poderá manipular as formas sob o moldável fundamento da finalidade atingida, mascarando sutilmente um sistema sob a ótica inquisitória (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: Juspudivm, 2015, p. 297-301).

<sup>74</sup> BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. **Política Criminal Bonaerense**, n. 1, 2003.

<sup>75</sup> Artigo 246, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: "Le Doyen du tribunal criminel adressera aux jurés debout et découverts le discours suivant : 'Vous jurez et promettez, devant Dieu et devant les hommes, d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre N, de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection; de *vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction*, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à 'un homme probe et libre'".

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais, 2002, p. 131-134.

<sup>77</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 31. Nesse ponto, vale registrar a passagem de COUTINHO quando aborda esse assunto, no qual o julgador para se defender das estruturas postas pelo sistema inquisitório, utiliza-se de mecanismos oferecidos de antemão: "Dentre eles, sobressai-se o *livre convencimento*, pilar mor da estrutura da avaliação da prova: é ela avaliada livremente, mas resta a obrigatoriedade de fundamentar as decisões. Se assim o é, a sua saída está em, pelas palavras, dar conta da escolha, imunizando-a contra possíveis críticas [...]. A explicação aqui é ótima, mas remete para dois problemas essenciais: primeiro, confirma que a segurança do jurisdicionado se vai, consumida pela retórica de uma decisão que manipula as palavras para forjar uma aparência: decide-se o que quiser, desde que se tenha um bom jogo de palavras; segundo, não resolve o problema do próprio juiz, que justifica sua escolha para os outros, mas não para si mesmo [...]" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *Verdade, Dúvida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 4, n. 14, 2004, p. 87).

<sup>78</sup> Nesse sentido NOBILI: "Il principio del libero convincimento del giudice, da típico contrassegno del processo accusatorio, s'è tramutato in un equivalente della massima che postula un potere tendenzialmente illimitato del



convencimento adquire um sentido não somente de autonomia do juiz na análise das provas colhidas, mas da ausência de limites em relação ao objeto da investigação e seus meios utilizados<sup>79</sup>.

Assim, pode-se dizer que o problema da gestão da prova está para além da opção política de um dos sistemas processuais precitados. Deve, portanto, ser pensado em um contexto de processo democraticamente gerido, onde exista limites aquele onde possa afigurar um impulso oficial, qual seja o juiz, pois não há democracia onde haja poder ilimitado<sup>80</sup>.

Até os dias atuais, porém, o exercício da jurisdição continua atrelado a esse accertamento da verdade, baseando-se nos paradigmas da filosofia da metafísica clássica, mas principalmente no da filosofia da consciência, não tendo ocorrido, sobretudo no direito brasileiro, a recepção do *giro linguístico*<sup>81</sup>. Tem-se no direito brasileiro (e por consequência lógica no processo) uma profunda influência de uma filosofia racionalista, que por sua vez vale-se de verdades universais e sem preocupar-se com o indivíduo, o que resultou em um afastamento do direito da retórica e uma aproximação com o *dogmatismo jurídico*<sup>82</sup>. Assim, segundo OVÍDIO BAPTISTA no que tange ao processo civil mas que pode ser transportado ao processo penal, essa aproximação do direito com o dogmatismo racionalista acaba por

---

giudice nell'accertamento del fatto e secondo la quale nessun prezo è troppo alto, quando lo scopo è la ricerca della "verità materiale" e la repressione della criminalità." (NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 22).

<sup>79</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35. Em relação ao denominado *sistema misto* ILLUMINATI afirma que o que houve, concretamente, foi a soma dos defeitos de ambos os sistemas: "Sin embargo, visto como una simple yuxtaposición de dos modelos, com uma fase de debate o juicio público y oral, celebrado sobre la base de una instrucción escrita y secreta este desdoblamiento no parece constituir el mejor ejemplo de coherencia sistemática. Podría decirse que más que sumarse las ventajas de los dos sistemas, se hubieran sumado los defectos de ambos: de un lado, la insuficiencia de las garantías y, de outro lado, la complejidad procedimental." (ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 144). No mesmo sentido cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Revista dos Tribunais, 2002, p. 134.

<sup>80</sup> STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009, p. 119.

<sup>81</sup> A passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem dá-se no século XX com o que se chamou de giro linguístico, tendo como principais expoentes Heidegger e Gadamer. Neste novo paradigma, STRECK afirma que: "a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade", assim, "a linguagem é o que está dado e, portanto não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento" (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? – decido conforme a minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17).

<sup>82</sup> O sentido empregado aqui por dogmatismo jurídico é o mesmo que STRECK, ou seja, aquele acrítico, que não questiona as vicissitudes do sistema jurídico e instrumentaliza o direito. Segundo o autor precitado o direito brasileiro "está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção do direito [...]" (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 31).

ocultar um autoritarismo na formação do processo. Segundo o referido autor, “a relação entre dogmatismo e autoritarismo, afinal entre direito e formas autoritárias de organização política, não pode ser esquecida”<sup>83</sup>.

Tem-se que ainda vigora predominantemente na dogmática jurídica o paradigma epistemológico que tem como desígnio o esquema sujeito-objeto, em que o sujeito observador está posto em um mundo “objetivável e descritível”, a partir de seu *cogito*, isto é, crê-se na “possibilidade da existência de um sujeito cognoscente, que estabelece, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação”<sup>84</sup>.

Isto quer dizer que, em relação a decisão judicial, as teorias voltam-se ao objetivismo e ao subjetivismo na interpretação (modelos da prova legal ou livre apreciação da prova, respectivamente) e a aplicação do direito é realizada por alguém solipsista, que, julgando com a sua consciência<sup>85</sup>, crê estar decidindo corretamente as questões que lhe são propostas<sup>86</sup>.

Apesar da centralidade dos órgãos jurisdicionais no sistema jurídico e de sua responsabilidade final de interpretar o direito<sup>87</sup>, existem limites à essa interpretação, não

<sup>83</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 66.

<sup>84</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

<sup>85</sup> “Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos) deixam ‘claro’ que estão julgando ‘de acordo com a sua consciência’ ou ‘seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei’. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juízes” (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? – decido conforme a minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 20). Aliás, o julgador ao acreditar na liberdade de suas escolhas e de seu convencimento de forma racional, nega o saber inconsciente (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 182)

<sup>86</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35. Segundo STRECK: “Por detrás desse ‘vício de origem’ [filosofia da consciência] está a velha discricionariedade, que, não por acaso, é o que sustenta outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico. Adicione-se ao sistema inquisitório uma boa dose de discricionariedade – fruto do sujeito solipsista da modernidade – e teremos, apesar da Constituição democrática e dos avanços *ad hoc* (‘regionais’, no sentido filosófico da palavra), um *direito processual autoritário*” (STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009, p. 119).

<sup>87</sup> Nesse sentido cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Ed. 2. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005, p. 383-385. Por essa condição LUHMANN coloca os tribunais como centro do sistema jurídico: “Talvez possamos tomar como ponto de partida o fato não questionado de que só o sistema jurídico coage os Tribunais à decisão [...]. Com base nessa regra, os Tribunais constituem o centro do sistema jurídico. Tudo mais, inclusive a legislação, representa a periferia” (LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, n. 49, ano XVII, jul., p. 148-168, 1990, p. 160). Desse modo, a diferença entre centro e periferia “reside exatamente na obrigação de decidir. Na periferia não existe essa obrigação. Exatamente por isso a periferia serve de ‘zona de contato’ com os outros subsistemas da sociedade. [...] Luhmann sustenta que a periferia acaba atuando como uma espécie de defesa do centro, garantindo que apenas um número mínimo de casos chegue até o centro. O centro precisa dessa proteção exatamente porque está ‘obrigado a decidir’.” (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 46).

podendo ser *livre*<sup>88</sup> para aplicar o que entender que seja melhor. Entendemos que após intensa luta por uma democracia e pela inclusão dos direitos e garantias fundamentais nos textos legais não se pode colocar ao julgador uma interpretação discricionária de regras, devendo existir limites, e esse limite é a semântica da Constituição e dos direitos e garantias nela inseridos<sup>89</sup>.

Ocorre conseqüentemente que a interpretação não pode ser uma atividade livre e discricionária, mas uma interação dialógica entre o intérprete e o texto por meio de uma participação mútua entre um meio comum na história e na linguagem<sup>90</sup>. Isto é, nem o texto (prova legal) nem o intérprete (livre apreciação da prova pelo juiz), independentemente, determinam o significado da norma, mas ambos contribuem conjuntamente para a determinação do significado. Com isso, ocorre a superação do esquema sujeito-objeto e a entrada da relação sujeito-sujeito (intersubjetiva) e a resposta adequada a cada caso<sup>91</sup>.

Assim, percebe-se que as teorias das decisões judiciais não superaram até os dias atuais o grande problema do positivismo: a *discricionarietà judicial*. Em uma democracia não se pode depender da consciência de uma pessoa (ou de algumas pessoas) para a resolução de qualquer problema, ou, em outras palavras, não se pode substituir o direito e (em alguns casos) a própria Constituição (documento simbolizante do pacto democrático) para atender ao que intérprete (magistrado no caso do processo penal) “ache melhor”<sup>92</sup>. Não se deve, portanto, confiar na “bondade” do órgão julgador. O problema dessa assertiva é saber qual o critério do que é “bondade”, pois, por exemplo, um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes<sup>93</sup>. Dessa forma, essa “bondade” pode ir de encontro às exigências de legitimidade

<sup>88</sup> Segundo NOBILI o significante “livre” da locução unida à convicção judicial já se deteriorou semanticamente, valendo-se, hoje, mais como um verdadeiro slogan, frequentemente repetido mas de precisão nula (NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 15).

<sup>89</sup> STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. Para um aprofundamento do tema cf. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>90</sup> Eros Roberto GRAU faz interessante analogia neste sentido em relação as artes alográficas e artes autográficas: “Nas artes *alográficas* (música e teatro) a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Nas artes *autográficas* (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra. [...] O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele imposto pelo legislador. A *completude* do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35-36, Grifos do autor).

<sup>91</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35-36.

<sup>92</sup> LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 40

<sup>93</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao *Verdade, Dívida e Certeza*, de Francesco Canelutti, para os operadores do direito. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 4, n. 14, 2004, p. 88.

do que foi posto como interesse da maioria e, com isso, jaz o questionamento de Agostinho Ramalho MARQUES NETO: “quem nos salva da bondade dos bons?”<sup>94</sup>.

Fica claro, portanto, que entendemos que “o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja”, nem aquilo que o Tribunal ou seus integrantes dizem que é, uma vez que, em plena vigência de uma Constituição, o resultado do processo dependerá da consciência de um juiz, enquanto a gestão da prova se dará por um juiz inquisitivo e não por critérios intersubjetivos através do devido processo legal<sup>95</sup>.

O grande problema dessa questão em relação ao processo penal, principalmente à gestão de prova, é o “livre convencimento” do julgador, ou melhor, o limite a este “livre convencimento”, pelo fato de não adiantar ter um novo modo de gestão da prova se no final a decisão ficar a cargo de um “inquisitor que possui livre convencimento”<sup>96</sup>. Em outros termos, qualquer teoria que aposte na vontade do intérprete (juiz, nesse caso) sofre de um déficit democrático, não importando estar no sistema acusatório ou inquisitório, pois o julgamento será discricionário e de acordo simplesmente com a vontade de quem decide<sup>97</sup>.

Dessa forma, na epistemologia democrático-acusatória, a formação da convicção do julgador deverá ser limitada ao que as partes apontaram não podendo o magistrado com fundamento em uma inalcançável “verdade” dispor de liberdade para investigar os fatos pretéritos que serão submetidos a seu julgamento e tampouco decidir livremente, já que (devem) existem limites na formação da sua interpretação.

### **1.3 O impulso inquisitivo no processo penal brasileiro: a permanência da cultura autoritária e o desamor ao contraditório**

No contexto especificamente brasileiro a tendência inquisitorial do processo penal parte de uma matriz cultural portuguesa autoritária em que, por um lado, o julgador é o protagonista na produção das provas, bem como, por outro, a apologia ao punitivismo sob os

<sup>94</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

<sup>95</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? – decido conforme a minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25-26.

<sup>96</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? – decido conforme a minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 50.

<sup>97</sup> STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009, p. 123-124.

mais variados discursos da pena e de seus populismos fazem com que se instale um *impulso inquisitivo* e uma *mentalidade inquisitória* nos diversos atores jurídicos<sup>98</sup>.

Tem-se que no Brasil o processo penal é de cariz inquisitório, e não misto como alguns ainda insistem em afirmar. Importante destacar, com fundamento nas lições de COUTINHO, que não há mais sistemas puros, todos são mistos, diferenciando-se quanto ao seu *princípio unificador*, já antes referido, que será *dispositivo* ou *inquisitivo*. Com isso, quando um modelo tem em sua essência a produção da prova exclusivamente delegada às partes, terá como princípio unificador o *dispositivo*. Por sua vez, em modelos em que a gestão da prova fica a cargo do juiz, terá como princípio unificador o *inquisitivo*:

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado<sup>99</sup>.

Assim, como o Código de Processo Penal brasileiro admite a produção probatória pelo julgador, seu *princípio unificador* só pode ser o *inquisitivo*. É o que traz na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, escrita por Francisco CAMPOS<sup>100</sup>:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir

<sup>98</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 389. Esses discursos populistas/inquisitórios acabam se revelando como o lugar em que existe a ligação mais genuína entre o *desejo* e o *poder*: “A linguagem da punição, mesmo podendo muito bem estar associada às melhores intenções, seduz profundamente, pois sabemos desde tempos que o *discurso* não é simplesmente aquilo que manifesta ou oculta o *desejo*, mas é o próprio *desejo*, traduz tão somente as lutas ou os sistemas de dominação, mas revela aquilo porque se luta, pelo que se luta – o poder, enfim, do qual queremos nos apoderar” (AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 55).

<sup>99</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, 2009, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009, p. 109.

<sup>100</sup> Francisco CAMPOS foi o principal autor do pensamento autoritário brasileiro, principalmente nas articulações legislativas. Foi o idealizador do Código de Processo Penal brasileiro de 1941, vigente até os dias atuais, e seu pensamento ideológico é claramente verificado tanto na Exposição de Motivos como no próprio Código. Segundo ele, o processo judicial é visto como instrumento de investigação da verdade e da distribuição da Justiça, cabendo ao juiz pesquisar a verdade, rompendo com certos limites tais quais o formalismo, ficção, presunção etc. Desse modo, defende um forte intervencionismo estatal no campo do processo, com fins de estabelecer a autoridade, o caráter popular do Estado, a confiança popular no sistema e a segurança nas relações sociais. À respeito mais especificamente do processo penal, entende que o principal vetor político-criminal é o seu ajustamento ao objetivo de maior *eficiência* e energia da *ação repressiva do Estado contra os que delinquem*. À partir disso, defende a abolição daquilo que chamou de primazia dos interesses individuais sobre os da tutela social (ou seja, interesses do poder punitivo estatal), pois não se podia aceitar a ideia de direitos individuais que estivessem em antagonismo com o bem comum (MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual brasileira (1937-1941), in: **Autoritarismo e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 42-45).

a sentença. [...] o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade<sup>101</sup>.

Com isso, percebe-se que desde seu nascedouro o Código de Processo Penal, vigente até os dias atuais, tem como objetivo reduzir a criminalidade através de uma maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado-Juiz<sup>102</sup>. Esses objetivos fazem com que o processo penal seja visto como um mero instrumento (muitas vezes considerado empecilho à eficiência da ação repressiva do Estado e gerador de impunidade) para o direito de punir do Estado<sup>103</sup>.

Coloca-se para isso o Juiz como “super-parte”<sup>104</sup> no processo, com a missão de combater a criminalidade e reduzir a impunidade. Contudo, isso só faz com que garantias do acusado sejam relativizadas, aumentando o autoritarismo<sup>105</sup> no processo penal e fazendo com que ele se torne mero procedimento de legitimação<sup>106</sup> do *jus puniendi* Estatal<sup>107</sup>.

---

<sup>101</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de Motivos do Código de Processo Pel.** 1941.

<sup>102</sup> Isso fica ainda mais evidente nesta passagem da Exposição de Motivos: “nossas leis vigentes do processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá que ser deficiente, decorrendo daí um estímulo indireto a criminalidade” (BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de Motivos do Código de Processo Pel.** 1941).

<sup>103</sup> Como afirma CASARA há um mito sempre presente em regimes autoritários de que o processo penal é instrumento de segurança pública e/ou pacificação social. A partir desse mito, os atores jurídicos preocupam-se fundamentalmente com critérios de eficiência e passam a acreditar que a formas processuais só devem ser respeitadas se necessárias à eficiência punitiva, o que faz com que as garantias processuais sejam vistas como entraves à eficiência repressiva (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-195).

<sup>104</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal.** 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 12.

<sup>105</sup> Partimos do conceito de autoritarismo cunhado por Diogo MALAN e Christiano FRAGOSO, no qual o termo autoritarismo é uma *expressão polissêmica*, que atravessa diversos campos do saber e que segundo MALAN poderá designar: (a) sistema político; (b) perfil psicológico; ou (c) ideologia política (MALAN, Diogo. **Ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual brasileira (1937-1941)**, in: **Autoritarismo e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 8); já de acordo com FRAGOSO atribui-se quatro vertentes: (a) abuso na constituição ou no exercício de poder; (b) regime político; (c) ideologia política; e (d) mentalidade autoritária ou autoritarismo psicológico-social (FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015).

<sup>106</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: UnB, 1980. Nessa obra o autor destaca a importância do procedimento para a aceitação social de mecanismos decisórios do Estado. Segundo ele, legitimidade incide “na disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: UnB, 1980, p. 30). Para o autor, essa disposição está na utilização de procedimentos como mecanismos que permitem a institucionalização do direito na dimensão social, bem como a generalização social de expectativas normativas. Para isso, sustenta a legalidade como única legitimidade possível. Nesse sentido, concordamos com FERRAZ JR., quando afirma que essa posição equipara a legitimidade às concepções decisionistas (tal qual fez Carl Schmitt), o que faz com que “Luhmann conceba a legitimidade das normas como uma ilusão funcionalmente necessária, que não pode ser posta a descoberto, sob pena de abalar-se a própria crença na legalidade” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 174), tornando assim o direito mero instrumento de controle no qual ocorre uma camuflagem das normas para esconder regras introduzidas de fora por seu editor (VILLAS BÔAS FILHO,

Essa estratégia adotada pelo sistema penal brasileiro de combater a criminalidade por meio de instrumentos do processo penal escancara as diretrizes adotadas pela política criminal no Brasil: prefere-se seguir a linha ideológica (direito à segurança) em detrimento da ideal (segurança dos direitos). Essa ideologia está atrelada ao pensamento autoritário presente nas legislações brasileiras, que coloca a *defesa social* e a *segurança da sociedade* como sua principal finalidade<sup>108</sup>.

Importante salientar que mesmo após a promulgação da Constituição da República em 1988 e o “giro democrático” que com ela adveio, estabelecendo direitos fundamentais e garantias aos acusados, as práticas anteriores continuaram a ser observadas em todo território nacional, no entanto, de forma reconfigurada e ressignificada<sup>109</sup> por meio de argumentos retóricos que naturalizam o pensamento autoritário brasileiro<sup>110</sup> e tratam o processo penal como instrumento a serviço do poder punitivo, mantendo para isso o magistrado no centro da produção da prova e com uma livre apreciação desta.

Assim, nota-se que a Constituição por si só não trouxe nenhuma ruptura com o modelo anteriormente adotado de procedimento penal<sup>111</sup>, pelo contrário, as reformas posteriores ao Código de Processo Penal expandiram os poderes processuais dos julgadores e introduziram

---

Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175). Sobre as condições de legitimação democrática do direito cf. SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>107</sup> O autoritarismo no processo penal brasileiro se expressa exatamente por essa superioridade do coletivo sobre o individual, contudo o coletivo não equivalia à sociedade civil mas ao Estado (PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25). Essa superioridade do Estado se conecta com o pensamento de Carl SCHMITT de que o povo representa uma unidade orgânica e com consciência nacional cf. SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>108</sup> Sobre a inspiração do Código Penal cf. PRANDO, Camila. **O Saber dos Juristas e o Controle Penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940)**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. Para CAMPOS essa ideologia da defesa social manifesta-se como a defesa da sociedade contra aqueles que ameaçam a segurança (CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 199). Importante trazer à tona que para Francisco CAMPOS a *oralidade* confere ao processo uma caráter de instrumento público, substituindo a concepção duelística pela concepção autoritária de processo. Desse modo, simplifica e racionaliza o uso da prova pelo juiz, que por meio de argumentos de defesa social as manipulam. Nesse ponto, percebe-se que o argumento da oralidade serve tanto a um processo de matriz acusatória quanto de matriz autoritária, devendo-se tomar cuidado quando e como a usa (CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 286).

<sup>109</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015.

<sup>110</sup> Existe no Brasil a ideia de que o autoritarismo seria um elemento arraigado nas relações da sociedade o que cria uma espécie de naturalização da mentalidade autoritária brasileira como uma construção inerente a sua constituição social (NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da UFF, 2012, p. 48).

<sup>111</sup> Nesse sentido COUTINHO afirma que o paradigma inquisitorial jamais foi superado, pois o poder de gestão das provas continua nas mãos do julgador (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**, ITEC, Porto Alegre, 2000).

elementos estranhos ao da tradição continental com uma releitura forçada, o que só fez aumentar as incongruências dentro do processo penal e (re)afirmar sua mentalidade inquisitória<sup>112</sup>.

Dessa forma, na mesma esteira que GLOECKNER<sup>113</sup>, entende-se que categorias reiteradamente reivindicadas, isoladamente, como soluções para o autoritarismo processual penal – como democracia, Constituição, etc. – não produzem nenhuma alteração no quadro autoritário. Por outro lado, o autoritarismo se configura como um complexo de significante capaz de causar a ativação e a exequibilidade do instrumento político pena, que por meio de suas funções manifestas, se legitimam mediante o discurso resignificado de determinadas práticas.

O discurso jurídico adotado a partir da Constituição Federal de 1988 difere do anterior, porém as práticas processuais remanescentes dos regimes autoritários continuam as mesmas<sup>114</sup>, pois, dentre outros problemas, mantém-se um ensino jurídico precário e voltado para a formação de profissionais acríticos em relação ao modelo processual penal, que só reproduzem um discurso jurídico pasteurizado ou memorizado com o objetivo maior de se preparar para concursos públicos<sup>115</sup>. Em outros termos, para além do texto legal que sofreu alterações (seja na mudança da Constituição ou nas reformas pontuais do CPP) incapazes de propiciar mudanças na estrutura do processo penal brasileiro, existe uma tradição autoritária

---

<sup>112</sup> Pode-se afirmar juntamente com TIBURI que o autoritarismo funda-se, além de um exercício de poder, uma mentalidade (TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. São Paulo: Record, 2015, p. 39).

<sup>113</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015, p. 389.

<sup>114</sup> Sobre um discurso democrático e uma prática autoritária da justiça brasileira cf. PASTANA, Débora Regina. **Justiça Penal no Brasil Contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.

<sup>115</sup> No Brasil, a “cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que ‘simplifica’ o ensino jurídico, a partir da construção de standards e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. O positivismo ainda é a regra. A dogmática jurídica trabalhada nas salas de aula (e reproduzida em boa parte dos manuais) considera o Direito como uma mera racionalidade instrumental. Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir de reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto. [...] A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais a doutrina doutrina menos; isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrinada pelos tribunais” (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78-79). Segundo NEDER a tradição portuguesa na formação do direito brasileiro fez com que a composição jurídica fosse constituída pela submissão intelectual aos poderes constituídos: “Muito dedicada a citar os mesmos livros ‘consagrados’, a repetir e reproduzir ideias e interpretações afiançadas por ‘cânones’ professados por ‘eminências’ que, por sua vez, exigem a corte de seus discípulos, que, por sua vez, devem tomar cuidado para não sombrear os mestres, estes sim, verdadeiros donos do poder/saber.” (NEDER, Gislene. **Illuminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro**: obediência e submissão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 205).



que encontra de alguma forma instrumentos para se exteriorizar em atos autoritários, mesmo em períodos democráticos<sup>116</sup>.

Tem-se desse modo o conceito de *transição política*, que consagra o fato de que muitas experiências do autoritarismo acabam por conviver com outras típicas de regimes democráticos<sup>117</sup>. É neste ponto que CUNHA MARTINS afirma que o Estado de direito é um mecanismo de forte ductilidade, por suportar um grau de deformação amplo antes de sua ruptura e aguentar sem fraturas materiais até mesmo conceitos contrários ao seu código genético<sup>118</sup>.

Ainda conforme CUNHA MARTINS<sup>119</sup>, a Constituição da República mostra-se como um operador fraco de mudança, pois não modificou substancialmente as práticas autoritárias anteriores, apenas as deu outras roupagens. Assim, pode-se dizer que a transição democrática brasileira foi um operador fraco de mudança, pois permitiu a convivência do novo com o velho, ou em outras palavras, de permanências autoritárias em plena democracia<sup>120</sup>.

Como visto no tópico anterior a busca obsessiva pela verdade caracteriza o sistema inquisitório, que colocava nas mãos do julgador a possibilidade de produzir de ofício as provas e julgá-las posteriormente. Assim, mesmo após as mudanças teóricas a partir de 1988, segue comum observar a defesa de poderes instrutórios do julgador, que funcionariam como um mecanismo de preenchimento de lacunas probatórias das atividades deficientes das partes, fundamentadas, especialmente, pela verdade<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 240. Nas sociedades latino-americanas, junto com o sistema inquisitivo, há uma cultura inquisitória enraizada que tem como consequência estrutural uma mentalidade eminentemente formalista e burocrática, a qual se utiliza de uma linguagem jurídica obscura e de *métodos interpretativos retrospectivos*: “Por interpretação retrospectiva entende-se a insistência dos operadores jurídicos de interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas.” (CASARA, Rubens. R.R. *Interpretação Retrospectiva*, Constituição e Processo Penal. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 22, p. 192-222, 2003, p. 196).

<sup>117</sup> PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015, p. 553.

<sup>118</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **A Hora dos Cadáveres Adiadados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

<sup>119</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **A Hora dos Cadáveres Adiadados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85-86.

<sup>120</sup> PASTANA chama isso de democracia autoritária, que seria a capacidade da democracia de “combinar e arranjar valores como soberania popular e hierarquia social” (PASTANA, Débora Regina. **Justiça Penal no Brasil Contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009, p. 34). No Brasil, apesar da transição democrática muito ainda permaneceu, como por exemplo as leis em vigor no período ditatorial. Cf. CHOUKR, Fauzi. H. **Transição e Consolidação da Democracia**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

<sup>121</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 31. Segundo o próprio CAMPOS:

Consolidada no Brasil como princípio da “verdade real”, constitui-se além da liberdade na coleta das provas, a liberdade na aferição das informações reunidas ao processo pelo magistrado, exigindo deste uma postura de insatisfação em relação ao material probatório produzido pelas partes.

Unindo o princípio do livre convencimento do magistrado com o da verdade real tem-se no ordenamento jurídico penal brasileiro uma verdadeira “*Katchanga*” para o julgador ficar livre na produção e valoração das provas. Nessa ótica, elementos colhidos na fase de investigação sem as devidas garantias constitucionais são facilmente transformados em elementos probatórios com justificativa na verdade real dos fatos e no livre convencimento do magistrado.

Esse impulso inquisitivo forte que traz consigo a tradição processual penal brasileira faz com que exista uma limitação nas garantias do acusado, sobretudo a garantia do contraditório, e além de estar diretamente ligado à verdade absoluta, está também relacionada com o preenchimento das expectativas pela *evidência*<sup>122</sup>.

Entende-se aqui evidência como aquilo que, por não precisar de justificação<sup>123</sup>, é a exata descrição daquilo que se pensa verdadeiro. Deste modo, corresponde a uma satisfação excessivamente rápida diante dos fatos, instaurando de certa maneira aquilo que CUNHA MARTINS chama de um “desamor ao contraditório”, típico de sistemas inquisitoriais, já que aquilo que se parece notório (evidente) tem por finalidade eliminar o processo por meio do célere preenchimento de expectativas desejanter<sup>124</sup>.

---

“À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça” (CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 163).

<sup>122</sup> O regime da expectativa, segundo CUNHA MARTINS, tem a seguinte roupagem: “1) a expectativa inspira-se no real e arranca dele, estimando-o enquanto campo de experiência (aquilo que é normal) por ela filtrado, a fim de eleger o que pode presumir-se como expectável; 2) dado que o expectável visa ser respondido, toda expectativa antecipa um determinado preenchimento (modelo expectativa/preenchimento); 3) o sentimento de preenchimento corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um desejo e que, de uma maneira ou de outra, deve ser cumprido; 4) o caráter alucinatório da expectativa radica tanto nesta vontade de preenchimento quanto na prévia instrução dessa vontade de partir de uma lógica do presumível; 5) 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” (CUNHA MARTINS, Rui. **A Hora dos Cadáveres Adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35).

<sup>123</sup> É evidente aquilo que dispensa a prova, isto é, “a evidência é uma verdade redobrada, uma afirmação que não precisa de justificação” (GIL, Fernando. **Tratado da Evidência**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996, p. 9).

<sup>124</sup> Deve-se entender o processo penal como uma *máquina desejanter* em que os sistemas de expectativas movem-se na esfera do desejo. As grelhas políticas do processo penal, então, são inundadas por desejos investidos de diversas formas e nos mais variados contextos. Nesse cenário, o *desejo* é aqui pensado no sentido de *eficiência*, o que em um processo penal autoritário pode ser representado pelo preenchimento rápido de expectativas punitivas, dispensando assim o devido processo (AMARAL, Augusto Jobim. Sobre a Acusatoriedade no

Nesse sentido, admite-se dentro dessa situação processual a existência de uma verdade da evidência simultânea a uma verdade da prova<sup>125</sup>, no que diferentemente da prova, a evidência não remete para dispositivos exteriores de avaliação<sup>126</sup>, pois ela constitui um desdobramento do sentido de quem a avalia na indicação da sua própria verdade e, em outras palavras, *alucina*<sup>127</sup>. Assim, caberá a prova trabalhar esta verdade de modo *não alucinatório*, funcionando como uma correção da alucinação da verdade produzida pela evidência<sup>128</sup>.

Ocorre que a prova tem como objetivo convencer um destinatário através da certeza deste em relação a determinado fato, o que acaba tendo um certo aspecto alucinatório e terminando no que se chama de *paradoxo da prova*: a prova não deve ser fraca, pois prova fraca é aquela que se satisfaz com verossimilhança ou crença racional – os erros judiciais apoiam-se sempre em verossimilhança ou crença racional –, o que faz com que a prova deva ser forte, mas prova forte revela-se “demasiado forte” e se transforma em evidência, que, ironicamente, dispensa prova<sup>129</sup>.

Trata-se, contudo, de colocar a convicção (“uma prova que não provocasse uma convicção não seria uma prova”) no polo oposto ao da crença, porém sabendo que 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 conotadas com o registro da evidência”, enquanto nesta zona existem *operadores de contágio*, tais quais o *convencimento*, a *adesão* e a *confiança*<sup>130</sup>. Daí o ensejo pelo qual a “convicção judicial, ser situada teórica e

Processo Penal – Algumas linhas iniciais. In: COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 84-85).

<sup>125</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

<sup>126</sup> No direito arcaico, por exemplo, havia uma espécie de direito sem julgamento, pois a verdade nele provinha da irradiação do brilho da evidência e, desta maneira, exercendo-se no imediato, por isso o flagrante delito apareceria como o modelo primordial do “direito punitivo”. Já a partir do século XIII, a inquisição após a confissão no centro da evidência, que era assimilada ao fato notório e dispensava a prova (AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 391-393).

<sup>127</sup> Aqui a palavra alucinação não está no sentido psicanalítico comumente utilizado. Nas palavras de GIL, “a evidência representa uma alucinação, mas não no sentido de um percepto do irreal *em vez* da percepção do existente: antes significa a transposição *da* percepção para outra coisa que não ela mesma. É uma operação alucinatória que, com a força irrecusável do real, converte em verdade a percepção e a significação” (GIL, Fernando. **Tratado da Evidência**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996, p. 217).

<sup>128</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 399.

<sup>129</sup> CUNHA MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

<sup>130</sup> CUNHA MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18-19. “O dispositivo probatório comporta, em termos funcionais, um duplo mecanismo: uma *maquinaria processual das convicções* e uma *maquinaria processual das expectativas* [...] a maquinaria produtora das convicções é o mecanismo onde, em matéria de contaminação, a evidência se manifesta em nível interno, correspondendo a uma contaminação de prova por dentro, interna a fronteira jurídica classicamente

idealmente no polo oposto da crença, há de ser o objetivo da atividade dos sujeitos durante a persecução penal” com a finalidade de protegê-lo da crença e, assim, “evitar que a deflagração do processo esteja estribada em um estado mental imaginário do juiz, que as provas produzidas pelas partes virtualmente não teriam condições de tocar”<sup>131</sup>.

Neste contexto pode-se entender que a evidência jamais desapareceu (e jamais desaparecerá) do campo do processo penal (e do direito em geral), seja pela importância dada ao testemunho, ou do papel da convicção do juiz, diretamente relacionada com o assentimento da prova<sup>132</sup>.

Assim, cabe ao processo penal constranger a evidência através da prova produzida em contraditório de modo que limite as pulsões inquisitivas<sup>133</sup>, o que conseqüentemente coloca como o regime de provas aquele que seja alheio ao protagonismo judicial na sua coleta, isto é, o do sistema acusatório<sup>134</sup>, já que o problema jaz no fato de que as *pulsões*, como bem assinalou COUTINHO, “querem satisfação e, por isso, não se preocupam com as ‘construções racionais’”<sup>135</sup>.

Assim, o processo deverá ser um organizador da diferença, fazendo com que a evidência produzida no inquérito seja estrangida através do contraditório dialético numa tentativa de organizar fluxos descontínuos. O processo em contraditório, então, existe para

entendida” (CUNHA MARTINS, Rui. **A Hora dos Cadáveres Adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33).

<sup>131</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 85-86. Adverte ainda PRADO que “evitar a zona de contágio da evidência é a tarefa do processo, que se arma de instrumentos para filtrar a maior parte das pulsões devoradoras das provas, porque é disso que se trata *evidência*: algo que, ao dispensar a prova, ‘devora’ os procedimentos probatórios, que são substituídos inconscientemente pelas crenças, em aparência imunes às tentativas das partes influenciarem na formação da convicção do juiz” (PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 85).

<sup>132</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

<sup>133</sup> “Em suma, do operador epistêmico da evidência não se escapa em qualquer patamar que se interesse pela prova. A prova, mesmo destinada a afastá-la, contém-na. Aprendendo-se a lidar com os paradoxos da prova é que se pode verificar onde a evidência é capaz de ser requisitada com adequação. Fugir de sua vertigem é poder vislumbrar na sua verdade propriedades centrais à estética do processo penal acusatório”. (AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 429-430).

<sup>134</sup> Nesse sentido, sendo o sistema acusatório aquele em que existe uma verdadeira separação de funções entre os sujeitos processuais, bem como aquele em que preserva uma efetiva imparcialidade do julgador, que deverá estar afastado da produção das provas, além de duas partes que se enfrentam em pé de igualdade, tem-se que, em contraposição ao sistema inquisitório, ele aparece como o sistema que preza pelo devido contraditório no processo penal, já que no sistema inquisitório há um “desamor” por ele no momento em que admite ao juiz ir buscar as provas e/ou se contaminar com as evidências produzidas unilateralmente na fase preliminar.

<sup>135</sup> COUTINHOS, Jacinto de Miranda. Estado de Polícia: Matem O Bicho! Cortem A Garganta! Tirem O Sangue. In: COUTINHOS, Jacinto de Miranda (Coord.) **Direito e Psicanálise**: intersecções e Interlocações a Partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 179.

que prova e evidência não coincidam, assegurando o diferir da diferença, ou seja, atuando como *defraudador de expectativas*<sup>136</sup>.

Nessa conjuntura, o magistrado não pode estar envolvido com nenhum argumento, devendo se manter equidistante às partes, já que um juiz que formula a acusação, por exemplo, está “psicologicamente envolvido com uma das versões em jogo”<sup>137</sup> e em um Estado Democrático de Direito, não deve existir dúvida de que um juiz imparcial é requisito indispensável a um sistema processual-penal democrático<sup>138</sup>.

Um modelo processual inquisitivo, desse modo, responde a uma concepção autoritária e antidemocrática<sup>139</sup>, fazendo com que o processo penal perca sua condição de processo e se converta em um instrumento de opressão. Portanto, o processo penal deve se conceber como um sistema de garantias a todos frente a atuação punitiva do Estado<sup>140</sup>.

Fica claro, por conseguinte, que não se pode aceitar como verdadeira a evidência em uma composição acusatória de processo gerida pela democraticidade, pois é uma exigência do devido processo que em âmbito processual a prova deva ter um alto grau de correção e supere a mera evidência. Assim, somente uma estrutura ritualizada de contenção do poder punitivo e correção do caráter alucinatório da evidência poderá ser o sustentáculo necessário para a formação de uma fundamentação convincente da decisão de julgador<sup>141</sup>.

Não obstante, para o processo penal o contraditório como elemento de distinção do processo do procedimento é de fundamental importância para uma compreensão acusatória e democrática de processo, transformando-se a estrutura dialética do procedimento no cerne do

---

<sup>136</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 99-100. Esse processo em contraditório deverá constar como corolário lógico a *presunção de inocência*, funcionando como um *estabilizador de expectativas* que veda o juiz de realizar qualquer atividade de produção de prova.

<sup>137</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 128.

<sup>138</sup> STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto? – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 54.

<sup>139</sup> Atenta-se aqui que não se está a dizer que um denominado processo acusatório não poderá ser autoritário, pois basta que se tenha uma distribuição desigual de poderes processuais entre as partes (aglomeração quântica de poder) para sê-lo, mas sim que em um modelo inquisitório em que o juiz tem a gestão da prova e da decisão não poderá ser democrático (SCHUNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykinson, 2005, p. 35).

<sup>140</sup> ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, *Actualidad Judicial. Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas*, núm.1, p. 36 y ss., 2007, p. 37. Nesse sentido, para PRADO o processo penal deve servir como uma *função-garantia* dos direitos fundamentais do acusado (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 45-47).

<sup>141</sup> KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 368. Para CUNHA MARTINS: “todo dispositivo processual apresenta modalidades variadas de contaminação pela evidência e que essa evidência tende a alucinar como produtora de verdade – isto é, para todos os efeitos, como participante dos mecanismos de verdades, que supostamente lhe deveriam estar vedados” (PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. MADRID: Marcial Pons, 2012, p. 76).

processo penal, além de colocá-lo, para Ferrajoli, como condição de garantia processual a ser respeitada para ser considerada válida para valoração do juízo<sup>142</sup>.

Com efeito, o que tem de mais importante nessa questão da evidência dentro do processo penal brasileiro é a notória disparidade na produção e valoração da prova no curso da persecução penal. Desde a fase de investigação preliminar a “prova” é produzida sem a participação da defesa para contrapor efetivamente o apontado pela investigação, o que acaba se transformando em uma “verdade alucinatória” advinda desta fase que preenche as expectativas dos agentes de forma célere e, por não haver limites quanto a valoração do que foi produzido nesta fase, consequência direta do livre convencimento, esses atos são utilizados pra a formação da convicção do juiz.

Portanto, por fim, é possível afirmar que significantes porosos como a *busca da verdade* – que colocam o julgador com poderes probatórios – e o *livre convencimento do magistrado*, em conjunto com argumentos que instrumentalizam o processo, tais quais os da “defesa social” e da “segurança da sociedade”, configuram o elo entre as antigas práticas autoritárias, de matriz inquisitorial, e o processo penal pós-Constituição. Trata-se da concepção de sistema acusatório constitucional que convive com a possibilidade do julgador produzir provas, ou das provas serem colhidas na fase de investigação, sem garantias como o contraditório por exemplo, e serem transportadas de forma irrestrita para a fase do processo<sup>143</sup>.

#### **1.4 O procedimento em contraditório como defraudador de expectativas: para além da informação e reação**

Como visto acima, o processo penal reflete majoritariamente o que o Estado se propõe a ser. Em outras palavras, trata-se do que CUNHA MARTINS<sup>144</sup> afirma de que *o processo é microcosmo do Estado de Direito*. Contudo, em termos de “circularidade sistêmica: estando o sistema processual inserido no sistema judiciário e este no sistema constitucional, o primeiro expressa, desejavelmente, os princípios adotados nesse último”. Isto é, em um sistema em que

<sup>142</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. Salvador: Juspudivm, 2015, p. 137-143.

<sup>143</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 224-225.

<sup>144</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

a Constituição está abrangendo os demais subsistemas estes deve(ria)m basear-se em seus princípios fundadores.

Nesse contexto, toda a evolução e afirmação dos direitos e garantias fundamentais ao longo da história vai se consolidar, ao menos de forma positivada, nas constituições contemporâneas, de forma a limitar o poder e a proibir seu excesso: trata-se do Estado Democrático de Direito, que visa a limitação dos poderes estatais na esfera dos indivíduos e a consolidação dos direitos e garantias fundamentais<sup>145</sup>. A noção de um modelo processual que se funda nesses direitos fundamentais é imprescindível para que haja o mínimo de democracia processual. Para isso, deverá haver uma base principiológica uníssona fundada no microsistema do processo penal, que abarque garantias essenciais as quais possuam uma co-dependência, ou seja, que ao se desrespeitar uma garantia afeta-se, de forma reflexa, as outras garantias fundantes<sup>146</sup>.

No processo penal, as garantias constitucionais mais relevantes são referentes “às liberdades públicas afetadas pela persecução penal”<sup>147</sup>. A garantia da *presunção de inocência* é então consagrada no Estado Democrático de Direito e entendida no processo penal moderno como limite ao poder punitivo estatal<sup>148</sup>. Seu papel consiste em tratar o imputado como inocente até o trânsito em julgado<sup>149</sup> de eventual decisão condenatória<sup>150</sup> e gerar um estado de

<sup>145</sup> Segundo SARLET os direitos fundamentais são o fundamento e a essência dos Estados constitucionais, considerando-se como aqueles cujo exercício do poder está condicionado pelos limites fixados na Constituição (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58-59).

<sup>146</sup> BARROS, Flaviane Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 15-17.

<sup>147</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16. Ligadas ao modelo constitucional do microsistema do processo penal, tem-se como pontos iniciais de referência a garantia do contraditório, da fundamentação das decisões, a de um terceiro imparcial que decidirá a causa, bem como a presunção de inocência e as liberdades individuais dos sujeitos (BARROS, Flaviane Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 16).

<sup>148</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. **Revista penal**, n. 23, p. 73-114, 2008, p. 73.

<sup>149</sup> Totalmente perceptível na semântica do Art. 5º LVII da Constituição da República, apesar do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, a partir de uma interpretação equivocada acerca do princípio da presunção de inocência, bem como de uma inadequada comparação com ordenamentos jurídicos de outros países, acabaram destruindo a indispensável presunção de inocência do cidadão no processo penal.

<sup>150</sup> Em estudo sobre a presunção de inocência, ZANOIDE DE MORAES entende-a em três desdobramentos: como “norma de tratamento”, como “norma probatória” e como “norma de juízo”. Para o citado autor, “a presunção de inocência como ‘norma de tratamento’ garante, na maior medida do possível, que ao imputado não seja dado qualquer tratamento de culpado antes do trânsito em julgado de eventual decisão condenatória. Como ‘norma probatória’, a presunção de inocência impõe que, para se ter uma decisão condenatória legítima ou se querer qualquer tipo de restrição aos direitos do imputado no curso da persecução, é necessário que o acusador apresente provas incriminadoras e lícitas. A presunção de inocência, como ‘norma de juízo’, por sua vez, impõe que o juiz demonstre que aquele material incriminador é suficiente para lhe dar certeza fática para decidir em desfavor do imputado” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal**

incerteza durante toda a persecução penal, fazendo com que a punição apenas se legitime quando superado esse estado em uma estrutura que permita às partes colaborarem dialeticamente na formação da convicção do julgador<sup>151</sup>.

Assim, levando ao plano da evidência antes posto, a presunção de inocência deverá funcionar como *estabilizadora de expectativas* em uma lógica acusatória, de forma a significar, por meio do mecanismo da confiança por ela desencadeada, a realização de um desejo de preenchimento de um sistema acusatório. Em outros termos, a evidência deverá atuar como coadjuvante do dispositivo processo penal, de forma a constrangê-la com a prova em contraditório e com o assentimento da presunção de inocência, exatamente para comungar esforços na contensão das pulsões inquisitoriais, vedando assim o juiz de produzir qualquer diligência probatória em caso de dúvida<sup>152</sup>.

No entanto, a prática forense demonstra que a consagração de direitos na Constituição por si só não garante uma mudança na mentalidade dos atores processuais, que continuam a praticar os mesmos atos de viés autoritário pré-constituição, inclusive após o período de *transição democrática*. Como antes enfatizado, esse recurso é um operador fraco de mudança e não garante uma ruptura com modelos anteriores.

Tem-se, portanto, a partir de um operador de mudança avaliado como forte, reconhecendo-o na categoria *processo* um elemento deste porte, a tentativa de uma real ruptura de práticas autoritárias, mormente na seara penal – considerando-se o processo judicial a partir de uma decisão a sua máxima concretude –, e a consolidação de práticas democráticas<sup>153</sup>.

Dessa forma o processo deve servir como um organizador da diferença, um *defraudador de expectativas* – sejam elas sociais ou jurídicas – no afã de tentar assumir uma postura de acordo com o Estado Democrático de Direito. É nesse ponto que o contraditório tem um papel de protagonista dentro do processo.

---

**Brasileiro:** análise de sua estrutura para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 405). Em sentido similar, consignando a presunção de inocência como *regra de juízo*, aproximando-a sobretudo da concepção também de *norma probatória*, ILLUMINATI, que ressalta a relevância intensa da regra em relação às decisões sobre o *fato incerto*. Quando da sua aplicação nas conclusões das questões probatórias em que o julgador ficar na dúvida sobre qual reconstrução do passado acreditar, dá por acertado a sua função modelar de configuração do método probatório (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. 6ª ed. Bologna: Zanichelli 1984, p. 91-93).

<sup>151</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos:** a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17-19.

<sup>152</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85 - 115, jan./jun. 2013, p. 109-112.

<sup>153</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **A hora dos cadáveres adiados:** corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 91-92.



Aqui o processo passa a figurar como um importante instrumento de efetivação das garantias individuais, servindo como a principal ferramenta de contra poder, com a efetiva proteção dos direitos elencados constitucionalmente, concretizando e protegendo a sua aplicabilidade, transformando-se não somente em importante instrumento na resolução de conflitos, como também para a implementação de políticas públicas<sup>154</sup>.

No que tange ao controle da observância das garantias processuais, é necessário a afirmação do contraditório para salvaguardar os direitos fundamentais de quem sofre com um processo, ao dar a chance ao acusado de contrapor os argumentos de uma acusação penal, tornando-se imprescindível pra existência de uma estrutura dialética do processo<sup>155</sup>.

Há quem diga que não existe processo se não existir contraditório, porém não é isso que a história do processo penal demonstra no *law in action*: condenações sem contraditório efetivo e processos em que quem acusa e julga é a mesma pessoa são fatos comuns há mais de 500 anos. Contudo, é fato que para que exista um modelo cognitivo de justiça penal deverá existir além de uma confirmação das hipóteses da acusação por meio de provas, também uma participação de defesa com possibilidade de produção de contraprovas<sup>156</sup>. Nesse ponto, o conceito de prova é aquele que a considerará adquirida após proposta, passar pelo crivo do contraditório e houver uma decisão judicial acerca de sua permanência no processo<sup>157</sup>. Concordamos, portanto, com GLOECKNER de que o contraditório não é um princípio, mas uma “técnica de coleta probatória”<sup>158</sup> e sendo assim não se admite sua relativização ou postergação na formação da prova.

---

<sup>154</sup> MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**: O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 137. No que tange ao processo como implementação de políticas públicas cf. DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparada del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 2000, p. 28.

<sup>155</sup> CARNELUTTI chega a afirmar que “la loro contraddizione è necessaria al giudice come l’ossigeno nell’aria che respira. Il dubio è un passaggio obbligato sulla via della verità; guai al giudice che non dubita! [...] Non tanto la possibilità quanto la effettività del contraddittorio sono una garanzia imprescindibile della istruzione. Tanto più vale codesta garanzia quanto più siano equilibrate le forze dei due lottatori” (CARNELUTTI, Francesco. **Principi del Processo Penale**. Napoli, 1960, p. 139).

<sup>156</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 55. Deve-se partir da ideia de que o contraditório é uma garantia política, que deve habitar o cerne do processo penal (BINDER, Alberto M. **Análisis Político Criminal**: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Buenos Aires: Astrea, 2011).

<sup>157</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 30.

<sup>158</sup> Nas palavras de GLOECKNER: “O fato de a doutrina processual penal tratar o contraditório como um ‘princípio’ contribui decisivamente para que as suas funções declaradas se esgotem num universo retórico e simbólico. O contraditório não é princípio, mas ‘técnica de coleta probatória’. Portanto, a oralidade consiste em seu núcleo fundamental.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423). Nesse sentido, FERRUA: “Forse sarebbe stato meglio parlare di metodo anziché di principio, proprio per sottolineare la forza epistemica del contraddittorio.” (FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 129). Em sentido similar sobre a formação probatória, mas em relação ao binômio oralidade-

No Brasil, uma das garantias mais infringidas no processo penal brasileiro é a do contraditório, especialmente em relação à utilização dos elementos colhidos na fase de investigação nas sentenças. Processos, dessa forma, em que existe apenas um aparente contraditório, que serve unicamente para legitimar um processo autoritário e uma condenação injusta baseada em “provas” produzidas unilateralmente.

A noção clássica/tradicional de contraditório, utilizada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência até os dias atuais, tem auxiliado na legitimação dessas condutas arbitrárias. Essa visão clássica do instituto parte de uma linha teórica do instrumentalismo e da Teoria Geral do Processo e estabelece como elementos do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação<sup>159</sup>. Bastariam o dizer e o contradizer das partes para a garantia do contraditório (que se formaria de modo estático), ainda que essas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, o que permite tão-somente uma participação fictícia e aparente das partes, servindo para atender uma estrutura procedimental monologicamente dirigida à formação unilateral do provimento pelo julgador<sup>160</sup>.

Importante salientar que essa perspectiva instrumentalista baseada fundamentalmente na tradicional visão do processo como relação jurídica de BÜLOW<sup>161</sup>, reduz o processo a mero conceito ou caminho burocrático de atos meramente formais para se chegar ao fim desejado ou, de outro modo, de mero instrumento para atingir a sentença almejada<sup>162</sup>.

Não obstante, a visão que mais se adequa ao fenômeno do processo e consequentemente à nossa visão de contraditório é a trabalhada por GOLDSCHMIDT, do

imediação LACOVIELLO entende que “la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez” (LACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione**. Milano: Giuffrè, 1997, p. 151).

<sup>159</sup> SCARANCA FERNANDES. **Processo Penal Constitucional**. ed. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

<sup>160</sup> NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v.5, n. 29, maio/jun. 2009, p. 75-76.

<sup>161</sup> Para Oskar von BÜLOW o processo caracterizava-se como uma relação jurídica progressiva, de natureza pública, que vai envolvendo as partes desde a demanda até a sentença final em uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Segundo LOPES JR. essa teoria representou “um avanço no tratamento do imputado, que deixa de ser visto como um mero objeto do processo para ser tratado como um verdadeiro sujeito, com direitos subjetivos próprios e, principalmente, que pode exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 195).

<sup>162</sup> Para BARROS: “A linha teórica da instrumentalidade, que pretende que o juiz em sua decisão proceda à correção prática dos erros perpetrados por outras esferas estatais, a fim de garantir justiça social, é de fácil adaptação à teoria da relação jurídica” (BARROS, Flaviane Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 12).

processo como um conjunto de situações jurídicas em que as partes tem que passar em direção a uma sentença favorável.

Para o autor, não existem direitos e obrigações processuais referentes a uma estática relação jurídica, mas um caráter dinâmico de processo:

quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais inatingíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuido de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionarão vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde<sup>163</sup>.

Segundo LOPES JR. essa dinâmica de guerra é a melhor explicação para o processo, que ao invés de uma relação jurídica estática de segurança parte da mais completa epistemologia da incerteza e do risco. Dessa forma o processo é uma “complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam *chances*, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de *cargas* (probatórias) e caminhe em direção favorável”. Com isso, ainda segundo o autor, “o processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a *expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas*. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus ou bônus”<sup>164</sup>.

Como no processo penal o princípio basilar que o rege é o da presunção de inocência do acusado, a carga da prova está totalmente nas mãos do acusador<sup>165</sup>. Logo, não há carga para a defesa, mas um risco pela perda de uma chance<sup>166</sup>. Com isso, tem-se que não há um dever de cooperação entre as partes, mas o aproveitamento das chances que desincumbem em cargas ou assunção de riscos em relação ao provimento final.

Retomando o conceito de contraditório na visão tradicional (necessidade de informação e possibilidade de reação), constitui *informação* a ciência efetiva de tudo que se passa no processo, isto é, cada uma das partes deve conhecer as posições e os argumentos da

<sup>163</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 49.

<sup>164</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 199. Nas palavras do próprio GOLDSCHMIDT “as expectativas de uma sentença favorável dependem, geralmente, de um ato processual anterior da parte interessada, a qual obtém êxito. Pelo contrário, as expectativas de uma sentença desfavorável dependem sempre de tal ato processual pela parte interessada” (GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 50).

<sup>165</sup> Cf. ROSENBERG, Leo. **La Carga de la Prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 179-218 e AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85 - 115, jan./jun. 2013, p. 94-98.

<sup>166</sup> “Não há carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui um dever de liberação. A questão desloca-se para a dimensão da assunção de um risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz. O réu que cala assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese” (LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 202).

outra parte para poder contradizê-los. Assim, somente com o efetivo conhecimento da parte contrária será viável a sua participação em contraditório<sup>167</sup>.

Em seu segundo momento, o contraditório na visão tradicional caracteriza-se pela possibilidade de *reagir e contrapor* os argumentos advindos da parte contrária. Essa possibilidade de reação leva a participação da parte contrária e realiza a função de legitimar a decisão na esperança da parte em poder influenciar no provimento final, imunizando o sistema social contra descontentamentos e protestos<sup>168</sup>.

Contudo, essa *esperança de poder influenciar* no processo não pode ser considerada legitimação devida em um processo penal de cariz democrático. Deverá, ao contrário, existir uma efetiva influência de ambas as partes (especialmente do acusado, que é quem está sofrendo as consequências de um processo penal e poderá sofrer as de uma possível condenação futura) na decisão final. Em outros termos, “não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento”<sup>169</sup>.

Dessa forma, tem-se que a noção clássica de contraditório, apesar de importante em sua construção, não é mais suficiente para garantir uma efetiva participação das partes no processo<sup>170</sup>. Por isso, parte-se no presente estudo da noção de contraditório desenvolvida por FAZZALARI, que pode-se dizer que é uma complementação do pensamento de GOLDSCHMIDT, de que o contraditório é entendido como uma posição de simétrica paridade entre os afetados pelo provimento final.

Adotando como alicerce a noção de processo como garantia, o conceito de contraditório deve ser ampliado, ao passo que garanta a participação de ambas as partes na

---

<sup>167</sup> A necessidade de informação é de relevante importância na investigação preliminar, que será melhor visto no próximo capítulo.

<sup>168</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980, p. 91.

<sup>169</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, n. 168, fev., 2009, p. 109.

<sup>170</sup> No mesmo sentido BADARÓ, para quem o contraditório “não mais se satisfaz com a mera possibilidade de reação. É necessário estimular e buscar a realização da reação para que a estrutura dialética do processo se aperfeiçoe por meio de tese e antítese com conteúdos e intensidades equivalentes, atingindo uma síntese que, apoiada em premissas simétricas, seja mais justa” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 16). Para ROSA: “O contraditório precisa ser revisitado, uma vez que 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” (ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 262-263).

construção do provimento em uma estrutura dialética. Essa estrutura deve consistir, segundo FAZZALARI

na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas do resultado<sup>171</sup>.

Nesse viés, o processo é visto como o *procedimento em contraditório*, superando a noção de procedimento formalista-burocrático como uma concatenação de atos formalmente estruturados, resgatando, assim, a importância do devido respeito às regras do jogo e pondo o contraditório como fundamento basilar<sup>172</sup>.

Dessa forma o processo se caracteriza como uma espécie do gênero procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados em conjunto. Chega-se, então, a noção de processo como espécie de procedimento realizado em contraditório entre os interessados, ou seja, as partes.

Nas palavras de GONÇALVES:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos<sup>173</sup>.

Trata-se, portanto, de uma teoria que cria condições para uma maior eficácia dos direitos e garantias no processo penal, especialmente no que tange à democratização em relação a participação das partes e a efetivação do contraditório, permitindo que a decisão não seja tomada a partir de concepções individualistas e do subjetivismo de um sujeito solipsista.

O contraditório, assim, não pode ser entendido como a mera participação das partes no processo, mas na participação destes em simétrica paridade<sup>174</sup>. No âmbito penal, essa paridade

<sup>171</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119-120

<sup>172</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 224. Nas palavras de FAZZALARI: “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 eu 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” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 120).

<sup>173</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Minas Gerais: Del Rey, 2012, p. 115.

<sup>174</sup> No mesmo sentido MINAGÉ: “É imperiosa a compreensão de que, a participação superficial das partes do processo, por si só, não concretiza o contraditório, pelo contrário, manipula uma concepção de contraditório

é puramente formal, já que as partes tem uma desigualdade inerente à sua natureza<sup>175</sup> e às consequências ao final do processo. Por isso a existência das garantias do processo ao acusado, mormente a presunção de inocência, na tentativa de amenizar essa desigualdade e colocá-los em um jogo em que a parte mais fraca possa influenciar no provimento final.

Assim sendo, o magistrado tem um papel fundamental dentro do processo. Deve ele garantir esse contraditório em paridade, possibilitando a ampla discussão e argumentação das partes sobre as provas a serem produzidas e a consequente influência na decisão. Com esse papel de garantidor do contraditório o julgador não poderá intervir na argumentação das partes, porém deverá ter um papel ativo na manutenção da participação efetiva dos contraditórios<sup>176</sup>.

Indo mais além, deve-se entender a noção do contraditório a partir da garantia da não surpresa<sup>177</sup>, ou seja, da parte não poder ser afetada por decisão sem a sua efetiva participação na construção, o que se remete aos conceitos de comparticipação e policentrismo<sup>178</sup>. Desse modo, o juiz deve provocar o debate acerca de todas as questões impedindo que aplique normas ou embase decisões sobre fatos estranhos à dialética das partes. Portanto, tudo que o

---

falaciosa” (MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**: O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 139).

<sup>175</sup> Em sentido similar, ANITÚA, para quem: “O Estado nunca pode ser uma ‘parte’ situada no mesmo plano de igualdade que seu opositor. A igualdade de partes se verifica (formalmente ao menos, pois a igualdade material não é possível no marco das sociedades capitalistas) em um processo civil. Mas no sistema processual penal que quedou configurado no Ocidente (tanto nos países de tradição continental europeia como, com um desenvolvimento distinto e mais tardiamente, nos anglo-saxões) é o Estado que substitui a vítima e se enfrenta com o acusado. [...] A desigualdade está dada por ser o Estado quem acusa. [...] A polícia, o Ministério Público e os juízes de investigação, salvo em poucos casos habituais, contam com mais e melhores meios que os particulares acusados” (ANITÚA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais penais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 370-371).

<sup>176</sup> Nesse sentido: “[...] a garantia [do contraditório] opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato e de direito determinantes para a resolução da demanda” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, n. 168, fev., 2009, p. 118). Dessa forma, o julgador tem o dever de atuar para assegurar o desenvolvimento correto e pleno do contraditório (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Minas Gerais: Del Rey, 2012, p. 125-126).

<sup>177</sup> Para TARUFFO a eliminação da surpresa é considerada condição de *fair trail*, bem como de qualidade do julgamento igualitário entre as partes (TARUFFO, Michele. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana**: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva. Temis: Bogotá, 2008).

<sup>178</sup> O contraditório é nesse sentido considerado um elemento estrutural da comparticipação, o que assegura um policentrismo processual, permitindo, assim, “a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (‘potencialidade ofensiva’) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva em sua formação” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdiccional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 227).

jugador decidir fora do debate corresponde à surpreendê-las e a desconsiderar o caráter dialético do processo<sup>179</sup>.

Nesse aspecto, há de se afastar a ideia de que assegura ao julgador o privilégio cognitivo na formação da decisão. Isto é, não se pode o juiz fazer uma análise de forma solipsista, mas através de uma perspectiva participativa e policêntrica do processo jurisdicional, ancorado nos princípios processuais constitucionais e em um espaço público no qual se apresentam condições comunicativas para que todos os envolvidos, cada um em seu papel, desenvolvam e participem do debate<sup>180</sup>. Dessa forma, é necessária uma estruturação processual que permita a efetiva participação sob uma perspectiva paritária de todos os sujeitos processuais em seus papéis específicos na construção dos provimentos<sup>181</sup>.

O conceito de policentrismo está exatamente nessa estrutura em que nenhum sujeito tem o protagonismo processual através de uma centralidade derivada dos fundamentos do próprio processo, mas pelo fato de cada um desenvolver um papel específico e participativo na formação da decisão final<sup>182</sup>. Essa noção de contraditório como influência no provimento final e não surpresa funda o que se chama de *contraditório dinâmico*.

Essa proposta de contraditório dinâmico apesar de ser novidade no Brasil<sup>183</sup> já está consolidada em diversas legislações estrangeiras, tais quais no Código de Processo Civil francês, no Código de Processo Civil português e na ZPO alemã<sup>184</sup>. Desse modo, a noção de contraditório dinâmico está diretamente ligada com a necessidade de fundamentação das decisões. Quando se desenvolve essa noção, compreende-se a importância e até mesmo a codependência do contraditório com a necessidade da *fundamentação da decisão* em um

<sup>179</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, n. 168, fev., 2009, p. 125.

<sup>180</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 211.

<sup>181</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. Especial, p. 13-29, 2008, p. 26. Importante ressaltar que “toda atividade do juiz que colabora para a formação da sua opinião deve ser feita com a participação dos interessados devendo os mesmos atuar durante toda a colheita de provas. Isso porque, a atividade cognitiva não acontece só na sentença, mas em todas as etapas de desenvolvimento do processo” (FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – RED**, v. 3, n. 3, p. 89-108, jan./jun., 2009, p. 94).

<sup>182</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 212.

<sup>183</sup> Essa noção foi inserida no Novo CPC (Lei 13.105/2015).

<sup>184</sup> MAGALHÃES BARROS, Flaviane; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 349. Art. 16 CPC francês, § 139 ZPO alemã e art. 3 item 3 CPC português.

processo penal democrático, que não mais aceita que a construção do provimento final seja um ato isolado do julgador, mas da argumentação das partes<sup>185</sup>.

Desse modo, coloca-se o contraditório com um nexo profundo com a garantia de fundamentação das decisões, ao passo que o julgador ao enunciar os fundamentos de sua decisão “deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da possível participação dos interessados em todos os aspectos relevantes, sejam eles fáticos e/ou jurídicos”<sup>186</sup>.

Assim, a motivação serve como um instrumento que assegura as limitações do Poder Judiciário, mormente sob o prisma da livre convicção do magistrado, além de servir como um mecanismo de proteção das garantias individuais dos acusados no processo penal. Assevera GOMES FILHO que as motivações das decisões

de um lado, serve para verificar – pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos – se foram efetivamente obedecidas as regras do *devido processo*; por outro, será igualmente por intermédio da fundamentação que será viável constatar se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam a restrição e se apreciou de maneira correta o contexto fático que autorizava<sup>187</sup>.

Não é à toa que a Constituição brasileira de 1988 exige que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e *fundamentada* de autoridade judiciária competente”, bem como que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Dessa forma, tem-se que a abrangência do contraditório só será totalmente garantida se a decisão exibir em sua fundamentação a argumentação daqueles que serão respectivamente afetados, que podem, por meio dela, fiscalizar o respeito ao efetivo contraditório<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> MAGALHÃES BARROS, Flaviane; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 349.

<sup>186</sup> NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v.5, n. 29, maio/jun. 2009, p. 80.

<sup>187</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

<sup>188</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 6, p. 131-148, 2008, p. 135.



Com isso, partindo da noção vista nesse tópico de contraditório e pegando suporte em THEODORO JÚNIOR e NUNES, consideramos que existe um feixe de direitos, sobretudo à parte acusada e seu defensor, dele decorrentes em um processo penal democrático, quais sejam: (a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, desde a fase de investigação preliminar, ou seja, uma citação adequada e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso de toda a persecução penal; (b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; (c) em decorrência da anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor as alegações de fato ou as atividades probatórias da parte contrária; (d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazione*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate em contraditório; e (e) direito de uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesa adequada propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões)<sup>189</sup>.

A partir desses pressupostos tomados seriamente já se teria condições para um processo jurisdicional democrático, viabilizando a participação e o debate e assegurando a verdadeira influência de todos os argumentos suscitados por todos os sujeitos do processo, bem como garantindo que nas decisões não surja nenhum fundamento que não tenha sido submetido ao espaço público processual.

### **1.5 Breves notas sobre o Sistema adversarial da *common law* e a paridade de armas: seria esse sistema o mais apropriado para um verdadeiro processo de partes em contraditório?**

Existe uma grande divergência que paira na doutrina em relação aos termos sistema acusatório e sistema adversarial<sup>190</sup>. Não se tem um conceito que seja unânime ou que

---

<sup>189</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, n. 168, fev., 2009, p. 126.

<sup>190</sup> Vale ressaltar que até mesmo no direito anglo-americano os termos adversarial e non adversarial são polissêmicos e os próprios doutrinadores divergem quanto às suas características (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17). Segundo o *Black's Law Dictionary* "the term adversary system sometimes characterizes an entire legal process, and sometimes it refers only to criminal procedure. In the later instance, it is often used interchangeably with an old expression of continental European origin, 'accusatorial procedure' and is juxtaposed to the 'inquisitorial', or 'nonadversary' process. There is no precise understanding, however, of the institutions and arrangements denoted by these expressions" (**Black's Law Dictionary**, 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 62). Para um estudo mais aprofundado das origens históricas e das características das famílias jurídicas da *common law* e da *civil law* cf.

predomine no que tange a essas duas expressões. O que se tem é que o modelo acusatório surgiu na Europa continental (junto com o sistema inquisitório) enquanto o modelo adversarial surgiu na Inglaterra, bem como que a doutrina de cada sistema trata com algumas características iguais e outras diferentes esses institutos<sup>191</sup>.

A Inglaterra, então berço do sistema adversarial, desenvolveu seu mecanismo de julgamento de forma diferente do resto da Europa, colocando sempre as partes como participantes ativas no processo. Desde os primórdios com os *trials by battle* no século XI percebe-se o papel preponderante das partes na promoção do julgamento, apesar da grande influência de forças divinas na época. Com isso, embora esse sistema de batalhas propriamente ditas não fizesse muito uso das provas, não fosse oral e nem contencioso<sup>192</sup>, isto é, não obstante não fosse considerado um *sistema adversarial* como se conhece hoje em dia, esses duelos ocasionaram o seu desenvolvimento fazendo as partes terem um papel de protagonista e limitando a atividade do julgador dentro do processo<sup>193</sup>.

Esse protagonismo das partes fez com que as investigações dos crimes ocorressem de forma privada, no qual as vítimas e seus parentes podiam iniciar a persecução através de um procedimento formalizado (jurados) ou resolver a disputa por meio de combate físico com o acusado. Esse acusador particular atuava como se tratasse de um litígio de direito privado e tinha total controle sobre a persecução iniciada<sup>194</sup>.

---

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>191</sup> A principal característica a ser compreendida pelo sistema adversarial no âmbito criminal é o princípio da oportunidade no exercício da ação penal, diferentemente dos países com origem romano-germânica, cujo princípio é o da legalidade ou obrigatoriedade desde a investigação até o exercício da ação penal. Em decorrência disso, tem-se a ampla discricionariedade do órgão acusador em apresentar ou não a ação penal e as consequências decorrentes da chamada justiça negocial, que será visto abaixo (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 93).

<sup>192</sup> Além disso, nessa época o procedimento era marcado por não dar ao acusado o direito a ter defesa técnica, que quase sempre aguardava o processo preso, em condições precárias e comparecia à audiência com a saúde debilitada, além de não saber o teor das acusações formuladas contra si e com a necessidade de fazer sua própria defesa, o que não estava preparado (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9).

<sup>193</sup> LANDSMAN, Stephan. Brief survey of the development of the adversary system. **Ohio State Law Journal**, n. 44, 1983, p. 717-719. Segundo COUTINHO foi o rei Henrique II que deu o grande passo para construir um modelo singular. Em 1166 ele instituiu para Clarendon um *Trial by Jury* em que o *Jury* dizia o direito material e o rei o direito processual: “O representante real, porém, não intervinha, a não ser para manter a ordem e, assim, o julgamento se transformava num grande debate, numa grande disputa entre acusador e acusado, acusação e defesa. Para tanto, a regra era a liberdade, sendo certo que o acusado era responsável pelas explicações que deveria dar. [...] vê-se que, nele, a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia – e tende – a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, 2009, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009, p. 107).

e seus pormenores.

<sup>194</sup> BOVINO, Alberto, La persecución penal pública en el derecho anglosajón, **Revista latinoamericana de política criminal**, Ed. Del Puerto/Inecip, Buenos Aires, 1997, Nº 2, pgs. 35 y ss. Conforme THAMAN “La

É importante salientar que não existiu alguém ou um grupo que criou ou construiu o sistema adversarial. Os advogados, juízes e as partes litigantes do século XVIII exerciam suas funções sem saber que construiriam um modelo de justiça penal, ou que eram instrumentos de algum propósito histórico<sup>195</sup>.

Nesse modelo, até 1730 não era permitido a defesa técnica dos acusados, que faziam a sua própria defesa perante as acusações sofridas. Em meados da década de 1730 surgem os primeiros registros de autorizações para a atuação de advogados de defesa nos tribunais ingleses. Essa defesa técnica era bem limitada, restringindo-se à inquirição de testemunhas e ao debate de questões controvertidas. Porém essa atuação, ainda que limitada, foi de extrema importância para a revolução no sistema processual inglês que veio a se transformar no modelo adversarial<sup>196</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que os advogados de defesa causaram uma mudança de estrutura no julgamento criminal na Inglaterra. Eles romperam dois papéis antes concentrados nas mãos do acusado: defender e falar sobre o mérito, assumindo dessa forma o papel de defensor e insistindo no ônus da prova da acusação, silenciando diversas vezes o acusado e levando para o binômio advogado/acusação o centro do sistema<sup>197</sup>.

Em relação ao desenvolvimento e consolidação desse instituto, VOGLER afirma que o modelo adversarial deve ser considerado como uma das contribuições do Iluminismo europeu, tendo muito pouco em comum com o sistema acusatório da alta Idade Média, e com suas origens no desenvolvimento da economia capitalista Inglesa, não sendo mera coincidência que foi desenvolvido pelos mesmos advogados da *commom law* que representaram os empresários que participaram da Revolução Industrial<sup>198</sup>.

Com isso, após a concretização da passividade judicial, bem como a decadência dos costumes medievais e o advento do testemunho oral como regra de produção de prova no pós-

---

averiguación de los hechos y la obtención de la prueba no se atribuía como responsabilidad a ningún órgano estatal.” (THAMAN, Stephen C. Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 162).

<sup>195</sup> LANDSMAN, Stephan. The rise of the contentious spirit: Adversary procedure in eighteenth century England, In: **Cornell Law Review**, Ithaca, n. 75, p. 497-609, 1990, p. 502.

<sup>196</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13-14. Segundo LANGBEIN os juízes de 1730 admitiram o advogado de defesa com o propósito de aumentar a proteção contra o perigo de condenação errada. Dessa forma, ao admitir o advogado de defesa, limitando-o principalmente à função de participar do exame cruzado, os juízes pensaram haver confinado o advogado ao trabalho de assessor especializado, que meramente suplementaria os esforços contínuos do acusado para conduzir a sua própria defesa (LANGBEIN, John. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 310).

<sup>197</sup> LANGBEIN, John. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 310, tradução livre.

<sup>198</sup> VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, p. 182.

iluminismo, moldaram-se as características do modelo adversarial na Inglaterra que depois das Revoluções Americana e Francesa passou a vigorar também nos Estados Unidos.

Apesar da dificuldade de encontrar uma linha coerente entre o processo penal originário da *common law*, pode-se dizer que o processo que conhecemos hoje data do final do século XIX<sup>199</sup>. MALAN<sup>200</sup> define por meio de ideias de LANDSMAN que os elementos essenciais que caracterizam o processo adversarial na atualidade são: (a) julgador *neutro*<sup>201</sup> e passivo; (b) iniciativa instrutória das partes; e (c) ambiente forense altamente estruturado.

Quanto ao primeiro elemento, a ideia de *neutralidade* é evitar ou ao menos reduzir, os riscos de pré-julgamentos inerentes à iniciativa probatória. Por esse motivo e diferentemente do que o declínio dos *Juízos de Deus* causou no sistema continental – ou seja, o procedimento inquisitório –, na Inglaterra foi favorecido como consequência o surgimento do instituto do *júri*<sup>202</sup>. Assim, a solução discutida no processo antes confiada à divindade, passou a ser conferida a pessoas escolhidas entre os notáveis do local, por serem vistos como menos propensos à parcialidade do que os juízes togados, transformando-se, com isso, na característica mais essencial do sistema anglo-americano<sup>203</sup>.

Essa ideia de passividade do julgador é corolário lógico do segundo elemento do processo adversarial, qual seja a iniciativa instrutória das partes durante toda a persecução penal, que deverão investigar e indicar os elementos de prova que entendam ser mais convincentes para o caso.

<sup>199</sup> GARAPON, Antoine; PAPAPOPOULOS, Joannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada.** Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10.

<sup>200</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18-20.

<sup>201</sup> Optamos por deixar a palavra neutralidade por ser um termo comumente utilizado na doutrina anglo-americana, porém sabemos que a neutralidade é impossível de ser atingida por qualquer ser humano porque o homem é formado por valores que se agregam à personalidade durante toda sua vida e atuam consciente ou inconscientemente. Nesse sentido: “a neutralidade é impossível, porque o julgador está sempre em relação com o meio social, com a tradição em que se insere sua história de vida etc. em termos heideggerianos, presença (*dasein*): o juiz é ser-no-mundo.” (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 149). Desse modo o que se pode exigir do julgador é uma imparcialidade em relação ao caso concreto.

<sup>202</sup> Importante salientar que no início da criação dos jurados no direito inglês, ele estava colocado no lugar do juiz europeu continental, pois investigava e decidia o caso penal. Segundo BOVINO “el papel inquisitivo del jurado desapareció hacia finales de la Edad Media y las razones de la transformación del jurado inquisitivo en un jurado pasivo — similar al actual —, constituyen un misterio de la historia legal inglesa. Probablemente a fines del siglo XV, y con seguridad en el siglo XVI, los jurados ignoraban los hechos que les tocaba juzgar.” (BOVINO, Alberto, La persecución penal pública en el derecho anglosajón, **Revista latinoamericana de política criminal**, Ed. Del Puerto/Inecip, Buenos Aires, 1997, Nº 2, ps. 35 y ss.).

<sup>203</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal.** Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36-37. Pode-se afirmar também que o instituto do júri serviu para inibir o desenvolvimento do modelo inquisitorial na Inglaterra: “The rise of the jury not only laid the groundwork for adversary procedure, but also served to inhibit the development of inquisitorial process in England” (LANDSMAN, Stephan. Brief survey of the development of the adversary system. **Ohio State Law Journal**, n. 44, 1983, p. 724).

Já em relação ao ambiente forense como elemento do sistema adversarial, este caracteriza-se pela existência de um conjunto de regras que regula a fase propriamente de julgamento (*rules of evidence*), bem como o comportamento das partes (*rules of ethics*) para assegurar que o julgamento seja o mais justo e sem erros possível.

Dessa forma, esse desenvolvimento do sistema adversarial criou uma cultura de um julgador passivo e conseqüentemente de um protagonismo das partes no que tange à produção probatória, que disputam entre si o convencimento do magistrado. Assevera GOMES FILHO em relação à influência do júri na formação probatória que

a necessidade de que [as provas] sejam apresentadas na presença de todos os membros do tribunal impõem a concentração e a oralidade; no *day in court* são expostas todas as provas, perante um tribunal até então totalmente desinformado a respeito do processo; e o diálogo entre as partes diante dos jurados também contribui para a maior aproximação entre a justiça e a sociedade, daí resultando a grande publicidade que, normalmente, é dada aos julgamentos<sup>204</sup>

O que se constata com o exposto é que no sistema anglo-americano a *verdade* tomou um rumo diferente do continente<sup>205</sup>. Enquanto no sistema continental a verdade é perseguida de forma obsessiva, colocando-se em muitos locais o juiz como responsável pela colheita probatória a fim de se chegar ou descobrir a “verdade real”, ainda que atropelando as garantias processuais dos acusados – que estariam limitados a fornecer ajuda ao juiz na busca dessa verdade –, no sistema anglo-americano a concepção de verdade adotada é a da sua construção *retórica-argumentativa*, ou *dialética* entre as partes, com um forte regramento sobre elementos que possam levar a um julgamento problemático<sup>206</sup>.

<sup>204</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

<sup>205</sup> “[...] *commom law* e direito continental europeu, de que somos herdeiros, não falam de uma mesma ‘verdade’ como fundamento de legitimidade do exercício do poder punitivo. [...] De um lado [direito continental] a verdade como a ‘reconstrução suficientemente aproximada à realidade dos fatos’; de outro [*commom law*] a verdade ‘dominada’ pelas partes, que dela fazem o melhor uso, quer em virtude dos seus interesses expressos em juízo, quer pela técnica do ‘*cross examination*’, sem, contudo, defini-la.” (PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. MADRID: Marcial Pons, 2012, p. 60-61).

<sup>206</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18-25. Para DAMASKA, a retórica do modelo continental da *civil law* elege a verdade como o principal instrumento da cognição no processo penal, elegendo uma grande confiança aos agentes estatais e considerando muitas das regras probatórias como empecilho a descoberta dessa verdade. Já nos modelos adversariais, o objetivo principal é a disputa entre partes em que o cumprimento às regras do jogo é a preocupação central do processo (DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study, In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, n. 121, p. 506-589, 1972-1973, p. 580-583). Importante ressaltar que a Corte Suprema Norte Americana muda periodicamente seu entendimento em relação a busca da verdade. Em 1914, por exemplo, a Corte limitou a busca da verdade ao proibir a utilização da prova obtida com a violação da IV emenda, que confere proteção ao indivíduo frente aos registros arbitrários e sem autorização judiciais. Já no começo dos anos 1970 encontram-se afirmações reiteradas acerca da importância da busca da verdade similares aos dos sistemas inquisitivos (THAMAN, Stephen C. Aspectos

Por isso muitos autores acreditam que o processo adversarial seja o mais adequado para a obtenção da verdade, pois apresenta um melhor acervo probatório apresentado por ambas as partes para o magistrado decidir. Contudo, é importante ressaltar que parte da doutrina anglo-americana, além de ter uma visão idealizada de seu modelo adversarial, atribuem ao processo penal continental características imprecisas, tais quais a parcialidade do juiz, o desrespeito aos direitos humanos e a tortura, características mais relacionadas ao processo penal canônico-inquisitivo<sup>207</sup>.

Na doutrina brasileira, contudo, existe uma tentativa de diferenciar o sistema acusatório do adversarial por meio de uma interpretação equivocada e perigosa. Essa parcela da doutrina se baseia fundamentalmente nos escritos de GRINOVER, a quem distingue os dois conceitos colocando o sistema acusatório como condicionado à uma constituição de acusação pública e oficial e da separação das funções de acusar, defender e julgar no desenvolvimento do processo. Por outro lado, o sistema adversarial é analisado em contraposição ao *inquisitorial system* no plano das atividades instrutoras do julgador no processo penal<sup>208</sup>.

Essa tentativa de distinção dos dois institutos não serve para outra coisa senão como uma justificação da iniciativa probatória do juiz em sistemas acusatórios. Nesse sentido, seguindo a doutrina de GRINOVER, BADARÓ, para quem

não há incompatibilidade entre o processo penal acusatório e um juiz ativo, dotado de poderes instrutórios, que lhe permitam determinar a produção das provas que se façam necessárias para a descoberta da verdade. A essência do processo acusatório está na separação das funções de acusar, julgar e defender. A ausência de poderes instrutórios do juiz é apenas uma característica histórica do processo acusatório, mas não é um traço essencial<sup>209</sup>.

Porém, entendemos que essa visão está equivocada, pois não se pode utilizar a diferença entre sistema acusatório e sistema adversarial para fundamentar a iniciativa

---

*adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Processo penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 167-168).

<sup>207</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18-24-25. No mesmo sentido TARUFFO Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**, vol. 110, p. 141, abr., 2003 e DAMASKA, Mirjan. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”. In: **Sistema acusatorio y juicio oral**. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2014.

<sup>208</sup> GRINOVER, Adda Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, jul./set. 1999, p. 71-72.

<sup>209</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 154.

probatória do juiz. Nesse sentido PRADO, para quem é artificial a “designação de sistema adversarial, para definir o acusatório em que a inércia probatória do juiz é regra”<sup>210</sup>.

Mais uma vez percebe-se a *verdade* como uma via de escape para juízos arbitrários no processo penal continental, especialmente em relação aos poderes probatórios do julgador. Contudo, se for para existir uma “verdade” dentro do processo, esta deverá ser relativizada através de diversos mecanismos que representam a eleição de métodos que conduzem a sua composição. Em outras palavras, a verdade deverá se constituir por meio de um juízo em contraditório das partes, devendo estas terem plena capacidade para atuar em todos os momentos discursivos e perante quem decidirá o pleito<sup>211</sup>.

Acreditamos, dessa forma, que as diferenças históricas entre os dois sistemas processuais penais não importam para se conceituar um processo penal democrático: ambos os sistemas podem conter características não democráticas independente de sua origem<sup>212</sup>.

Contudo, assume-se aqui por conta de sua formação histórica, o sistema adversarial da *common law* como o mais propenso ao desenvolvimento do contraditório nos moldes em que tratamos anteriormente, especialmente no que tange a paridade de armas e a necessidade de influência na decisão final das partes. Isso não significa, no entanto, que esse sistema seja pior ou melhor, mas que é “mais funcional para o aprofundamento da paridade de armas em processo penal”<sup>213</sup>.

No entanto, existem algumas críticas ao processo adversarial nesse sentido. Essas críticas enfatizam a problemática da igualdade das partes, uma vez que bastaria a igualdade formal entre elas para a legitimação do processo, esquecendo-se dos reflexos processuais da desigualdade extraprocessual. LANGBEIN chama esse problema de *combat effect* que pode

<sup>210</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

<sup>211</sup> BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 246-247. Como afirma CUNHA MARTINS, o problema da verdade no processo penal é o lugar que ela ocupa.

<sup>212</sup> Conforme GIACOMOLLI, “O processo penal devido é o que formal e materialmente protege os direitos humanos e fundamentais, mormente os de liberdade do cidadão, propiciando a tutela jurisdicional efetiva e uma decisão a ele ajustada. Portanto, ultrapassa a concepção originária de ‘devido processo legal’. [...] No âmbito do TEDH, avançou a discussão do devido processo na necessidade de harmonização do sistema da *common law* frente ao Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH), estabelecendo-se a configuração e viabilização de um bloco de garantias processuais mínimas comuns e irrenunciáveis, a serem observadas, independente de sistema adversarial, acusatório ou outro modelo, a partir de diplomas internacionais.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 106).

<sup>213</sup> VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 140. GOMES FILHO chega a afirmar que esse modelo probatório a verdade não tem pretensão de ser absoluta bem como se valoriza a lisura no encontro dialético entre as partes contrapostas e à inadmissibilidade de elementos probatórios incorporados com violação à direitos (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39-40).

ocasionar o *wealth effect*, ou seja, existe uma diferença de julgamento dos acusados dependendo de sua condição socioeconômica: o acusado que tenha condições de pagar uma defesa técnica melhor poderá ir atrás de fontes melhores de provas para garantir sua liberdade<sup>214</sup>.

Esses problemas estão mais escancarados nas chamadas *justiças negociais*, em que é dado as partes a oportunidade de negociar sua pena. Nos Estados Unidos, por exemplo, o *plea bargaining*<sup>215</sup> pode ser considerado como regra (mais de 90% dos casos são resolvidos por esse instituto<sup>216</sup>), visto que os julgamentos perante o Júri estão cada vez sendo menos utilizados com fundamento nos custos, complexidade e riscos que podem causar. Dessa forma, apesar de nos Estados Unidos ser direito do acusado ser julgado por Tribunal do Júri, ele pode em virtude de acordo com o Ministério Público renunciar a esse direito e admitir a prática criminosa diante da concessão de vantagens, ou seja, da imposição de pena sem o julgamento pelo júri<sup>217</sup>.

Essa expansão das justiças negociais traz como plano de fundo a “eficiência” do processo penal. Baseando-se na ideologia político-criminal de que é possível perseguir todos os fatos criminalizados, bem como no funcionamento do sistema penal na resolução desses crimes, entende-se essas negociações como uma forma de aliviar a demanda judicial e ao mesmo tempo “resolver” o caso penal. Contudo, a ideia de eficiência se fundamenta na visão errônea de que o processo deverá ser simples e rápido. Conforme ensina ANITÚA: “quem sai mais beneficiada com este sistema é a pretensão punitiva do Estado, que assim alcança seu objetivo em maior número, a menor custo, mais rapidamente e sem ter que debater, nem internamente e nem público, sobre a finalidade última da tarefa que realiza”<sup>218</sup>.

Nesse sentido, TARUFFO entende que o efeito dessas negociações é o de eliminar a natureza adversarial do procedimento, e o conseqüente contraditório<sup>219</sup>, enquanto essa

<sup>214</sup> LANGBEIN, John. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 1

<sup>215</sup> *Plea bargaining* é um processo de justiça negocial dos Estados Unidos no qual o réu em um caso criminal abre mão do seu direito a julgamento em troca de uma redução na acusação e/ou na sentença (HEUMANN, Milton. **Plea bargaining**. The experiences of prosecutors, judges and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981, p. 1)

<sup>216</sup> ALSCHULER, Albert W. “Plea Bargaining and Its History”. **Columbia Law Review**, vol. 79, Columbia, 1979, p. 1.

<sup>217</sup> Cf. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

<sup>218</sup> ANITÚA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais penais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 374.

<sup>219</sup> ANITÚA afirma que essa negociação entre as partes é o contrário do juízo em contraditório, uma vez que não existe nenhum juízo em contraditório em partes que negociam entre si em condições de desigualdade (ANITÚA, Gabriel Ignacio. **Introdução à criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar**. Trad. Augusto Jobim do Amaral, Brunna Laporte e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 136).



admissão preliminar de culpabilidade implica à renúncia ao combate e a aplicação imediata da pena<sup>220</sup>. Apesar de ser uma importação do sistema com tradição histórica voltado ao sistema adversarial, as negociações trazem à tona o retorno de técnicas habituais do sistema inquisitivo: o segredo e a confissão<sup>221</sup>.

Com isso, pode-se considerar que o júízo por jurados do direito americano onde as provas são produzidas oralmente perante os julgadores e é efetivamente observado o contraditório só subsiste para cumprir duas funções: em primeiro lugar desempenha um importante papel simbólico no imaginário social: ser a etapa mais visível, publicitada e exposta do processo penal (não é à toa que grande mídia dá enorme ênfase quando os julgamentos chegam a esta fase<sup>222</sup>). Por outro lado, o júízo desempenha um papel de regulador da atividade negociadora das partes, pois suas regras e exigências determinam o poder que cada parte terá na negociação, ou seja, quanto maior o esforço que o promotor realize para obter uma condenação em júízo, menor será sua força para obter uma negociação; da mesma forma em relação às probabilidades de obter uma condenação com base nas provas que poderá introduzir validamente em júízo (quanto maior forem, maior sua força na negociação); se, por outro lado, o promotor tiver dificuldades na realização dessas provas, o poder negociador do imputado aumenta<sup>223</sup>.

Porém, como visto, afora a justiça negocial, o sistema adversarial se desenvolveu preocupando-se com a relação entre as partes e com um ambiente de disputa. Mais que isso, ele dá as partes o protagonismo na obtenção e na apresentação das provas que produzirem

---

<sup>220</sup> TARUFFO, Michelle. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana**: el modelo americano del proceso de conotación dispositiva. Trad. Beatriz Quintero. Bogotá: Temis, 2008, p. 218.

<sup>221</sup> O caráter inquisitivo desses júízos simplificados ou abreviados se verifica na intenção de condenar com base na confissão extraída de forma coativa (BOVINO, Alberto. “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”. In: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto (comps.) **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2001, p. 74. LANGBEIN chega a comparar o sistema americano do *plea bargaining* aos mecanismos de tortura da inquisição medieval, especialmente com a consagração da confissão como prova plena e a coerção imposta ao acusado: “Nossas regras sobre o *plea bargaining* não apenas recapitulam muito da insensatez das regras sobre tortura, completadas com as garantias da voluntariedade e da base fática que eu acabei de debater, mas também repetiu a principal tolice institucional das regras sobre tortura. O *plea bargaining* concentra efetivo controle do processo penal nas mãos de um único agente público. Nosso formal direito ao julgamento prevê uma divisão de tarefas. Nós esperamos o promotor tomar a decisão sobre a imputação, o juiz e especialmente o júri para decidir, e o juiz para definir a sentença. O *plea bargaining* faz desaparecer estas fases acusatórias, de determinação e sancionatórias do processo nas mão do promotor (LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 145). No mesmo sentido THAMAN, Stephen C. Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

<sup>222</sup> “La televisión está ocupada emitiendo dramas legales que culminan con un juicio penal y con el veredicto del jurado.” (LANGBEIN John H. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. **Revista “Nueva Doctrina Penal”**, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A, p. 45-54).

<sup>223</sup> BOVINO, Alberto, La persecución penal pública en el derecho anglosajón, **Revista latinoamericana de política criminal**, Ed. Del Puerto/Inecip, Buenos Aires, 1997, Nº 2, p. 35 y ss.

para terem a expectativa de uma sentença favorável ou desfavorável. É nele portanto que a ideia de igualdade entre as partes mais se potencializa. Conforme THAMAN, quando no sistema adversarial da *common law* chega-se a fase de júri, ao promotor se assume a carga de provar a acusação apresentando as provas de forma oral a fim de respeitar a imediação e de que tudo esteja dentro de um sistema que reconhece as garantias do acusado, que goza de presunção de inocência. Assim, visa-se regular a admissibilidade das declarações feitas fora do juízo oral (*hearsay* ou testemunhos escritos) para que as práticas probatórias não debilite a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência do acusado<sup>224</sup>.

Além disso, complementa-se com o contraditório como simétrica paridade de armas e necessidade de influência na decisão do julgador da parte que sofrerá as consequências, já que o sistema adversarial tem como principais características a preocupação com a igualdade de tratamento dos sujeitos processuais e a distribuição das oportunidades para as partes se manifestarem com o objetivo de convencer o juiz<sup>225</sup>.

Foi também das experiências históricas desses modelos adversariais da *common law* que se desenvolveram técnicas processuais que tentam compensar a desigualdade de força entre as partes dentro do processo, compensando-as por obrigações limitadoras da intervenção penal. Surgiram, dessa forma, duas grandes categorias jurídicas fundadas no *due process of law*: uma referente ao comportamento das partes e do juiz, e outra referente ao controle de legalidade das provas (chamadas de *exclusionary rules*)<sup>226</sup>.

No que tange a esse controle de legalidade das provas, diferente do sistema continental em que os postulados de inadmissibilidade probatória tem cunho exclusivamente processual, nos sistemas de *common law*, além das regras processuais, existem a *exclusionary rules of evidence* de matriz substancial, relacionado ao conteúdo da prova. O objetivo dessas regras de exclusão é evitar que o julgador tenha o seu convencimento influenciado por provas incriminadoras contundentes, o que seria inevitável se ele pudesse valorar o juízo de

---

<sup>224</sup> THAMAN, Stephen C. Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 171-173. Como o próprio autor afirma, “El hecho de que el juez norteamericano no tenga acceso al expediente de la investigación – a diferencia de lo que sucede en Alemania, Francia o Rusia –, junto al hecho de que en los juicios por jurados no emita un juicio sobre los hechos, son sin duda elementos que contribuyen a reforzar la garantía de la presunción de inocencia.” (THAMAN, Stephen C. Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 173).

<sup>225</sup> VIEIRA, renado Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 162. No mesmo sentido LANGBEIN, para quem foi o sistema adversarial o que levou até as últimas consequências a atuação das partes na seleção, produção e na prova das evidências (LANGBEIN, John. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 1).

<sup>226</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 51-52.

admissibilidade dessas mesmas provas ou estar presente na discussão das partes sobre esse mérito<sup>227</sup>.

Surge como resultado prático o instituto da *Discovery* (e da *Discovery devices*<sup>228</sup>), que busca assegurar um certo equilíbrio entre as partes, fazendo com que o julgamento não se torne um juízo arbitrário de definição da verdade. Esse instituto visa que a sentença seja resultante do debate oral entre as partes, entretanto, para que isso ocorra, o que acontece nas fases anteriores à fase do juízo oral é de suma importância para sua preparação. Dessa forma, torna-se imperioso que nas etapas preliminares as partes possam contar com vasto repertório de meios de *Discovery*, com a finalidade de examinar e avaliar todos os meios de prova que poderão ser produzidos no debate, não abrindo espaço para manobras que visem surpreender (*unfair surprise*) a parte contrária por meio da introdução de meios de prova desconhecidos<sup>229</sup>.

Com isso, o dispositivo da *Discovery* acaba por configurar o mecanismo que torna possível o direito à prova pela defesa, pois ao permitir à parte contrária o acesso às fontes de prova que a outra se valeu, além de avaliar a legalidade da obtenção desta prova servindo como filtro processual contra provas ilícitas, serve também como uma forma de tentativa de igualar as partes em relação aos elementos probatórios existentes e colocar a defesa a par de quais são esses elementos, já que “defender-se fazendo uso exclusivo do material probatório selecionado pelo acusador é o sonho de todo inquisidor”<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 32.

<sup>228</sup> Sobre o assunto: “Especialmente com o advento da *Rule 16* das *Federal Rules of Criminal Procedure*, nos anos 70 do século XX, os Estados Unidos da América testemunharam a construção do conjunto de medidas de ‘descobertas’ das fontes de prova (*Discovery devices*), isto é, de providências eficazes para que uma das partes tome conhecimento das provas que a outra pretende produzir e de como as obteve de sorte pode controlar a legalidade do acesso às fontes de prova” (PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 53-54).

<sup>229</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 53. Nesse ponto, encaixa-se a garantia da não surpresa, referente ao procedimento em contraditório anteriormente referido.

<sup>230</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 57. Em relação a esse tema, PRADO coloca como um meio de exclusão probatória a quebra de cadeia de custódia das provas. A cadeia de custódia é um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória. O modelo norte-americano procurou instituir sanções de aplicação imperativa na hipótese de descumprimento ao procedimento às regras probatórias. Assim a função da cadeia de custódia consiste em estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão estar disponíveis para as partes e sua violação faz aplicar a sanção processual mencionada (PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86-87).

Desse modo, não se pretende aqui afirmar que o sistema adversarial da *common law* é mais democrático do que o sistema acusatório da *civil law*<sup>231</sup>, mas que por causa do modo como ocorreu sua formação na história, nele foi desenvolvido institutos em que colocam as partes como protagonistas na formação da prova e conseqüentemente o julgador como um órgão passivo que deve manter sua imparcialidade para que possa decidir com a maior originalidade cognitiva possível após receber os materiais probatórios das partes na fase de debates orais. Foi no sistema adversarial também que essas regras de exclusão das provas com a finalidade de não contaminar os juízes se desenvolveu melhor<sup>232</sup>.

Ocorre que uma hibridização entre os dois sistemas na contemporaneidade é inevitável<sup>233</sup> e já está acontecendo, porém as instituições que estão associadas aos sistemas da *commom law* de procedimento penal exercem uma influência muito mais forte sobre os sistemas estruturados na tradição da *civil law* do que o contrário<sup>234</sup>. Um exemplo dessa hibridização dos sistemas foi a Itália, que adotou em seu código de 1988 muitos institutos oriundos dos princípios e processos do sistema adversarial anglo-americano<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> Entendemos que o que importa para que um processo penal seja democrático e possa conter efetivamente o impulso punitivo do Estado é que sejam respeitadas algumas garantias essenciais, tais quais a presunção de inocência do acusado e seus direitos humanos, a passividade e imparcialidade do julgador e sua originalidade cognitiva no momento de recebimento das provas, o efetivo contraditório em paridade de armas entre as partes com a participação e influência na futura decisão do julgador, que não deverá conter surpresas, uma fundamentação de sua decisão detalhada para que as partes possam fiscalizar em quais provas o magistrado fundamentou, além de verificar eventuais erros.

<sup>232</sup> Segundo COUTINHO “o processo penal inglês, assim, dentro do *commom law*, nasce como autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais arredia a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36-37).

<sup>233</sup> Concordamos com GLOECKNER quando afirma que “devemos ter muito claramente as diferenças existentes entre o modelo processual penal americano, que lentamente vai incorporando alguns elementos do sistema continental (assim como permite que outros tantos modelos processuais agreguem institutos processuais americanos que serão posteriormente adaptados). A inevitável hibridização das culturas processuais penais permite que encontremos distintos processos de adaptação e reelaboração de instrumentos processuais alienígenas” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Metástase do sistema inquisitório*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 26).

<sup>234</sup> DAMASKA, Mirjan. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”. In: **Sistema acusatorio y juicio oral**. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2014.

<sup>235</sup> “Italy has faced the ideological conflict squarely by overhauling its code of penal procedure. The new code discards many aspects of the hierarchical system of criminal procedure in favor of numerous principles and process of Anglo-American adversarial procedure” (FASSLER, Lawrence J. **The Italian Penal Procedure Code: an adversarial system of criminal procedure in continental europeu**. J.D. Candidate, Columbia, 1991, p.246). Apesar dessa mudança, com o advento da conhecida Operação *Mani Pulite*, essa estrutura de processo adversarial entra em colapso, especialmente com a advento das chamadas legislações de emergência cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Contudo, é importante saber que são dois sistemas completamente diferentes e que um instituto de um sistema não pode ser introduzido no outro sistema sem se adaptar as suas peculiaridades<sup>236</sup>, pois com isso o que ocorre não é uma hibridização dos sistemas, mas o reforço de um já existente. Foi o que ocorreu e está ocorrendo no Brasil após a Constituição de 1988. Como ainda tem-se no país a vigência de um código autoritário, os institutos do sistema da *common law* que aqui adentram somente vem reforçar e realimentar esse autoritarismo.

É o que acontece com a delação (colaboração) premiada, por exemplo, que entra não como um contrafator adversarial em um regime inquisitorial, mas o reforça por meio de uma tendência a justapor eficiência em um sistema inquisitório. Isto é, se no sistema norte americano o *plea bargaining* já causou diversos estragos no sistema criminal, imagina-se em um sistema inquisitório como o brasileiro<sup>237</sup>.

Em parecer que depois virou artigo, CANOTILHO e BRANDÃO<sup>238</sup> apontam diversas irregularidades, fundamentadas sobretudo no princípio da legalidade e na separação dos poderes – bases do sistema da *civil law* – nos processos da chamada Operação Lava Jato no Brasil que continham colaboração premiada – instituto importado com diversos atributos da *common law*.

Desse modo, essa “importação à la carte” de institutos do sistema anglo-americano ao sistema continental, especificamente em países com tradição autoritária/inquisitória e de

---

<sup>236</sup> Segundo GLOECKNER “os modelos de concepção da Constituição e das leis, nos sistemas da *common law* e romano-germânico são completamente diferentes. Ao passo que no primeiro privilegia-se o poder de disposição do magistrado, vinculado por precedentes judiciais (*stare decisis*), no segundo a lei desempenha papel fundamental.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 312). No que tange à introdução de institutos característicos da *common law* no sistemas continentais: “Em ordenamentos processuais de tipo continental que, à semelhança do brasileiro, assentando embora num paradigma acusatório são marcados por um princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da promoção processual e assim pela indisponibilidade do objecto do processo e pela imutabilidade da acusação, os esquemas processuais penais de natureza negociada deixam de fora a delação de terceiros, circunscrevendo-se à confissão de crime próprio. É o que sucede, por exemplo, com os acordos sobre a sentença penal na legislação alemã (§ 257C da *StPOW* ou com o *patteggiamento* italiano (art. 444 do CPP italiano)” (CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016, p. 22).

<sup>237</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástase do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 26-27. GLOECKNER ainda adverte que: “Enquanto na Itália o uso abusivo das técnicas delatórias adicionou um elemento adversarial a uma estrutura adversarial (embora governada por uma mentalidade ainda inquisitorial), no Brasil, o incremento da delação foi uma estratégia inquisitorial (embora baseada em um modelo adversarial), para um processo inquisitorial, governado por uma mentalidade inquisitorial.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástase do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 27).

<sup>238</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016.

desigualdade econômico-social como na América Latina, deve ser vista com cautela para não causar privilégios a determinadas categorias ou perseguir direitos de outras. Ademais, a influência dos conceitos próprios de “mercado” no processo penal<sup>239</sup> não pode transformar em mercadoria as garantias processuais penais com fundamento em sua eficiência.

### **1.6 O problema da eficiência no processo penal em contraditório: quando o processo vira mera exposição mercadológica neoliberal**

A hibridização inerente aos dois sistemas de direito está acarretando uma série de problemas no sistema processual penal brasileiro. Isso porque os institutos derivados do sistema da *common law* estão adentrando no sistema penal brasileiro para reforçar o já autoritário sistema aqui existente.

Isso fica evidente com a expansão da chamada justiça negocial que flexibiliza o processo penal e suas garantias em razão de uma suposta eficiência<sup>240</sup> da justiça penal. Ocorre que essa eficiência tem fundamentos em uma celeridade que não compactua com os dispositivos de um processo penal democrático e em contraditório. Além disso, essa importação de um modelo de justiça célere, econômica e eficiente gera um fissura no núcleo duro dos direitos fundamentais em matéria processual penal<sup>241</sup>.

Esse discurso de matriz eficientista deriva de um avanço global do neoliberalismo, no qual se compreende uma desenfreada competitividade, assim como uma divinação do mercado, transformando tudo em mercadoria e todos em potenciais consumidores. Em nome da liberdade e da democracia, relativiza-se tudo e controlam-se todos. Muito em razão da doutrina de HAYEK<sup>242</sup> – e da Escola Austríaca de pensamento econômico –, critica-se o modelo entendido como democracia ilimitada, que para ele está distante dos preceitos

<sup>239</sup> Para maiores informações sobre o assunto cf. EASRTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. *Journal of Legal Studies*, v. 12, p. 289-332, 1983.

<sup>240</sup> Diferencia-se aqui efetividade de eficiência nos mesmos moldes que COUTINHO: “não é admissível, em hipótese alguma, considerar que efetividade é o mesmo que eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise dos fins; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos meios” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais penais no Brasil. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; COSTA DE PAULO, Leonardo. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 324.

<sup>241</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 312.

<sup>242</sup> HAYEK, Friederick. **Direito, Legislação e Liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Trad. Ana Maria Copovilla. São Paulo: Visão, 1985, p. 33.

estabelecidos como os de uma liberdade individual, apontando para o Estado de bem estar social como prejudicial à verdadeira fonte de democracia, que seria o mercado.

Essa ideia de racionalidade econômica é a que melhor responderá aos anseios econômicos deste porte. Portanto, colocam-se as políticas criminais com o enfoque econômico do “custo-benefício” ou de qualquer outro significante do mercado. Deste modo, a relação econômica é que se torna fundamental dentro de uma análise de custo da repressão e da delinquência, o que provoca uma multiplicação de mecanismos disciplinares, mas não somente eles, pois existe uma nova economia geral do poder que passa a um modo de exercício do poder não mais vinculado à partição binária da exclusão, mas a uma nova racionalidade governamental que está ligada à população: trata-se do que se denomina biopolítica<sup>243</sup>.

FOUCAULT já dizia que desde os séculos XVIII e XIX já se percebe que é mais eficaz e rentável vigiar e controlar do que punir: isso se dá porque esse exercício de controlar, de disciplinar, permite o controle minucioso das operações do corpo, ao passo que assegura uma sujeição constante de forças e impõe uma relação de docilidade-utilidade<sup>244</sup>.

Contudo, vivemos em uma sociedade diferente dessas do século XVIII e XIX. Não estamos mais apenas fixados nos meios de confinamentos tradicionais da chamada sociedade disciplinar<sup>245</sup>. O mundo contemporâneo expande suas malhas de controle social ao ponto de DELEUZE afirmar que vivemos em uma *sociedade de controle*: para o autor a velha toupeira monetária é o animal dos meios de confinamento, mas a serpente o é das sociedade de controle<sup>246</sup>.

HAN, nos mesmos moldes, chega a afirmar que vivemos na *sociedade do desempenho*, pois a sociedade disciplinar e de um certo modo a sociedade de controle contém muita negatividade em seu conteúdo. Para ele o neoliberalismo contemporâneo se desvincula cada vez mais da negatividade e se aproxima da positividade do poder, que é muito mais eficiente que a negatividade do dever. Desse modo, o sujeito de desempenho torna-se mais

<sup>243</sup> AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 33-34.

<sup>244</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18ª ed. Trad. R. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 6-7. Pergunta FOUCAULT: “Não será que, de modo geral, o sistema penal é a forma em que o poder como poder se manifesta da maneira mais manifesta?” e mais a frente afirma que “a prisão é o lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral” (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18ª ed. Trad. R. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 73).

<sup>245</sup> Conforme AMARAL, “não que a *sociedade disciplinar* tenha acabado [...], mas que já não somos exatamente isto, e a própria entrada em cena de novos mecanismos de sanção, educação e tratamento não nos deixa enganar.” (AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 40).

<sup>246</sup> DELEUZE, Gilles. “‘Post-scriptum’ sobre a sociedade de controle”. In: **Conversações** (1972-1990). Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992, p. 222.

rápido e mais produtivo que o sujeito da obediência, o que implica um controle por meio do excesso de positividade, compactuando com os desígnios do mercado, manifestando-se como um psicopoder<sup>247</sup>. Em realidade, o neoliberalismo deve ser compreendido como uma nova “razão do mundo”, um novo modo de governar pessoas e sociedades, em especial produzindo novas subjetividades<sup>248</sup>.

Nessa conjuntura o sistema penal torna-se instrumento de controle daqueles que são considerados indesejáveis e que não conseguem se tornar consumidores contumazes ou se encaixar em algum dispositivo útil do mercado neoliberal. Contudo, apesar do controle ser mais aparente nesses indivíduos indesejados, por serem atingidos concretamente pelas malhas penais, na sociedade contemporânea todos os indivíduos são controlados por meio de técnicas de exercício de poder que abrangem uma docilização em massa.

Nessas técnicas incidem estratégias que se denominam “libertadoras”<sup>249</sup> ou “democráticas”<sup>250</sup>, porém desde que não vá de encontro com a hegemonia do mercado neoliberal, pois a partir do momento em que uma ideia de alguma forma impedir o avanço neoliberal a estratégia será tornar os seus propagadores inimigos e fazer de tudo para excluí-los<sup>251</sup>.

Essa forma de política neoliberal trouxe assim consequências drásticas para os países ricos e, ainda mais, para os países periféricos, já que o neoliberalismo incita fortemente o individualismo consumista em contraposição a uma solidariedade. No Brasil essa política fomentou o autoritarismo aqui já existente, especialmente aquele denominado por FRAGOSO de autoritarismo psicológico-social<sup>252</sup>, que se desenvolve nas inseguranças da vida sejam elas

<sup>247</sup> HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 24-25. O autor afirma em outro texto que “a psicopolítica neoliberal é uma *política inteligente* que procura agradar em vez de submeter” (HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**. Neoliberalismo e novas tecnologias de poder. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’água, 2015, p. 46).

<sup>248</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 30-31.

<sup>249</sup> “O neoliberalismo é um sistema muito eficaz, e de facto inteligente, de explorar a liberdade. Explora-se tudo o que pertence a práticas e formas de liberdade, como a emoção, o jogo e a comunicação” (HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**. Neoliberalismo e novas tecnologias de poder. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’água, 2015, p. 13).

<sup>250</sup> Nessa conjuntura o significant “democracia” perde seu conteúdo: “A democracia persiste como uma farsa, uma desculpa que justifica o arbítrio. Em nome da ‘democracia’, rompe-se com os princípios democráticos.” (CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 31).

<sup>251</sup> “Este é o chamado *mal-estar* da democracia contemporânea. Uma democracia sem povo, a serviço do mercado, e que, ao menor sinal de insurgência contra a sua atual conformação, é tomada por medidas autoritárias.” (VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 30).

<sup>252</sup> Segundo FRAGOSO: “O autoritarismo psicológico-social contemporâneo tem origens na organização sócio-econômica das últimas décadas. Nos altares do individualismo, da competitividade, do consumismo desenfreado e da redução econômica à sua expressão mínima, a nova ordem global capitalista neoliberal sacrifica a



reais ou aparentes, espontâneas ou provocadas, têm conduzido a um sentimento de medo generalizado<sup>253</sup>.

Nesse conjunto de medo e insegurança instaurados, abre-se espaço para a expansão do sistema penal como um todo, quão forma de resposta a estes anseios populares. Assim, “os cidadãos, a partir do sentimento de intensa insegurança e medo generalizado, clamam, em sua maioria, por uma energização dos meios de controle social”<sup>254</sup>.

Contudo, o grande problema dessa expansão do sistema penal é a relativização dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, pois a proteção da sociedade utilizada em expressões como “defesa social” e “segurança social”, torna-se sua principal finalidade, o que faz emergir uma nova e urgente necessidade de segurança, na contenção do perigo e na eliminação de qualquer tipo de risco<sup>255</sup>. Nessa conjuntura, alguns dispositivos do sistema penal, mais especificamente do processo penal, trazem a ideia de que somente por meio de uma justiça criminal célere ocorre um combate à criminalidade. Isso faz com que os direitos fundamentais sejam considerados empecilhos a este combate e acabem sendo relativizados em nome de uma *eficiência punitivista*<sup>256</sup>.

Essa postura adotada expõe então uma assimilação direta com o que Eduardo Galeano<sup>257</sup> percebe ao qualificar a “indústria do medo” como “a mais dinâmica do mundo”, produzindo, com isso, um Estado de guerra, o qual se expande no endurecimento da repressão penal ao redor do mundo, apresentando efeitos políticos similares em várias localidades, isto

---

solidariedade, a segurança social e o valor da pessoa humana” (FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 271).

<sup>253</sup> Pode-se afirmar que desde a sua origem o poder punitivo mostrou uma formidável capacidade de perversão, montada sobre um preconceito que impõe medo. Nesse sentido, cumpre observar que o medo se comporta como um meio fundamental de definição dos princípios da ordem e das causas da desordem (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34). Sobre o tema cf. BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>254</sup> SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do direito penal e relativização de seus fundamentos. In: POZZEBON, F. D. A.; ÁVILA, G. N. (Org.). **Crime e interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 262.

<sup>255</sup> GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: Crime e a ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascomento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 56-57.

<sup>256</sup> Segundo CASARA existe um mito no universo processual penal que sempre está presente em regimes autoritários: o de que o processo penal é instrumento de segurança pública ou pacificação social. Segundo o autor: “A partir desse mito, os atores jurídicos preocupam-se precipuamente com critérios de eficiência, tão a gosto de visões economicistas, passando a acreditar que as formas (meios) processuais só se justificam e devem ser respeitadas, se necessárias à eficiência punitiva.” (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194-195).

<sup>257</sup> GALEANO, Eduardo. Procura-se um inimigo. In: Instituto Carioca de Criminologia. **Discursos Seditiosos**: crime, direito e sociedade. n. 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 39.

é, mais prisões, mais policiais, mais juízes criminais, que devem agir, comumente, em nome da segurança de toda a sociedade<sup>258</sup>.

Com isso, compreende-se que:

Este sentimento de insegurança e de medo é que justifica ao Estado tomar medidas simbólicas cada vez mais autoritárias, fortalecendo o imaginário da ordem, causando uma diminuição dos espaços sociais, o isolamento gradativo e voluntário das vítimas (qualquer um pode ser vítima, ou seja, medo de tudo e de todos – nisso reside a impossibilidade de ver o outro e, mais especificamente, como um inimigo que devemos excluir ou, na maioria das vezes, destruir), exarcebando o individualismo<sup>259</sup>.

Com a sensação de medo e insegurança intensificadas na sociedade contemporânea, os cidadãos reclamam uma maior atuação do Estado (penal) para tentar reduzi-la. Esta atitude tem como premissa a crença de que o poder punitivo, com sua rigidez, é capaz de diminuir as margens desses riscos que amedrontam a sociedade atual. Com isso, o objetivo principal da sociedade contemporânea é a luta contra o medo e em prol da (sensação de) segurança. Para isso solicita-se “ajuda” ao princípio de *cálculo de segurança*, ou seja, “deve-se gerir constantemente até que ponto os diferentes interesses não constituirão um perigo para os demais”<sup>260</sup>.

A velocidade típica da sociedade de massa e de risco dos séculos XX e XXI e potencializadora da sensação de insegurança, é a mesma velocidade que faz com que a população pugne por resultados rápidos e eficientes<sup>261</sup>. Nesse contexto, os políticos, buscando dar respostas céleres aos anseios populares, utilizam o sistema penal como forma de acalmá-los.

Ocorre que nesse “populismo penal” há uma forte *função simbólica*<sup>262</sup> do sistema penal, pois as novas legislações ou políticas criminais se apresentam como resposta imediata a

---

<sup>258</sup> SILVA, Carlos Eduardo Cunha Martins. **A difusão do medo e a banalização das prisões provisórias: Quando a exceção torna-se a regra do jogo.** Rio de Janeiro: PUC, 2011. 189 f. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2011, p. 43.

<sup>259</sup> GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149.

<sup>260</sup> MARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Moraes da. **Cultura da Punição: a ostentação do horror.** ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 36

<sup>261</sup> Aduz VIRILIO que essa guerra pelo tempo faz com que se eleve a violência da velocidade ao passo que “quanto mais cresce a rapidez, mais decresce a liberdade” (VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política.** Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 137).

<sup>262</sup> Entende-se aqui o termo simbólico no mesmo sentido de NEVES (invocando Kindermann) quando trata da legislação simbólica, principalmente no que tange à Legislação-álibi: “[...] quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-la, há indícios de legislação simbólica [...] Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) *demonstrar a capacidade de ação do Estado* e c)

este clamor punitivo popular, o que inviabiliza um estudo qualificado de seus dispositivos, além de vários desses diplomas serem esquecidos sem se tornar aplicáveis e/ou eficazes<sup>263</sup>

Consequentemente, essa legislação penal simbólica tem a função de censurar o crime e confortar o público, já que são aprovadas no fervor da indignação popular em face de crimes violentos ou períodos de (ainda mais sensação de) insegurança<sup>264</sup>.

A partir de preocupações específicas da *sociedade de risco* em relação ao desenvolvimento da criminalidade, a expansão do direito penal aparece ao mesmo tempo que a decadência do Estado Social<sup>265</sup> e suas políticas públicas, sob influência dos movimentos de Lei e Ordem. Além disso, o “repressivismo” e o “punitivismo” surgem como forma de combate aos sentimentos de insegurança e medo – medo este, basicamente, de tornar-se vítima da “criminalidade tradicional” (ex. crimes contra a vida, integridade física e patrimônio) –, características da sociedade contemporânea<sup>266</sup>.

---

adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios [...] O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortificar ‘a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado’ [...] *O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas norma. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão ‘legislação-álibi’* [...] No Direito Penal, as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes [...] a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor [...] A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução de problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade” (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 3 ed., 2011, p. 33-39, grifos nossos).

<sup>263</sup> Segundo ZAFFARONI esse aspecto permite classificar nossa democracia como representante de um “autoritarismo cool”. Esse autoritarismo cool se nota mais relevante na América Latina e coloca a opinião técnica de juristas e criminólogos ridicularizadas pelos meios de comunicação, o que obriga os políticos a seguirem posturas equivalentes: “É *cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 69).

<sup>264</sup> WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. **Revista da Faculdade de Uberlândia**, v. 39: 133-168, 2011, p. 146.

<sup>265</sup> Com a retirada do Estado Social e o surgimento da ideologia neoliberal, produz-se um “modelo duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem seu bem-estar, e lida com a exclusão gerada por esse modelo, aumentando o controle penal para as populações marginalizadas” (ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, P. V.; BATISTA, V. M. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 24).

<sup>266</sup> WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. **Revista da Faculdade de Uberlândia**, v. 39: 133-168, 2011, p. 151. Conforme ANDRADE, “o discurso oficial da ‘Lei e Ordem’ proclama, desta forma, que, se o sistema não funciona, o que equivale a argumentar, se não combate eficientemente a criminalidade, é porque não é suficientemente repressivo. É necessário, portanto, manda a ‘Lei e a Ordem’, em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários. É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitiva, fechar cada vez mais a prisão e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando, cotidianamente, a Constituição e o ideal republicano. De última, a prisão retorna à *prima ratio*.”

Essa ideologia popular punitivista passou a indicar uma mudança radical na função do Estado, que suprimiu o Estado econômico, enfraquecendo, assim, o Estado social e glorificando o Estado penal. Em outras palavras, para esse pensamento o Estado deveria parar de se preocupar com os problemas sociais e diminuir as políticas públicas que visassem a diminuição das desigualdades existentes (nos moldes do Welfare), para se concentrar na expansão da punição<sup>267</sup>.

Relativamente a isso e levando em consideração o mecanismo de segurança a estratégia soberana passa a dar conta da circulação nas cidades sob o fundamento a segurança da população. Assim, passa-se a um mecanismo de governo dominado por técnicas governamentais em torno da população e da chamada economia política, o que FOUCAULT denominou de *governamentalidade*<sup>268</sup>: a população é instrumentalizada por um saber econômico e controlada por dispositivos de segurança<sup>269</sup>.

Portanto, por meio dessas técnicas governamentais os habitantes das áreas periféricas das cidades acabam sendo alvos de políticas criminais que priorizam a repressão de seus comportamentos. Nesse sentido, YOUNG<sup>270</sup> afirma:

O grupo dos que estão fora [do mercado] vira bode expiatório para os problemas da sociedade mais ampla: eles são uma subclasse que vive no ócio e no crime. Suas áreas são a morada de mães solteiras e pais irresponsáveis, sua economia, a da droga, da prostituição e do comércio de objetos roubados. Eles são as impurezas sociais do mundo moderno recente.

---

(ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, no 52, p. 163-182, jul. 2006, p. 178).

<sup>267</sup> WACQUANT, Loïc. **As Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 18-21. Segundo CASARA vivemos em uma Pós-Democracia, pois para o autor com o desaparecimento de limites ao exercício do poder não vivemos mais em um Estado Democrático de Direito, mas em um Estado Pós-Democrático: “Por Pós-Democrático, na ausência de um termo melhor, entende-se um Estado sem limites rígidos ao exercício de poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais como conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador.” (CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 23).

<sup>268</sup> FOUCAULT resume esse termo como sendo um “conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises, reflexões, cálculos, táticas que permite exercer uma forma bem específica e complexa de poder que tem por alvo principal a população, por uma forma de saber que é a *economia política* e por instrumentos técnicos essenciais que são os *dispositivos de segurança*.” (FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población**. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald e Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 136, tradução livre).

<sup>269</sup> FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población**. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald e Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 134-137.

<sup>270</sup> YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 40.

Assim, essa política criminal tem o escopo de vigiar e controlar os excluídos (e os não excluídos) para que estes não perturbem o subsistema central – idealizado como o mercado –, ou, que perturbem o menos possível. Trata-se, então, de um discurso excludente que não está interessado no crime em si, mas na possibilidade/probabilidade de crime ou qualquer comportamentos anti-social em geral que possa perturbar o funcionamento suave do sistema (financeiro)<sup>271</sup>.

Desse modo, o conceito que passa a qualificar essa racionalidade político-criminal é o de risco. As estratégias penais passam a se caracterizar cada vez mais como dispositivos de gestão de risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco<sup>272</sup>. Não se trata de aprisionar ou neutralizar fatores individuais de risco, mas sim gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode reduzir. Isso significa, para DE GIORGI, “que categorias inteiras deixam de cometer crimes para se tornarem, elas mesmas, crime”<sup>273</sup>.

Observa-se que essas populações que não se encaixam no perfil desejado pelo mercado neoliberal e comumente habitantes das periferias das cidades (ou favelas no contexto brasileiro) deixam de ser considerados pessoas e passam a ser vistos como simples corpos descartáveis<sup>274</sup>. Para LUHMANN, essa situação acarreta problemas ao subsistema jurídico, pois as expectativas normativas do direito não abarcam essas pessoas, mas sua reação aparece como mecanismo de repressão e restrição da liberdade – e não de garantias de direitos<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 76.

<sup>272</sup> Essa postura é chamada de atuarialismo e é o motivo principal do controle da sociedade moderna, que envolve uma transição em que há mais preocupação com minimização do que com justiça. A política criminal atuarial visa “utilizar a pena criminal para o sistemático controle de *grupos de risco* mediante *neutralização* de seus membros salientes, isto é, a *gestão* de uma permanente população *perigosa*, pelo menor preço possível.” (DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 100).

<sup>273</sup> DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 98.

<sup>274</sup> Aqui tem-se o conceito de *homo sacer* trazida de uma antiga declaração ritual por Giorgio Agamben cf. AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Volume I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. No Brasil, não se pode desconsiderar a história da escravidão negra no momento de verificar quem são os corpos descartáveis. Para uma compreensão de como isso se dá em uma forma estrutural cf. ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

<sup>275</sup> VILAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349-351. Em outras palavras, referindo-se a essa categoria excluída no Brasil, NEVES afirma que “embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas” (NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, V. 37, n. 2, p. 253-275, 1994, p. 261).

Este cenário traçado por esse Sistema Penal do risco, somado às violações e distorções aos princípios do sistema penal, faz emergir o Direito Penal do inimigo<sup>276</sup> e o modelo da Tolerância Zero, que apoia uma repressão forte a qualquer tipo de delito, mesmo os irrelevantes, baseado no fundamento de que a impunidade desses incentivam os crimes mais graves.

Essa concepção de inimigo é antiga na história da humanidade, sendo facilmente percebida em diversos momentos históricos, como na caçada por pecadores na inquisição, no perigo comunista na guerra fria e, mais recentemente, na guerra contra o terrorismo<sup>277</sup> e o crime organizado.

Neste sentido, JAKOBS<sup>278</sup>:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Segundo BAUMAN, este “terrorismo” motivou a mudança de legitimação do Estado pelo poder de proteção individual, fomentando ainda mais o “pânico de segurança” e espetacularizando os alarmes a respeito do aumento da criminalidade, seguido de reações ostensivas por parte dos governos mundo afora e o conseqüente aumento da população carcerária<sup>279</sup>.

Neste contexto, AGAMBEN<sup>280</sup> afirma que desde o Estado Nazista consolidou-se o discurso da emergência como forma jurídica, que se definiu como uma “guerra civil legal”, no qual Hitler quando chegou ao poder sancionou o Decreto para Proteção do Povo e do Estado, suspendendo uma parte da Constituição referente aos Direitos Fundamentais, que não veio a

<sup>276</sup> Günter Jakobs chamou de Direito Penal do inimigo o tratamento diferenciado de alguns delinquentes – especialmente os terroristas. Para ele, “o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os cidadãos e de outra para os *inimigos*, reservando o caráter de *peessoas* para os primeiros e de *não-peessoas* para os segundos, confinando, porém, esta habilitação num compartimento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 156).

<sup>277</sup> Como adverte ZIZEK, “A ‘guerra contra o terrorismo’ funciona então como um ato cujo verdadeiro objetivo é nos acalmar, na falsamente segura convicção de que nada mudou” (ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!** Cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Coleção Estado de sítio. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 51).

<sup>278</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

<sup>279</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 194.

<sup>280</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12-13.

ser revogada durante todo o período do Terceiro Reich, considerando, desta forma, um Estado de Exceção permanente que durou 12 anos.

Desse modo, ao acolher no cerne do ordenamento jurídico princípios eficientistas, o modelo processual corrompe-se. O primeiro passo foi a criação de exceções. Exceções que ganham cada vez mais força, passando a tornar-se a normalidade, gerando um processo penal cada vez mais deficiente em sua função de proteção de garantias e cada vez mais ativo em sua função de repressão e controle de populações<sup>281</sup>.

Dessa forma, o Estado de Exceção nas democracias contemporâneas extrapola a própria normatização constitucional, principalmente quando existe a justificativa de defesa da ordem constitucional contra as formas de criminalidade organizada, além de generalizar o paradigma da segurança como técnica normal de governo, culminando em um estado de exceção não regulamentado e sem nenhum limite temporal, conduzindo à instauração de um regime totalitário, que na “democracia protegida” torna-se regra<sup>282</sup>.

Com isso, essas práticas emergenciais instauraram os alicerces de um autoritarismo contemporâneo<sup>283</sup> que, principalmente em períodos em que a sensação do medo e de insegurança está elevada, tornam-se um recurso dos Estados modernos (inclusive dos considerados democráticos) quando querem controlar determinados grupos, que (para eles) nada agregam ao sistema econômico e/ou político.

Isso faz com que ocorra um agigantamento do poder punitivo e de seus dispositivos repressivos, tornando-os sem limites e legitimando uma relativização de direitos fundamentais sob o fundamento de que os meios legitimam o fim. Essa eficiência seria alcançada pela adoção da rapidez processual e pela certeza dos procedimentos, no qual a *celeridade* encontraria suporte na renúncia ao formalismo, isto é, na minimização de garantias<sup>284</sup>. Nesse conjunto o processo penal e suas garantias acabam por se tornarem obstáculos ao eficientismo

---

<sup>281</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 313.

<sup>282</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 28-30. Segundo VALIM, “O neoliberalismo transforma a democracia liberal em uma retórica vazia, sem correspondência com a realidade social. E é exatamente nesse antagonismo, cada vez mais claro, entre a ordem democrática e o neoliberalismo que irrompem os estados de exceções. [...] Quem decide sobre a exceção atualmente é o chamado ‘mercado’, em nome de uma elite invisível e ilocalizável; é dizer, *o soberano na contemporaneidade é o mercado*” (VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 33).

<sup>283</sup> Afirma ZAFFARONI que o sistema penal sempre está em crise e por isso sempre surgem novos inimigos: vivemos oitocentos anos na emergência e toda vez que ingressa o discurso da emergência tem-se um discurso autoritário (ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Pena**. Buenos Aires: EDIAR, 2004, p. 28).

<sup>284</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal**: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 299.

estatal – por ser caro e custar tempo<sup>285</sup> – e o poder punitivo termina por preencher a lacuna das expectativas sociais contaminadas pelo medo e a insegurança.

Assim, os processos (penais) servem não para garantir os direitos dos acusados e como defraudador das expectativas sociais, mas pelo contrário, como legitimador jurídico dos anseios político(econômico)-sociais. Dessa forma, alguns institutos processuais acabam tornando mais célere toda essa legitimação<sup>286</sup>, o que acontece com aqueles que são importados da *commom law* para o sistema continental – principalmente os referentes as justiças negociais –, servindo para fomentar o autoritarismo processual, que agora se metamorfoseia para uma etapa em que o processo é deixado de lado em decorrência de um acordo entre as partes.

---

<sup>285</sup> A democracia custa caro e do mesmo modo um processo penal democrático. “O processo, pois, é um campo de percepção em que a velocidade acelerada impede a aquisição dos significantes necessários ao debate democrático das pretensões de validade. A compreensão do ‘processo como procedimento em contraditório’, nos moldes de Fazzalari, possui um custo de tempo, de dinheiro, incompatível com a lógica da velocidade. Em nome da salvação da celeridade, justifica-se a exclusão da defesa, das testemunhas, ressuscitando-se uma compreensão de verdade substancializada, até então errada.” (MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **O processo eficiente na lógica econômica**: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 26).

<sup>286</sup> Nesse ponto, deve-se tomar cuidado com o termo *oralidade*, pois ele poderá servir à eficiência na formação da prova. Para CAMPOS, portanto, o processo oral “confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; *simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza-o no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova*, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas.” (CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 286, grifo nosso).



## **2 NEOINQUISITORIALISMO PROCESSUAL E A CONTAMINAÇÃO DO JULGADOR COM OS ATOS DE INVESTIGAÇÃO: DOS OBSTÁCULOS PARA QUE HAJA UM JULGAMENTO VERDADEIRAMENTE ORAL E COM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO**

O autoritarismo e a mentalidade inquisitória ainda estão impregnados no processo penal brasileiro e em seus atores. Como se viu no capítulo anterior, nosso processo se inspirou no processo penal europeu e até os dias atuais sofre com os reflexos do período da inquisição, bem como do famigerado sistema misto do *Code d'instruction criminelle* napoleônico.

Esse procedimento fundado majoritariamente na fase de investigação que tem como características ser escrito e sigiloso, faz com que o processo seja mero espetáculo legitimante de “repetição” do que já está produzido, inviabilizando um contraditório em paridade de armas e colocando o julgador distante da formação probatória, fazendo-o atuar não como um garantidor dos direitos, mas como um mero legitimador do que foi produzido na fase de investigação.

Para que haja um julgamento verdadeiramente oral e com um efetivo contraditório é necessário que as provas sejam produzidas na audiência com respeito a imediação, com ambas as partes debatendo em paridade de armas e perante o julgador que irá julgar a causa, que deverá ser diferente daquele que atuou na fase de investigação.

Tem-se, portanto, que os principais obstáculos para que ocorra um processo oral e contraditório no Brasil são: o sistema misto que consagra a persecução como um sistema bifásico, com o peso de uma mentalidade inquisitória na fase de investigação em que a defesa ainda tem muitas dificuldades de atuar e em muitos casos não existe um contraditório na formação probatória e nem uma fase intermediária antes do recebimento da denúncia, com a observância da defesa contrapor e refutar o que foi produzido na investigação; a possibilidade do julgador utilizar essa fase para basear sua decisão condenatória legitimada pelo art. 12, que coloca que os autos do inquérito devem acompanhar a denúncia e pelo art. 155, que abre espaço para que a fase de investigação seja utilizada para fundamentar o livre convencimento do magistrado; e, por fim, ainda como consequência do acompanhamento do inquérito no processo e em conjunto com a prevenção no direito brasileiro, que é critério definidor de

competência e não de sua exclusão, coloca o mesmo julgador que atua na fase de investigação e decide anteriormente sobre alguma cautelar e/ou sobre o recebimento da denúncia como aquele que irá julgar o caso futuramente, inviabilizando sua imparcialidade no caso, seja por ter sido contaminado por ter contato com a fase de investigação diretamente, seja porque a contaminação ocorreu por ter tido acesso aos autos do inquérito apensado ao processo.

Dessa forma, esse capítulo tem como objetivo destacar esses principais empecilhos de um processo oral e contraditório, com observância de uma imediação na formação probatória e ao final trazer as chamadas “falsas oralidades” que apenas criam uma impressão de que o processo está sendo oral, porém servem unicamente para passar por cima das regras de um procedimento genuinamente fundado na oralidade.

## 2.1 As permanências inquisitórias nos processos penais da América Latina

Como visto no capítulo anterior, não se pode afirmar que o sistema inquisitório/autoritário está superado e que com a formalização de uma constituição democrática o sistema acusatório/democrático está em pleno vigor. Pelo contrário, não é fácil superar mais de 500 anos de inquisição, especialmente por ter sido um sistema tão bem elaborado e a serviço dos desígnios políticos de uma época que transcende no tempo por meio de renovações e ressignificações de conceitos<sup>287</sup>.

Dessa forma, algumas características da inquisição permanecem até os dias atuais nos processos penais contemporâneos, não somente através de leis e códigos inquisitoriais, mas principalmente na mentalidade dos atores jurídicos responsáveis pelos atos processuais e de parte da doutrina que propala alguns atributos processuais originários na inquisição como princípios do processo penal.

A América Latina, que teve seu processo originário dos países da Europa continental, sobretudo dos países ibéricos<sup>288</sup>, herdou essas características inquisitórias em seus processos

---

<sup>287</sup> Segundo BINDER: “Nadie cambiará cinco siglos de sistema inquisitorial sin una gran batalla y una época de traumas. Lo contrario es mera ilusión o excusa conservadora. Sin embargo, una adecuada preparación del cambio, una firme concentración de fuerzas en los puntos neurálógicos y el sostenimiento del proyecto de transformación en el tiempo, mediante ajustes y una evaluación permanente, aparecen como herramientas imprescindibles para encarar el abandono del sistema inquisitivo” (BINDER, Alberto La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. **Política Criminal Bonaerense**, n. 1, 2003, p. 8).

<sup>288</sup> Para Nilo BATISTA o desejo de um ideal autoritário possibilitou que as práticas e dogmas disseminados pela inquisição colaborassem para a formação da matriz do sistema criminal brasileiro (BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 363).

penais<sup>289</sup>. No Brasil, de forma genérica, a maior parte da legislação penal e processual penal que vigorou até sua independência estava prevista nas Ordenações portuguesas, mais especificamente no Livro V das Ordenações Filipinas<sup>290</sup>.

No século XIX a Europa continental iniciou uma série de medidas que reformaram seu sistema de processo penal. Em 1808, como referido no capítulo anterior, foi introduzido na França por Napoleão o *Code d'Instruction Criminelle*, que tentou se afastar do modelo inquisitorial da *Ordonnance criminelle* de 1670 e incorporar diversas ideias do modelo inglês de processo, porém acabou permanecendo em sua essência com o espírito do regime antigo e mantendo o *status quo*<sup>291</sup>.

Esse código foi por diversas razões pedra fundamental de reformas na Europa continental, que foi levado por reflexo político à América Latina. Ele trouxe uma situação paradoxal em relação ao tratamento do imputado: por um lado, na fase de investigação preparatória o acusado era tratado como um objeto, sem se inteirar dos atos cumpridos e nem de seu conteúdo, que eram escritos e secretos para ele e para o seu defensor; por outro lado, a fase de juízo era formada por um debate oral e público equiparado ao órgão acusador e garantida a sua defesa por um defensor técnico e a possibilidade de contraditório<sup>292</sup>.

Dessa forma, após a onda de independência dos estados latino americanos entre 1810 e 1830, iniciou-se as discussões sobre os tipos de leis que seriam adotadas na construção desses Estados e o processo penal foi uma das questões centrais, em parte por causa das reformas dos processos penais europeu do século XIX. Apesar de conhecerem os processos ditos mais liberais advindos do continente europeu e dos Estados Unidos, as elites latino americanas

---

<sup>289</sup> “Guste o disguste, la historia política latinoamericana actual es una continuación de los esquemas sócio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-luso parlantes, conquistadores del territorio que, modernamente, denominamos Latinoamérica” (MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio 1991, nº 4, p. 2).

<sup>290</sup> POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo penal**. Curitiba: UFPR, 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 111. Segundo MARQUES, o Livro V das Ordenações Filipinas era cruel e arbitrário no que tange ao processo penal, com regras inquisitivas que se juntavam com um direito penal arcaico e assim formavam uma legislação criminal deveras ríspida (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 113-116).

<sup>291</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 14. Segundo o autor: “Seguindo a tradição inquisitorial da Europa continental, o *Code d'instruction criminelle* estabeleceu uma investigação secreta e escrita pré-julgamento, na qual o réu tinha direitos muito limitados. No entanto, inspirado pelo modelo inglês, o *Code* também incorporou um julgamento oral e público” (LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 14).

<sup>292</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 350-354.

seguiram inicialmente o modelo inquisitorial criado pela Igreja Católica e as monarquias absolutistas, porém rejeitando a tortura para obter confissões e limitando o sistema de provas legais<sup>293</sup>.

Com isso, de forma geral, o processo penal da América Latina foi dividido em duas fases principais: a fase de investigação (resumo ou instrução) e a fase de veredito ou sentença (plenário ou julgamento). Nessa época ambas as fases eram escritas e a espinha dorsal do processo eram os chamados *dossiês* ou *expedientes* que a polícia e o juiz de instrução reuniam. Esse instrumento documentava toda a atividade do processo, abarcando além das provas documentais as provas testemunhais, periciais etc., que seriam utilizadas pelos julgadores na fase de julgamento<sup>294</sup>.

Particularmente em relação a legislação brasileira, o Código de Processo Criminal de 1832 foi o primeiro código após a independência do Brasil e o diploma legal mais importante em reação às leis tiranas da monarquia portuguesa, tornando-se uma composição simbólica dos anseios do pensamento iluminista da época<sup>295</sup>. Segundo PIERANGELLI, esse código não teve fortes influências do *Code Criminelle* Napolêônico, uma vez que continha pensamentos iluministas da época em seu texto, o que o deixou muito mais liberal que o francês<sup>296</sup>. Porém, é importante notar que “o legislador de 1832 ficou no meio termo entre o procedimento acusatório, adotado na Inglaterra, e o procedimento misto, vigente na França”<sup>297</sup>.

<sup>293</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 13-15.

<sup>294</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 15. Assevera POSTIGO que “Os processos judiciais tradicionais estiveram caracterizados por ser fundamentados de modo escrito e secreto através de expedientes ou pastas contendo todos os registros dos atos realizados durante o procedimento” (POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 17).

<sup>295</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 117. Segundo o autor, “Proclamada a independência e organizado constitucionalmente o País, passam a encontrar agasalho e consagração, no direito pátrio, todas as idéias liberais que vinham de substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 117).

<sup>296</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983, p. 92-93.

<sup>297</sup> POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal: (des)conformidade com o devido processo penal**. Curitiba: UFPR, 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 128. Importante salientar que o Código de Processo de 1832 se mostrou pouco eficiente para o governo imperial em relação à restauração da ordem e da tranquilidade e, por isso, algumas leis com caráter autoritário foram promulgadas, especialmente a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 e seu Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, como instrumentos para o governo conter a desordem e impor a sua autoridade em toda a nação (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 118). Desse modo, ainda que se possa constatar uma certa evolução do Código Criminal imperial em relação as Ordenações Filipinas, nota-se que o problema era político e não jurídico – assim como na França pós

Outra característica importante do Código Napoleônico que foi incorporado nos processos latino americanos, como visto, era que o sistema de valoração adotado era o da livre convicção. Isso fez com que os julgadores pudessem adotar qualquer elemento introduzido no processo para valorar na sua convicção, inclusive os atos praticados na fase pré-julgamento, que era escrita, secreta e sem contraditório. Assim, os interrogatórios do acusado e dos testemunhos anteriores a fase de debates que estavam documentados nos *expedientes* podiam ser utilizados na fase de debates orais para contradizer as versões dadas oralmente, bem como, apesar de não oficialmente, podiam ser utilizados na valoração da decisão final<sup>298</sup>.

Dessa forma, de nada adianta existir uma fase acusatória de debates se tem-se a possibilidade generalizada de utilização dos depoimentos e dos demais elementos produzidos na fase inquisitorial, fato que ainda ocorre frequentemente até os dias atuais no processo penal brasileiro<sup>299</sup>.

CORDERO explicando sobre esse modelo de duas fases afirma que

De la instrucción al debate “se pasa de la oscuridad a la luz plena”; allí se trataba de un labirinto oscuro y secreto por completo parcializado y rodeado por intereses represivos, como lo quería la Ordenanza criminal; acá “todo es publicidad, debates orales, libre defensa y plena discusión”. Inquisición y espectáculo acusatorio; pero, según lo hemos notado, se trata de una distribución aparente: los autos instructorios pesan sobre la decisión; [...] y no estando prohibido explicitamente leer las declaraciones de los testigos ausentes [...], parece inevitable um amplio uso de las lecturas<sup>300</sup>.

Portanto, durante o século XIX e início do século XX, uma boa parte dos países latino-americanos, por influência da Europa continental, adotou um modelo de processo penal próximo a essas linhas<sup>301</sup>. Assim, em grande parte do século XX o sistema inquisitorial estava vivo e potente, ainda que revestido de diversas roupagens: alguns países conservavam diretamente o velho modelo espanhol totalmente escrito, secreto, com o sistema de provas

---

revolução –, de maneira que esse código não teve tempo de se efetivar, pois prevaleceu as reformas legislativas que modificavam substancialmente a estrutura por ele trazida (POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal**: (des)conformidade com o devido processo penal. Curitiba: UFPR, 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 133).

<sup>298</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 357-359.

<sup>299</sup> Isso provém desde o *Code d’Instruction Criminelle* que diferente do código anterior a ele (*Code des Délits et des Peines*) não previu a regra de que era proibida a leitura aos jurados dos depoimentos de testemunhas não presentes na sala de julgamento e sem essa regra de proibição, os documentos escritos que foram produzidos na fase de investigação eram amplamente utilizados na fase de julgamento e incidiam na decisão (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 72-73).

<sup>300</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 58.

<sup>301</sup> LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 16.

legais e identidade entre o acusador e o julgador (Chile, Paraguai, Venezuela, Uruguai, Nicaragua, Honduras, Guatemala e Argentina em seu sistema federal e em alguns estados); já outros países adotaram durante o século XX as formas do Código francês, seja diretamente ou por influência da Itália, que não deixa de ser também um sistema escrito e inquisitório (Bolívia, Equador, Peru, El Salvador, República Dominicana, Haiti e Brasil)<sup>302</sup>.

Dessa forma, essa organização conforme os fins de uma afirmação de um poder central e do controle populacional, cria uma “tradição inquisitorial”<sup>303</sup> característica dos processos criminais latino-americanos, no qual os procedimentos em quase sua totalidade é uma investigação escrita e secreta conforme as necessidades do poder estatal e de seu êxito<sup>304</sup>.

Essa tradição inquisitorial cria uma *cultura inquisitória* típica dos países latino-americanos, que mesmo influenciados por algumas ideias republicanas, mantiveram suas características principais: (a) procedimento escrito e secreto no qual o mais importante é o que está documentado (*quod non est in acta no est in mundo*); (b) uma administração da justiça secreta, ainda que existam algumas normas que estabeleçam a publicidade de alguma parte do processo; (c) um procedimento com pouco respeito ao imputado, já que ele não é sujeito, mas objeto sobre o qual recai a investigação; (d) a desnaturalização da fase de juízo como tal, já que na medida em que o procedimento se converte em dossiês ou expedientes, a parte mais importante é a fase pré-judicial; (e) a delegação das funções judiciais para empregados subalternos, já que a formalização excessiva e a burocratização do trabalho produzem uma sobrecarga de trabalho que impede que o juiz possa atender todos os casos<sup>305</sup>.

A cultura inquisitória calcada nessas características e permanente no famigerado sistema misto coloca um peso muito intenso na fase preliminar, que acaba sendo a principal fase na formação da prova penal, apesar de toda a limitação da defesa e do consequente contraditório, além da tensão existente entre os anseios punitivos dos órgãos de investigação e dos direitos fundamentais do imputado. Essas questões serão tratadas com maior profundidade no processo penal brasileiro nos itens a seguir.

<sup>302</sup> BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. **Política Criminal Bonaerense**, n. 1, 2003, p. 7.

<sup>303</sup> Segundo BINDER: “Lo que llamamos ‘tradicón inquisitorial’ es el conjunto de factores que condicionan fuertemente la actuación de esos actores. Estos factores son tanto prácticas internas como externas que finalmente constituyen la estructura del campo como la subjetividad de los actores, en una relación que no se puede explicar bajo la lógica de lo interno o la externo, lo objetivo y lo subjetivo. No es un problema de un escenario ya estructurado donde los actores actúan con cierta ‘mentalidad’, sino una imbricación mucho más compleja de prácticas, unidad inescindible de ‘objetividades’ y ‘subjetividades’ (BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. **Política Criminal Bonaerense**, n. 1, 2003, p. 9-10).

<sup>304</sup> MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio 1991, n° 4, p. 3.

<sup>305</sup> BINDER, Alberto M. La justicia penal en la transición a la democracia en América latina. Alicante: **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**, 2005, p. 85.

## 2.2 O peso da mentalidade inquisitória na fase preliminar brasileira: limitação defensiva e não observação do devido contraditório

Afigura-se inegável que o Código de Processo Penal brasileiro concebido na década de 1940 e vigente até os dias atuais contém as características acima elencadas de uma cultura inquisitória e mantém um perfil autoritário, já que foi idealizado no regime autoritário do Estado Novo e com inspiração no *Codice Rocco* italiano<sup>306</sup>.

O escopo principal deste código era conceder ao Estado uma maior potência repressiva contra os acusados, de modo que a supressão de direitos e garantias tornasse a resposta estatal mais célere e eficiente. Apesar disso, o processo penal foi tratado como acusatório pela doutrina majoritária. Segundo MARQUES, por exemplo, o novo código não se afastou das tradições legislativas, mantendo o inquérito policial, estabelecendo a instrução processual em contraditório e separando de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase que por completo o procedimento de ofício do juiz. Contudo, o próprio MARQUES assevera que o código não deixou de sentir os influxos autoritários do Estado Novo, principalmente em relação as formas procedimentais<sup>307</sup>.

Por meio da ideologia advinda da inspiração do código italiano, juntamente com a tradição autoritária brasileira, algumas características da cultura inquisitória podem ser encontradas no Código de Processo Penal brasileiro de 1941, tendo como principal fator a centralidade do Estado-juiz no processo.

<sup>306</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7. Segundo GLOECKNER, “desde a sede política, a inspiração do Estado Novo tinha os elementos corporativos do Estado italiano nítido espelhamento”, mas não apenas em sede política, apesar de algumas diferenças nos procedimentos “ideologicamente, tanto um quanto o outro instituto são infensos a uma concepção liberalizante de processo penal, como pode ser encontrado na exposição de motivos do código brasileiro. A ideologia e alguns institutos centrais do processo são pensados de forma muito similar, garantindo a contiguidade entre os diplomas” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidade do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: In: COUTINHO; J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 232-238). No mesmo sentido GIACOMOLLI entende que a “Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 1930, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual criminal brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos sujeitos oficiais” (GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 147).

<sup>307</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 124-125.

GIACOMOLLI<sup>308</sup> destaca 5 marcas inquisitoriais que esse código traz e que não se perdura somente em artigos legais, mas contamina toda a doutrina, a jurisprudência, a política criminal e o ensino jurídico: (a) a primeira marca é a ideologia da busca da verdade material, que autoriza o juiz agir *ex officio* na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o acusado, mesmo se o acusador pedir absolvição (art. 385 do CPP) e a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação (art. 383 do CPP); (b) a segunda marca é a prevalência do interesse público sobre o interesse do acusado, apresentado pela potestade punitiva e o *status libertatis* do acusado; (c) a terceira marca inquisitória do vigente CPP brasileiro é a presunção de culpa do sujeito, sem considerações de previsão da presunção de inocência no corpo dos artigos do código, colocando a prisão processual como regra; (d) a quarta marca inquisitorial é a elevação do magistrado como o protagonista e condutor do sistema, tudo podendo no processo, não se fazendo mister regular os meios e a metodologia da busca da prova; (e) e a quinta e última marca inquisitorial do Código de Processo Penal brasileiro de 1941 segundo GIACOMOLLI é à posição ocupada pelo acusado no processo, ou seja, o réu é objeto de prova e possui o dever de provar sua inocência, devendo se submeter ao processo de forma obediente e colaborar com o juiz, com a sociedade e com o Estado.

Insta ressaltar, por conseguinte, que apesar de diversas modificações no conteúdo primário do código a construção da fase preliminar não foi substancialmente alterada, mantendo em quase sua totalidade as suas ideias originais e mentalidade autoritária da época. Com isso, as práticas investigativas hodiernas acabam sendo as mesmas que as adotadas em um regime autoritário de mais de 75 anos atrás<sup>309</sup>.

Um exemplo dessa mentalidade autoritária é o fato de se colocar como única finalidade da investigação preliminar a visão reducionista da possibilidade do titular da ação penal entrar ou não em juízo. Nada obstante, essa fase é mais complexa, ao passo que LOPES JR. e GLOECKNER entendem existir três finalidades para a investigação: (a) busca do fato

<sup>308</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 148-149.

<sup>309</sup> Segundo GIACOMOLLI “a fase preliminar é apenas uma das etapas do percurso do processo penal, sustentado no Brasil, em pleno século XXI, em bases forjadas na década de quarenta, em uma estrutura de preponderância desequilibradora da incidência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 2).



oculto (indícios de autoria e materialidade do fato); (b) função simbólica<sup>310</sup>; e (c) evitar acusações infundadas (filtro processual)<sup>311</sup>.

Essa função de filtro processual, inclusive, deveria ser a tarefa primordial da investigação preliminar, já que o processo penal é uma pena em si<sup>312</sup>, pois impele sofrimento ao acusado e o estigmatiza jurídica e socialmente por um longo período de sua vida. Essa função tem como escopo que a investigação preliminar não só deve excluir as provas inúteis, como devem servir de filtro processual, evitando que acusações infundadas prosperem<sup>313</sup>. Segundo GIACOMOLLI a fase preliminar do processo possui duas finalidades contrapostas: de um lado, procura-se o fornecimento de elementos fáticos suficientes para uma pretensão acusatória (elementos de autoria e materialidade); do outro lado, constitui-se em um filtro importante às acusações sem fundamentos, temerárias e afastadas de qualquer elemento razoável de que foi tal sujeito o autor da infração criminal<sup>314</sup>.

Tem-se, por outro lado, como amostra de práticas investigativas autoritárias no Brasil o instituto do *indiciamento*, que apesar de ser um importante atributo da investigação, sofre de um amorfismo conceitual e é tratado como uma das grandes incógnitas do processo penal brasileiro<sup>315</sup>. O indiciamento como instituto resulta em um “feixe de indícios” que apontam para certa pessoa, ou certas pessoas, que supostamente praticaram a conduta criminosa. Esse ato de indiciamento pressupõe, assim, um grau mais elevado da certeza da autoria do que o grau de suspeito<sup>316</sup>.

---

<sup>310</sup> Entende-se que a investigação preliminar atende a uma finalidade de contribuir para uma restauração da tranquilidade social abalada pelo crime. Porém, essa função simbólica da investigação preliminar é utilizada como uma forma de sedar os desejos da opinião pública (ou publicada), preenchendo as lacunas das expectativas sociais e transformando, por exemplo, uma medida cautelar pessoal em uma pena antecipada (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.106-107).

<sup>311</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-113.

<sup>312</sup> Para CARNELUTTI “[...] o processo por si mesmo é uma tortura” e acrescenta que “o homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras [...]. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despido na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços.” (CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3ª ed. Leme: EDIJUR, 2015, p. 48-49).

<sup>313</sup> Nesse sentido cf. ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 326, CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo II. Bogotá: Temis, 2000, p. 212, MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 167-168.

<sup>314</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50-51.

<sup>315</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 111.

<sup>316</sup> MORAES PITOMBO, Sergio Marcos. “O indiciamento como Ato de Polícia Judiciária”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 577, nov. 1983, p. 313-316.

Dessa forma, o indiciamento serve como uma garantia ao indivíduo que está sofrendo com uma investigação, possuindo efeitos endo e extraprocessuais<sup>317</sup>, de modo que o instituto deveria ter seu momento e forma disciplinados claramente no Código de Processo Penal, de forma que exija um ato formal da autoridade policial, para se evitar que o sujeito seja pego de surpresa no momento de comparecer para dar seu depoimento<sup>318</sup>.

Com o advento da Lei 12.830 em 2013, mais especificamente o §6º do artigo 2º, a autoridade policial passou a ter maior responsabilidade quando do ato do indiciamento, devendo realizar uma análise mais ampla do fato, que deve ser fundamentado mediante análise técnico-jurídica, indicando a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Contudo, apesar dessa lei ter melhorado o cenário legal do indiciado, ainda existe uma enorme lacuna legislativa em relação ao momento que deve ocorrer o ato de indiciamento. Esse momento, tal qual a forma, deveriam estar dispostos de modo claro na lei, já que a imediata oitiva do sujeito na qualidade de indiciado está sujeita a cargas e a direitos inerentes à situação, entre eles a necessidade de saber em que qualidade declara, para evitar o que ainda é recorrente nas delegacias brasileiras, comparecer como “testemunha” quando na verdade é suspeito na iminência de ser indiciado<sup>319</sup>.

Desse modo, consta-se que a inexistência de regras claras quanto ao procedimento que deverá ser adotado na fase de investigação preliminar fomenta ainda mais o autoritarismo e afigura-se reflexo de uma cultura inquisitória ainda presente na persecução penal brasileira, que quando levada à essência policial ainda é verificada com mais vigor<sup>320</sup>.

Essa cultura inquisitória acaba por colocar a ideia da fase de investigação como se fosse um processo inquisitório medieval, afastando a defesa e colocando-a como um obstáculo para se alcançar a verdade. Entretanto, o direito de defesa tem que ser considerado

---

<sup>317</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112.

<sup>318</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 433.

<sup>319</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 170-171.

<sup>320</sup> QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 80. Em sentido similar, SCARANCA FERNANDES afirma em relação as fases da persecução penal que: “É preciso regular cada uma por regras que, ao mesmo tempo, permitam atuação eficiente dos órgãos de persecução penal e resguardem os interesses do investigado ou do acusado. Assim, no exame de uma fase, importa destacar alguns exigências fundamentais que lhe dão consistência e asseguram, por isso mesmo, a atuação de importantes garantias do processo penal” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 74).

como um *direito-réplica*<sup>321</sup>, “que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ao ser objeto de diligências e vigilância policial”<sup>322</sup>.

Ainda é comum a afirmação de que não existe direito de defesa e/ou contraditório no inquérito policial<sup>323</sup>. Contudo, a própria Constituição brasileira em seu art. 5º, LV assevera que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados em geral* são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Seguimos a linha de LOPES JR.<sup>324</sup> de que a interpretação não pode ser restritiva de direitos. A norma é claramente protetora e qualquer confusão terminológica não pode ser obstaculizada para a sua aplicação no inquérito policial (fase de investigação).

Perceba-se, contudo, que a expressão empregada pela norma foi de “acusados em geral” e não meramente “acusados”, compreendendo-se os indiciados ou imputados de forma genérica, abrangendo um leque maior do que mera acusação formal ligada ao exercício da ação penal.

Logo, em um Estado democrático de direito que preze pelo limite aos impulsos punitivos, o direito de defesa tem que existir desde a fase de investigação, pois o *due process of law* incide desde a fase preliminar, embora em dimensão diferenciada em relação a sua aderência na fase processual<sup>325</sup>. Essa defesa, portanto, abrange uma defesa técnica, que supõe uma assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos e profissionais do direito. Nessa conjuntura, “a defesa técnica é considerada indisponível, pois, mais que uma garantia do sujeito passivo, é condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório”<sup>326</sup>.

Além da defesa técnica, tem-se também uma defesa pessoal ou autodefesa, que engloba uma defesa do próprio sujeito passivo que atua defendendo-se das intervenções estatais a si. A autodefesa é classificada como atividade positiva ou negativa: na primeira o sujeito passivo tem um direito disponível de praticar atos, declarar, submeter-se a

<sup>321</sup> Cf. MORENO CATENA, Victor. **La Defensa en el Proceso Penal**. Madrid: Civitas, 1982, p. 105.

<sup>322</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472.

<sup>323</sup> Tanto a doutrina clássica, por todos MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Vol. I. Campinas: Millenium, 2000, como a doutrina mais contemporânea, por todos OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>324</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 172-174.

<sup>325</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54.

<sup>326</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 473.

intervenções corporais etc.; já na segunda, reflete exatamente a disponibilidade do direito de defesa, podendo negar-se a declarar (direito ao silêncio)<sup>327</sup>.

No que tange ao contraditório na fase pré-processual, é importante frisar que não se pode tê-lo nos moldes do que foi tratado no capítulo anterior<sup>328</sup>, já que não existe uma relação jurídico-processual com uma estrutura dialética de partes contrapostas, além de não haver o exercício de uma pretensão acusatória<sup>329</sup>. Porém, é necessário que o direito à informação – ramo da estrutura clássica do contraditório – seja observado, para garantir à defesa acesso aos autos do inquérito para que possa efetuar sua estrutura defensiva.

Esse direito à informação abrange a publicidade dos atos procedimentais que, uma vez documentados, rompe com uma das esferas do sigilo do inquérito. Nesse ponto, encara-se o sigilo investigativo em dois campos: um sigilo interno – para sujeitos envolvidos na investigação – que deverá ser parcial; e um sigilo externo – para a população em geral –, que deverá ser total. Em outros termos, para os sujeitos envolvidos na investigação criminal (suspeitos e indiciados) o sigilo só será devido se for imprescindível à realização da diligência<sup>330</sup>. Já para os não envolvidos, o sigilo deverá ser total, com o fim de assegurar uma melhor investigação, bem como, sobretudo, para proteger a imagem do investigado e minimizar a sua estigmatização social<sup>331</sup>.

Além disso, nessa fase poderão ser praticados importantes *atos probatórios* que não poderão ser reproduzidos em juízo, situações em que deverá haver formalização e

<sup>327</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 480-481.

<sup>328</sup> SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. **Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar**, Vol. 2, n. 13, 2015.

<sup>329</sup> Nesse sentido, FERRUA: “Nella sua accezione tipica il contraddittorio postula una struttura triadica fondata sul rapporto dialettico tra le parti davanti ad un giudice imparziale, come infatti si evince dal seguito della norma. Non è contraddittorio nel senso próprio della parola quello che si esprime nella partecipazione della difesa ad un atto compiuto nell’indagine preliminare dal pubblico ministero (independentemente della circostanza che si tratti di una mera presenza passiva o di una partecipazione attiva)”. (FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 100).

<sup>330</sup> Nesse sentido: “toda investigação criminal deve, no que tange ao(s) investigado(s), possibilitar toda a publicidade possível, resguardando à dimensão do sigilo apenas o que for indispensável para a realização do ato de investigação, o qual deverá, assim que alcançado seu termo, ser posto à disposição da defesa.” (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo “inquérito policial” e seu ritual de produção de verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 357).

<sup>331</sup> Em relação à publicidade externa, “a incongruência situa-se justamente na publicidade extrema, abusiva, mormente a efetivada pela mídia através da divulgação de imagens, nomes completos, endereços, atividades profissionais de meros suspeitos de prática de ilícitos, antecipatória de processos, de condenação e de pena, além da estigmatização. A manipulação da situação – pena, julgamento, encarceramento, algemas etc – passou a servir de matéria fértil a manutenção dos índices de audiência de programas de rádio e televisão, em suma, de fonte de lucro, quicá pelo sabor do escândalo, de certo movimento de tragédia e de certo emergir reproduzido da miséria humana, soterrada, escondida, entranhada, olvidada.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 60).

substancialização do contraditório, pois somente a sua presunção de idoneidade não é suficiente à preservação dos direitos e garantias do imputado<sup>332</sup>.

Com efeito, a Lei 13.245/2016, que alterou a lei 8.906/94, ampliou a participação do advogado na fase de investigação, colocando-o em uma situação mais favorável principalmente no direito ao acesso aos autos do inquérito. Outro avanço da referida lei foi na nova redação do art. 7º, XXI, no qual o advogado poderá assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.

Dessa forma, como o contraditório é elemento essencial para a formação da prova, a ausência do contraditório defensivo na fase de investigação inviabiliza a utilização desses atos na formação da convicção do julgador. Mas, como fica a questão dos atos *não-repetíveis* produzidos na *fase pré-processual* e os que o suspeito ou seu defensor não podem ter conhecimento imediato, pois inviabilizaria a sua produção? Há quem defenda que nesse caso deverá haver um *contraditório posterior ou diferido*. Porém, “contraditório posterior ou diferido não é contraditório pleno e, não sendo assim, excepciona o *due process of law*”<sup>333</sup>. Em alguns casos – exame de corpo de delito e apreensão de substância tóxica em poder do suposto autor do fato – essas provas devem ser colhidas pelo menos sobre a égide da ampla defesa, na presença do defensor, permitindo-se a este se manifestar e postular outras provas<sup>334</sup>.

Já no que tange ao contraditório em si, esse tema exige um maior aprofundamento por ser mais complexo. Entendemos que a mera afirmação de que o contraditório posterior assegura o direito ao contraditório não comporta uma assertiva satisfatória. Assim, “manifestar-se sobre um documento produzido semanas, meses, ou até mesmo anos antes do início da fase processual é tão eficaz quando se medicar meses após a manifestação dos sintomas da doença”<sup>335</sup>. O instituto da *produção antecipada de provas*<sup>336</sup> se utilizado

<sup>332</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89-90.

<sup>333</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 22.

<sup>334</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 163.

<sup>335</sup> SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. **Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar**, Vol. 2, n. 13, 2015, p. 25.

<sup>336</sup> O incidente de produção antecipada da prova é uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, por meio da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com a plena observância do

adequadamente pode sanar esse problema, jurisdicionalizando a atividade probatória no curso do inquérito, por meio do ato diante de uma autoridade jurisdicional e com a observância do contraditório<sup>337</sup>. É claro que esse incidente de produção antecipada é uma medida excepcional que deverá preencher alguns requisitos que a justifique, além de ter que ser praticado como se estivesse em uma audiência na fase judicial e observados os seus requisitos<sup>338</sup>.

Evidente que uma interceptação telefônica, por exemplo, não poderá satisfazer a sua finalidade se a parte a ser ouvida ou seu advogado souber que haverá uma escuta<sup>339</sup>, mas se for para que essa escuta possa ser utilizada como convicção pelo julgador em sua decisão final<sup>340</sup>, deverá ocorrer um momento (posterior à interceptação, logicamente) em que a defesa possa conhecer e se manifestar sobre o conteúdo do que foi interceptado e, mais importante, que essa manifestação seja anterior à transcrição da conversa e a entrada da prova na esfera de conhecimento do magistrado que julgará o caso.

Por isso, entendemos que deverá existir uma ou mais audiências entre investigação preliminar e a fase de debates presidida por um órgão jurisdicional distinto do que julgará a causa (juiz das garantias ou da investigação) em que esses atos irrepetíveis sejam colocados à tona para que não entrem na audiência oral de instrução e julgamento sem antes terem passado pelo crivo de ambas as partes, assegurando assim um debate sem surpresas e uma maior originalidade na produção das provas.

De tal modo, tem-se o direito de defesa (em sentido amplo) como imprescindível durante toda a persecução penal. Não se pode olvidar, no entanto, que o fato da investigação preliminar não ser o processo propriamente dito, faz com que ocorra um dilema: uma defesa

---

contraditório e do direito de defesa (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328).

<sup>337</sup> Seguindo essa linha, BARROS, para quem: “as provas que forem produzidas antes do processo têm que ser produzidas em contraditório, não se pode esperar o processo penal iniciar para que a ampla defesa do acusado possa ser exercida” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 29). Trazendo o exemplo espanhol, SCARANCE FERNANDES afirma que a produção antecipada da prova “terá de ser feita de forma contraditória, com a presença do Ministério Público, do defensor e do imputado, exceto quando ainda inexistir pessoa apontada como responsável pela prática delituosa” (SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90).

<sup>338</sup> Esses requisitos são: Audiência pública, salvo o segredo justificado; presidido por um órgão jurisdicional; na presença dos sujeitos (futuras partes); com a observância dos mesmos requisitos formais do ato na fase judicial. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 164).

<sup>339</sup> Nesse sentido, BINDER afirma que é necessário que exista uma eficiência garantista, ao passo que deverá existir um equilíbrio que consiste “em uma máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana” (BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 32).

<sup>340</sup> Utilizou-se essa expressão “se for” porque entende-se que as interceptações telefônicas deverão ser utilizadas como meio de obtenção de provas e não como meios de provas, ao passo que deverá existir uma restrição em seu uso pelo julgador da causa.

sem limites na fase preliminar pode gerar sério risco a finalidade da investigação<sup>341</sup>, mas, por outro lado, a inexistência de defesa nessa fase infringe os mais elementares postulados do processo penal moderno<sup>342</sup>.

Isso porque uma investigação em que se reúnem somente elementos de cognição favoráveis à acusação, desprezando os da defesa, seguramente dará origem a um processo viciado, com uma hipertrofia dos argumentos acusatórios e que persistirá ao longo de todo o processo<sup>343</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que o contraditório não foi previsto para surgir com toda a potência na fase de investigação, sua existência deve ser preservada pelo lado negativo, isto é, a garantia do contraditório não se operacionaliza nesse momento da fase preliminar, mas de forma ao restringir ao máximo a utilização desses atos na atividade jurisdicional<sup>344</sup>.

Outra tentativa de equilibrar essa balança da investigação é a possibilidade de existir uma investigação oficial por parte da defesa. Essa possibilidade da defesa também buscar, de forma autônoma, elementos informativos e incorporá-los aos autos do procedimento investigativo possibilitaria o exercício de prerrogativas constitucionais defensivas e tenderia a uma maior garantia da ampla defesa. Por outro lado, seria uma forma de diminuir a discricionariedade da investigação estatal e possibilitar um maior número de hipóteses de autoria e de circunstâncias práticas do delito, permitindo vários direcionamentos da persecução criminal<sup>345</sup>.

---

<sup>341</sup> Um inquérito policial com uma defesa plena e com a possibilidade de grandes debates argumentativos poderá aumentar consideravelmente o tempo dos atos de investigação, transformando-o em processo e invertendo a instrução processual e convertendo o inquérito em um instrumento de cognição plena (quando deveria ser de probabilidade) no qual a transforma na alma do processo, o que reduziria a fase judicial em mera repetição dos atos já praticados – não que atualmente não seja assim (QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 88-89). No mesmo sentido SAMPAIO: “trazer o contraditório (pleno) para a instrução preliminar poderia provocar um duplo transtorno: primeiramente, inviabilidade lógica da realização de diligências que demandam, imperiosamente um sigilo em seu curso, em segundo lugar, a presença inequívoca de duas fases de instrução, uma presidida pela Autoridade Policial e outra pelo Magistrado.” (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo “inquérito policial” e seu ritual de produção de verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 357).

<sup>342</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472.

<sup>343</sup> QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p.85.

<sup>344</sup> <sup>344</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 124-125.

<sup>345</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 48. Conforme GOMES FILHO “o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitorial, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas.”

Nessa ótica, a investigação defensiva seria uma garantia fundamental do imputado em um processo penal acusatório em que as partes têm o protagonismo na produção probatória, ao passo em que constitui instrumento para a concretização dos seus direitos de defesa. Consoante à viabilização da paridade de armas, como de um lado existe a investigação pública com um de seus objetivos o de reunir material probatório para amparar a *opinio delicti* do Ministério Público, de outro lado, dever-se-ia permitir que a defesa efetuasse atividade investigatória para sustentar sua tese defensiva<sup>346</sup>.

De acordo com MALAN<sup>347</sup> existem duas fundamentações para o direito fundamental à investigação defensiva: (a) o direito à prova defensiva, na medida em que o seu exercício em Juízo pressupõe prévia atividade investigativa; e (b) a garantia da paridade de armas.

Porém, ainda encontra-se muita resistência a essa prática nos ordenamentos derivados do sistema da Europa continental por sua tradição inquisitorial. Além disso, os dados colhidos pela polícia e pelo Ministério Público (ou até mesmo pelo juiz) são aceitos com maior credibilidade, por ainda existir a mentalidade de que por esses órgãos atuarem vinculados a determinados princípios, como o da legalidade e da imparcialidade, a sua investigação será mais neutra<sup>348</sup>.

Assim, para que haja uma participação da defesa limitada, mas eficaz, é imperioso, na nossa visão, que alguns requisitos sejam respeitados: (a) o direito de ser comunicado imediatamente sobre a existência de uma imputação contra a pessoa investigada, além de um claro momento e forma do indiciamento; (b) a não possibilidade de segredo interno, isto é, os atos já realizados deverão ser públicos ao sujeito passivo para que se possa incidir a ampla defesa e o contraditório nos casos em que cabem, bem como deverão ser sigilosos para os agentes externos ao processo, evitando os danos de uma estigmatização; e (c) a possibilidade do imputado indicar provas, inclusive com o instituto da investigação defensiva e/ou requisitar diligências à autoridade policial.

---

(GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 86-87).

<sup>346</sup> A Itália reconheceu após sua reforma processual em 1988 que a investigação defensiva é intrínseca a um processo de partes e decorre do direito de defesa e da paridade de armas. Conforme MALAN “a Lei italiana 397, de 07.12.2000, regulamentou a investigação defensiva, inserindo no Estatuto Processual Penal peninsular de 1988 o art. 397-bis (Attività investigativa del difensore) e o Título VI-bis (Investigazioni difensive).” (MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 96, p. 279-309. São Paulo: RT, maio/jun., 2012, p. 281).

<sup>347</sup> MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 96, p. 279-309. São Paulo: RT, maio/jun., 2012, p. 289.

<sup>348</sup> FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.



Por fim, para que o direito de defesa e o contraditório sejam assegurados na investigação preliminar<sup>349</sup>, servindo assim como um *filtro processual*, deverá haver (pelo menos) uma fase intermediária – no formato de audiência – entre a investigação e a audiência de instrução e julgamento oral, com o objetivo de possibilitar a defesa contrariar o que foi produzido nesta fase e assegurar que os elementos não-repetíveis possam ser (re)visitados para que não adentrem na fase processual sem o mínimo de contraposição, garantindo portanto uma audiência com maior originalidade cognitiva do juiz que julgará o futuro processo, com um devido contraditório entre as partes em paridade de armas e sem surpresas na apresentação de provas advindas da peça do inquérito.

### 2.3 O problema da expansão da investigação preliminar e a falácia do sistema bifásico: a brecha no art. 155 e o “jogo sujo” processual

Não é imperioso notar que a investigação preliminar é a fase principal na persecução penal brasileira. É nela que são produzidas as provas principais que irão formar a convicção do julgador ao final do processo. Todavia, é nessa fase também onde as maiores arbitrariedades ocorrem e a defesa tem seu papel limitado, o que acarreta uma maior acumulação de poderes ou forças processuais à acusação<sup>350</sup> e possibilita uma maior incidência de manipulações processuais.

Esse sistema bifásico inspirado no *Code d’Instruction Criminelle* de Napoleão, com uma fase pré-processual inquisitória e uma fase processual (teoricamente) acusatória, cria o chamado por CORDERO de “monstro de duas cabeças”, pois as provas são colhidas na inquisição do inquérito, sem a participação efetiva da defesa e sem o consequente contraditório e depois são levadas para dentro do processo por meio de um malabarismo discursivo que imunize a decisão<sup>351</sup>.

---

<sup>349</sup> Importante frisar que o direito de defesa e o contraditório que nos referimos aqui não é o mesmo que se terá na fase judicial, mas que possibilite à defesa se manifestar sobre o que já foi produzido e não poderá ser repetido na fase judicial. Nesse sentido, SAMPAIO e FAYET: “É possível introduzir elementos de informação e reação, mas não no montante necessário para se configurar o contraditório democratizador, que almejamos” (SAMPALIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. **Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar**, Vol. 2, n. 13, 2015, p. 26).

<sup>350</sup> Trata-se do que SCHÜNEMANN chama de “aglomeração quântica de poder”. No mesmo sentido que Foucault utiliza para falar do saber acusatório dos processos na Idade Média em *Vigiar e Punir*, o inquérito policial brasileiro continua sendo uma forma de saber privilegiado da acusação (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 38ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010).

<sup>351</sup> LOPES JR., Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161-162.

No Brasil, a herança de uma forte cultura inquisitória coloca a investigação como o centro da produção probatória, o que faz com que o Ministério Público pouco acrescente em juízo ao que foi produzido no inquérito, fazendo com que apenas haja uma ratificação judicial (ilegal) e transformando o processo em apêndice da investigação<sup>352</sup>.

Em relação à particular história dessa peça de investigação no Brasil, qual seja o inquérito, é importante traçar algumas considerações. No período do Império, até o primeiro Código de Processo Penal em 1832, cabia aos juízes de paz lavrar o auto de corpo de delito e formar a culpa dos delinquentes (chamado de *sumário de culpa*). Essa formação de culpa incluía a inquirição de testemunhas, mas também o direito do acusado de contestá-las. Essas funções duraram até 1841, quando uma nova lei passou a atribuir aos *chefes de polícia* e a seus *delegados* e *subdelegados*, em conjunto com juízes municipais, a preparação e a formação do sumário de culpa<sup>353</sup>. Em 1871, por advento da Lei 2.033, a formação da culpa passou a ser atribuição exclusiva de juízes de direito e municipais, cabendo à polícia apenas proceder ao inquérito policial, que consistia em “todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos autores e cúmplices, deve ser reduzido à instrumento escrito”<sup>354</sup>.

Tem-se que a partir do Código de 1941 o inquérito passa a assumir a função antes exercida pelo sumário de culpa. Nele, o juiz recebe a denúncia sustentada sem qualquer

---

<sup>352</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial: novas tendências e práticas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 84, novembro, 1999. Segundo GIACOMOLLI “a frágil regulamentação da metodologia da busca de informações na fase preliminar do processo penal, aliada à utilização de métodos, meios e fontes próprios da fase judicial aumenta a valoração probante dessa etapa (derivação à história inquisitorial) no julgamento.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.12).

<sup>353</sup> A Lei de 3 de dezembro de 1841 procurou criar um aparelhamento policial altamente centralizado e armar o Governo de poderes suficientes para levar a bom termo a tarefa que se propunha, de tornar efetiva a autoridade legal. Para isso, à autoridade policial cabia além das funções de polícia administrativa e de polícia judiciária, funções judicantes, como a formação da culpa, a concessão de mandados de busca, o julgamento de crimes de sua alçada etc. Assim, operou-se uma junção entre a polícia e a justiça, passando de um judiciarismo policial para um policialismo judiciário, o que fez com que esse policialismo se tornasse fonte de arbitrariedade, pois a justiça policial ficava a mercê da política para perseguir os adversários e proteger os seus aliados (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 119-120).

<sup>354</sup> MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social** - Vol. 3 - no 7 – jan./fev./mar., p. 35-50, 2010, p. 37-38. Segundo POLI: “Com o advento da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de e do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de iniciou-se uma nova fase na história do processo penal brasileiro, uma vez que a estrutura até então vigente foi alterada. A principal mudança foi a separação da polícia e da justiça, o que ofuscou, de certa forma, o policialismo reacionário criado pela Lei de 03 de dezembro de 1941”, e desse modo “a polícia passou a estar ligada ao Poder Executivo, não mais fazendo funções judicantes, uma vez que se optou pelo inquérito policial, ao invés do juizado de instrução.” (POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal**: (des)conformidade com o devido processo penal. Curitiba: UFPR, 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 136-138).

oportunidade da defesa se manifestar previamente e, ainda mais grave, possibilita-se a condenação como base nos elementos nele colhidos<sup>355</sup>.

Importante afirmar que o inquérito é espécie do gênero investigação, já que existem outros modelos oficiais de investigação<sup>356</sup>, bem como outros órgãos encarregados da instrução preliminar<sup>357</sup>, e que a opção legislativa pelo modelo de investigação policial é basicamente fundamentada na extensão territorial brasileira. É o que traz a própria Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal de 1941 – ainda que se incline bastante ao modelo de juizado de instrução<sup>358</sup>.

Desse modo, partindo de um diagnóstico do ponto de vista empírico do inquérito policial, a *law in action* mostra uma ambivalência entre a legislação e a tradição, assim como as alterações introduzidas nos últimos anos nessa área, localizam solução nas práticas abraçadas. E o quanto essas mudanças atravessam o perímetro de “uma legalidade já por si considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, em direção a uma ilegalidade

---

<sup>355</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 97-98. Apesar de na redação original do Código de Processo Penal de 1941 não existir expressamente essa possibilidade de condenação com base no inquérito, a doutrina e a jurisprudência admitiam e tinham como uma vertente (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118-124).

<sup>356</sup> Entre as formas de instrução preliminar estão o inquérito policial, comissões parlamentares de inquérito (CPI), procedimento de investigação criminal (PIC), sindicâncias etc.

<sup>357</sup> Além do sistema oficial de investigação preliminar com a Polícia Judiciária como titular (sistema policial), existe o sistema do Juiz Instrutor (sistema judicial) e do Promotor Investigador. Cf. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127-169.

<sup>358</sup> “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.”

prática, sob a forma de uma ‘lógica em uso’ justificada pela eficiência”, o que faz com que haja uma “informalidade eficiente” que, no entanto, “diminui tanto as garantias dos acusados quanto não foi capaz de aumentar a capacidade investigativa da Polícia”<sup>359</sup>.

Afora isso, tem-se no Brasil uma peculiar formação nas polícias, dividindo-se as funções investigativas e ostensivas entre as chamadas Polícia Civil e Polícia Militar<sup>360</sup>, o que expõe o ranço autoritário permanente do período de ditadura militar no Brasil. Essa militarização das funções do policiamento ostensivo que põe a Polícia Militar como força auxiliar e de reserva do Exército ilustra a herança mantida dos tempos ditatoriais. Por outro lado, não se pode esquecer das práticas não menos autoritárias, porém mais subterrâneas, da Polícia Civil na busca incessante da “verdade” da infração penal<sup>361</sup>.

Embora essa violência institucional já existisse antes do início da ditadura, foi nesse período que ela se desenvolveu e se mostrou mais atroz e letal. Contudo, mesmo após o período de redemocratização e a formalização constitucional de garantias fundamentais contra atos arbitrários do Estado, não foi o suficiente para o abandono de práticas autoritárias no âmbito da segurança pública, especialmente em relação ao problema da violência policial<sup>362</sup>.

Além disso, a própria Constituição que descentralizou poderes e estipulou diversos benefícios sociais, não modificou as cláusulas relacionadas com as Forças Armadas, as Polícias Militares, o sistema judiciário militar e de segurança pública, permanecendo igual à Constituição de 1967 e sua emenda em 1969. Ademais, o fato das forças policiais serem

---

<sup>359</sup> MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social** - Vol. 3 - no 7 – jan./fev./mar., p. 35-50, 2010, p. 39. Justamente esse o ponto onde a práxis policial encontra-se com esse dispositivo inquisitorial (inquérito policial), funcionando como um legitimador do regime de verdade atuado pela polícia: “Sua zona periférica é constituída pela intersecção do ethos policial com os discursos e práticas investigativas; longe de ser constrangida pela legislação que rege a matéria investigativa, estabelece uma estratégia de gestão de ilegalidades, a qual envolve a tradução da ‘verdade’ extraída até mesmo pelo uso direto da força – diante da prática de torturas, ainda que em manifestações mais sutis – para um discurso oficial assepticamente ‘imparcial’ (inclusive assinado por duas testemunhas ‘convidadas’)” (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo “inquérito policial” e seu ritual de produção de verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 364).

<sup>360</sup> A Constituição brasileira em seu artigo 144. § 4º e 5º respectivamente assevera que: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

“Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”

<sup>361</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. A ostensividade da soberania policial. In: GLOECKNER, R. J.; FRANÇA, L. A.; RIGON, B. S (Orgs.). **Biopolíticas: Estudos sobre política, governamentalidade e violência**. Curitiba: iEA Academia, 2015, p. 303.

<sup>362</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 200.

auxiliares do Exército – como diz o art. 144, §6º da Constituição – é algo comum em períodos de guerra ou de regimes autoritários<sup>363</sup>.

Segundo PINHEIRO, os governos de transição trataram as instituições de segurança pública como instituições neutras capazes de se moldar a regimes autoritários ou democráticos, desconsiderando que as relações que compõe o Estado são vinculadas a sua estrutura, ou seja, subestimando o legado autoritário em suas práticas<sup>364</sup>.

Inclusive, nesse período de transição não houve qualquer discussão jurídica ou movimento político para que os atores do regime anterior fossem modificados, pelo contrário, permaneceram os potencialmente perpetradores da violência em todos os campos jurídicos nacionais, o que se denomina de “legado silencioso”<sup>365</sup>.

Esse legado pode ser identificado por uma estrutura administrativa que foi estruturada durante a ditadura militar (sobretudo por meio do Decreto Lei nº 200/67) e que permanece até os dias atuais de forma juridicamente justificada. Nesse sentido, conforme BERCOVICI, uma Constituição verdadeiramente democrática deveria obrigar a reformulação mesmo que parcial de todas as categorias tradicionais do direito administrativo, já que não adianta mudar a Constituição e permanecerem as mesmas regras administrativas autoritárias que regem as

---

<sup>363</sup> ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 45-52. CERQUEIRA ao analisar os aspectos brasileiros afirma: “vê-se que o art. 144 da CF/88 (LGL\1988\3), é um capítulo destinado à segurança pública; nele são definidas as atribuições e a natureza jurídica organizacional das polícias e dos corpos de bombeiros militares. Essas organizações são consideradas forças auxiliares e reserva do Exército com atribuições, respectivamente, de polícia ostensiva e preservação da ordem pública e de execução de atividades de defesa civil. Temos organizações militares com missões de polícia e de defesa civil, ao lado de outras organizações policiais, de natureza civil. No capítulo que trata do papel das Forças Armadas, art. 142 da CF/88 (LGL\1988\3), são definidas suas missões: defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um deles, a garantia da lei e da ordem. Temos, portanto, os militares com atribuições no campo da segurança pública. [...]A grande diferença que se observa ao comparar a situação brasileira com a francesa, a portuguesa e a italiana, que também possuem polícias militares é, primeiro, o nível, já examinado, de inferioridade e de subordinação das Polícias Militares brasileiras em relação às forças Armadas; segundo, o fato do argumento da "terceira força", naqueles países, significar a exclusão de fato dos militares das questões da ordem interna, que acaba não ocorrendo na situação brasileira, isso porque a nossa Constituição permite ainda aos militares brasileiros uma forte presença na área da segurança pública e política.” (CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, p. 139-181, São Paulo: RT, abr./jun., 1998, p. 140-148). Segundo ZAVERUCHA, “nossos constituintes não conseguiram se desprender do regime autoritário recém-findo e terminaram por constitucionalizar a atuação de organizações militares em atividades de polícia (Polícia Militar) e defesa civil (Corpo de Bombeiros), ao lado das polícias civis. As polícias continuaram constitucionalmente, mesmo em menor grau, a defender mais o Estado que o cidadão.” (ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 55).

<sup>364</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. **Revista USP**, mar.-abr.-maio 1991, p. 50.

<sup>365</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Transição e consolidação da democracia**: instrumentos, práticas e limitações na experiência brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 98.

práticas do cotidiano, ao lado dos mesmos atores e com suas mentalidades ainda fincadas no regime antigo<sup>366</sup>.

Desse modo, a política de segurança pública no Brasil continua sendo a mesma praticada durante o período de ditadura com a mesma violência explícita e ilegal, bem como o combate ao crime corriqueiro segue seguindo as linhas convencionais anteriores a ditadura e que foram enriquecidas durante esse período, tal qual a militarização do policiamento ostensivo, que foi consagrado pela Constituição de 1988 e conserva grande apoio no interior da sociedade<sup>367</sup>.

Outro problema referente às instituições policiais tem relação com o controle interno e externo da atividade policial. No que tange ao controle interno, o órgão responsável são as Corregedorias de Polícia, contudo “sofrem as implicações do corporativismo – considerando que os corregedores são, também, policiais, e, neste ponto, se encontra grande resistência em punir um colega”<sup>368</sup>.

Já em relação ao controle externo, o Brasil adotou o esquema de Ouvidoria de Polícia, que embora sejam órgãos de fiscalização externa, apenas tem a função do recebimento das reclamações, sem possuir uma performance mais ativa na fiscalização dos atos policiais. Porém, após a constituição de 1988 o Ministério Público passou a ter um papel de destaque no controle externo da atividade policial, podendo-se afirmar que é ele o encarregado constitucional desta função.

No entanto, na prática, essa atribuição não é cumprida de forma adequada por esse órgão se comparada com as demais funções exercidas pelo Ministério Público previstas na Constituição<sup>369</sup>. Dessa forma, com todas essas deficiências apresentadas tanto no controle

---

<sup>366</sup> BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência do direito administrativo de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 78-79. Interessante observar que no âmbito do Poder Judiciário duas das principais leis administrativas de organização interna foram feitas na época da ditadura e permanecem até hoje: Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, mais conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) e Lei nº 5.510, de 30 de maio de 1966, que organiza a Justiça Federal de primeira instância.

<sup>367</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. **Revista USP**, mar.-abr.-maio 1991, p. 51-52. Conforme OLIVEIRA, no Brasil existem classes de pessoas “torturáveis” e “não torturáveis” pela polícia: “Em países como o Brasil, boa parte da opinião pública – o que inclui os próprios ‘torturáveis’ – convive pacificamente com a ideia de que a polícia pode prender e bater em delinquentes. [...] Potencialmente ‘torturáveis’ e ‘elimináveis’, e, portanto, teoricamente os mais interessados numa polícia respeitadora dos direitos humanos, os segmentos mais pobres, entretanto, são os mais sensíveis aos discursos truculentos presentes na mídia.” (OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2009, p. 28-31).

<sup>368</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 180.

<sup>369</sup> Nesse sentido, especialmente no tocante à omissão do Ministério Público em relação às políticas de segurança pública cf. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O controle pelo ministério público das Políticas de segurança

interno como no externo da polícia brasileira, ela acaba por ter uma atuação extremamente discricionária<sup>370</sup> e seus atos são muitas vezes legitimados por discursos retóricos que contribuem para que a polícia continue com uma atuação violenta, letal e seletiva<sup>371</sup>.

Esse discurso legitimador da violência policial no Brasil passa por aspectos de uma política criminal calçada no combate ao inimigo interno que acaba sendo interiorizada pela instituição policial e refletindo em suas práticas. Como afirma FOUCAULT<sup>372</sup>, a política não passa da continuação da guerra por outros meios. Desta forma, GLOECKNER e GONÇALVES apresentam duas questões quanto a política criminal, especialmente a brasileira: (a) não deixa, em momento algum, de possuir o caráter de espécie de “política”, assumindo assim conotações de guerra estendida e contínua, o que explica o elevado índice de letalidade policial legitimado pelas instâncias burocráticas elitizadas: Ministério Público e, Judiciário; (b) como modalidade de política, ela é articulada por um discurso que opera em dois níveis: o primeiro destes níveis, coincide com as *técnicas de neutralização*<sup>373</sup> isto é, as racionalizações para o descumprimento de normas; o segundo está na política criminal como uma tecnologia de combate instrumentalizada a partir dos dispositivos de soberania

---

pública. In: Conselho Nacional do Ministério Público. **O Ministério Público e o controle externo da Atividade Policial**: Dados 2016. Brasília: CNMP, 2017.

<sup>370</sup> Essa discricionariedade ainda é mais extensa se verificarmos as expressões que o CPP utilizou no tocante à investigação criminal. Nesse sentido, SAMPAIO: “Uma breve análise do Título II do nosso CPP em vigor expõe um aspecto sintomático; apesar de se tratar de um título curto (apenas 18 artigos para regular toda a investigação criminal), ele apela para expressões do tipo ‘no que for aplicável’, ‘se possível’, ‘interesse da sociedade’ e ‘ordem pública’. Em suma, regula pouco e o faz de modo ‘aberto’, com normas de alto poder denotativo, dando margem a uma ampla discricionariedade policial.” (SAMPALIO, André Rocha. Um dispositivo chamado “Inquérito Policial”. **Boletim Informativo IBRASPP** - Ano 03, nº 05, p. 39-41, 2013, p. 40).

<sup>371</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 180-181. Nesse sentido existem várias pesquisas sobre a letalidade e a brutalidade das polícias brasileiras, bem como a naturalização e a conveniência com esses. Cf. LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. **Quem vigia os vigias? – um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2003; MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, César Pinheiro; NERI, Natasha Elbas. **Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)**. Rio de Janeiro: NECVU; BOOKLINK, 2013; ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!:** homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015; D’ELIA FILHO, Orlando Zaccane. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

<sup>372</sup> FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15.

<sup>373</sup> Cf. SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. **American Sociological Review**, Vol. 22, No. 6, p. 664-670, Dec., 1957, especialmente no tocante as técnicas de “negação da ilicitude” e “negação de condição da vítima” em relação aos atos ilegais praticados pelos policiais que são arquivados e justificados pelos membros do Ministério Público e do Judiciário como uma forma de consentir com os discursos policiais, especialmente no que tange aos chamados “autos de resistência” (vale ressaltar que a Resolução Conjunta nº 2, de 13 de outubro de 2015, do Conselho Superior de Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes da Polícia Civil proibiu esse termo que foi substituído por “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” ou “homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”, o que na prática não mudou muita coisa).

incorporados ao saber jurídico e possuindo enraizamento em relações de força estabelecida em determinado momento na e pela guerra<sup>374</sup>.

Desse modo, tem-se que a polícia realiza o trabalho soberano obscuro conduzido pela política, criando, à seu modo, zonas de indiferenciação onde todos somos excluídos e capturados da exceção soberana para além da coação respaldada juridicamente, em que o espaço público democrático é tornado um disfarce da decisão policial, colocando em evidência a soberania da polícia, uma vez que o poder soberano é aquele que preserva o direito de agir e de se impor soberanamente até mesmo sobre a morte dos cidadãos, definindo quem se encaixa ou não no conceito de “vida nua”. Assim, pode-se dizer juntamente com AMARAL que “é no movediço terreno da contiguidade entre violência e direito que a polícia se apresenta”<sup>375</sup>.

Isso é verificado no Brasil com o extermínio de pessoas pobres em áreas consideradas miseráveis da cidade (favelas e periferias) por meio de uma atividade de governo, que atua através de uma tecnologia totalmente diversa da jurídica:

O dispositivo da segurança pública, mais do que atuar sobre atos delitivos, recai sobre a gestão do perigo. A tecnologia da segurança tem por função higienizar o corpo social de fatores de risco (de regra associados, na política de extermínio, à figura do traficante de drogas). Por isso é que a sua atuação se dá muito mais como norma do que como regra. A norma e seu efeito – a normalização – se aplica tanto a um corpo disciplinar quanto a uma população, voltada a partir de aspectos de regulação<sup>376</sup>.

Essa gestão do risco – já referida no capítulo anterior – é operacionalizada basicamente pela polícia por meio de estratégias que tem como finalidade o controle populacional através da “gestão dos ilegalismos”, colocando as ilegalidades como um perigo permanente que deve ser exposta de modo sensacionalista de maneira que determinadas classes de criminosos traga medo generalizado<sup>377</sup>.

Isso acaba por colocar no inquérito as características de um *dispositivo* nos termos em que fala Foucault<sup>378</sup>, que seria de forma geral qualquer coisa que tenha de algum modo a

---

<sup>374</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 186.

<sup>375</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. “Mal de Polícia” – À propósito de uma criminologia radical. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 111, p. 263-291, São Paulo: RT, nov./dez., 2014, p. 272-273.

<sup>376</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017, p. 186.

<sup>377</sup> AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 27.

<sup>378</sup> Segundo AGAMBEM, as características de um dispositivo para Foucault se divide em três eixos: (1) o vínculo que se estabelece entre os elementos de um conjunto heterogêneo que compreende discursos,



capacidade de governar, moldar, controlar os gestos, as opiniões e os discursos dos seres viventes, implicando em um processo de subjetivação, “sem o qual o dispositivo não pode funcionar como um dispositivo de governo, mas se reduz a um mero exercício de violência”<sup>379</sup>.

Nessa senda, o inquérito policial apresenta-se com um papel que vai além do de apurar crimes, possuindo uma função estratégica que ao mesmo tempo é mais ampla e mais sutil com o azo do “bom funcionamento” do aparelho penal e dos aparelhos governamentais<sup>380</sup>. Além disso, o sistema de investigação brasileiro foi construído em uma política-criminal cuja constante histórica tem sido a ilusória *gestão pelo medo*. Como assinalam FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE<sup>381</sup>, a subcultura policial tem seus próprios modelos pré-concebidos de estereótipo de criminosos potenciais e prováveis, agindo por um *ethos* característico da própria instituição policial<sup>382</sup>, fazendo com que o tratamento seja diferenciado conforme ele se encaixe ou não no perfil pré-fixado, ou seja, a polícia frente a um indivíduo com “perfil de autor ideal” de um delito, tende a atuar com excessivo rigor podendo, até mesmo, agir ilicitamente para alcançar todos os meios de incriminação, cometendo, inclusive, as maiores barbáries<sup>383</sup>.

Isso fica mais sério quando o instituto do inquérito policial acaba sendo, por sua natureza, um primeiro juízo do Estado acerca do fato criminoso, haja vista que a versão nele exposta tende a ser nele reproduzida durante a persecução penal, desde a denúncia do Ministério Público, até o momento da formação da prova e convicção do juiz<sup>384</sup>. Nesse ponto,

---

instituições, leis, medidas de polícia, etc., (2) uma função estratégica concreta inscrita em uma relação de poder e (3) o cruzamento entre redes de poder e de saber (AGAMBEN, Giorgio. **Che cos'è un dispositivo?** Roma: Nottetempo, 2006, p. 7).

<sup>379</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Che cos'è un dispositivo?** Roma: Nottetempo, 2006, p. 29, tradução livre.

<sup>380</sup> SAMPAIO, André Rocha. Um dispositivo chamado “Inquérito Policial”. **Boletim Informativo IBRASPP** - Ano 03, nº 05, p. 39-41, 2013, p. 40.

<sup>381</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. **Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra, 1992, p. 443.

<sup>382</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Revista dos Tribunais, 2002, p. 704-711.

<sup>383</sup> Nesse sentido, MISSE afirma que a demanda social por punição pode levar à incriminação preventiva. Essa demanda faz com que a expectativa por uma punição tende a assimilar o crime ao sujeito, ao passo que a periculosidade do indivíduo passa a ser entendida por traços que ele apresente: “A seleção desses traços, como no processo de estigmatização interliga causalmente variáveis de pobreza urbana, baixa escolaridade e preconceitos de cor e marca ao que se espera que seja uma ‘carreira criminosa’”. Nesse ponto, a “sujeição criminal antecipa-se à busca de evidências empíricas no processo de construção da verdade ‘real’ (eis o eufemismo através do qual a polícia distingue a ‘sua’ verdade da ‘verdade’ judicial). Para poupar tempo e esforços, basta “apertar” suspeitos e testemunhas para obter a verdade, isto é, a versão dos fatos. Uma vez que essa é a estratégia, então a tomada de depoimentos por escrito, com fé pública, em cartório, na delegacia, toma a forma de uma instrução criminal preliminar, sem contraditório, cujo nome é ‘inquérito policial’” (MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Revista Sociedade e Estado** – Vol. 26, n.1, Jan./Abr. 2011, p. 17-19).

<sup>384</sup> GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O Inquérito Policial em Questão – Situação atual e a percepção dos Delegados de Polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de

GIACOMOLLI assevera que é a valoração atribuída à fase pré-processual no decorrer da fase de debates em contraditório que determinará se um processo é democrático e constitucionalmente adequado ou se é somente um simulacro de processo<sup>385</sup>.

Ademais, pode-se considerar praticamente pacificado na doutrina processual penal que o inquérito policial é um sistema falido que não cumpre com sua função principal de esclarecer com grau de probabilidade a notícia-crime para fundamentar o processo e que, portanto, os atos praticados durante ele, apesar de serem importantes para o início ou não da ação penal, não devem servir como juízo de certeza na hora de valorar a condenação ou absolvição do acusado na sentença. Essa ineficácia do inquérito faz com que grande parte das ações penais que estão nos fóruns sejam baseadas unicamente em depoimentos de testemunhas que foram prestadas nesta fase, algumas que unicamente “ouviram dizer” algo sobre o fato e outras (ações) que somente tem como “testemunhas” os policiais que atenderam a ocorrência<sup>386</sup>.

Soma-se a isso o discurso da presunção de veracidade das peças de informação do inquérito, com o fundamento de serem produzidas por funcionários públicos e terem “fé pública”. Contudo, essa presunção de veracidade gera efeitos contrários a própria natureza do inquérito, levando a que sejam admitidos no processo atos administrativos, sigilosos, não contraditórios e muitas vezes sem o exercício da defesa<sup>387</sup>.

---

investigação criminal. **Revista Sociedade e Estado** - Volume 26 Número 1 Janeiro/Abril, 2011, p. 63. Para MISSE: “O inquérito policial é a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil. É ele que interliga o conjunto do sistema, desde o indiciamento de suspeitos até o julgamento. A sua onipresença no processo de incriminação, antes de ser objeto de louvação, é o núcleo mais renitente e problemático de resistência à modernização do sistema de justiça brasileiro. Por isso mesmo, o inquérito policial transformou-se, também, numa peça insubstituível, a chave que abre todas as portas do processo e que poupa trabalho aos demais operadores do processo de incriminação – os promotores e juizes” (MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Revista Sociedade e Estado** – Vol. 26, n.1, Jan./Abr. 2011, p. 19). Por outro lado, pode-se concluir que “Essa esquizofrenia por que passa a investigação criminal brasileira, levada às últimas consequências, longe de prejudicar o exercício do poder, contribui para seu aspecto disciplinar: [...], por estar submetida a um regime de direito administrativo, seus atos possuem o ‘atributo da presunção da legitimidade’, ou seja, inverte a polaridade da carga probatória para a defesa, ferindo de morte a presunção de inocência e preenchendo expectativas (fundadas eventualmente em presunções) que são então normalizadas, nesse processo de (re)construção de verdade ameaçado pela contaminação da evidência” (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo “inquérito policial” e seu ritual de produção de verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 362).

<sup>385</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99.

<sup>386</sup> Em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre sentenças judiciais em tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro, em 62,33% dos casos o agente policial foi a única testemunha ouvida no processo e em 53,79% dos casos o depoimento do agente de policial foi a principal prova valorada pelo juiz para sentenciar (DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro**, 2017, p. 77. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf> Acessado em 07 de junho de 2018).

<sup>387</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302.

Todos esses fatores acabam contribuindo para a incursão de operadores de contágio, como a confiança<sup>388</sup> e a presunção de veracidade dos atos produzidos no inquérito, invertendo a polaridade da carga probatória para a defesa (fulminando a presunção de inocência) e preenchendo expectativas que são normalizadas nesse processo de reconstrução de verdade contaminado pela evidência.

Esse entendimento então faz brotar uma “verdade” presumida advinda do inquérito policial<sup>389</sup>, o que faz com que em conjunto de uma investigação “rápida” estejam ainda no plano da evidência, pois não passaram pelo crivo do contraditório, e preenchem as expectativas normativas do senso comum, o que dificulta qualquer possibilidade de constrangimento dos operadores das evidências, tornando assim atos produzidos unilateralmente e de forma obscura com uma inexistente presunção de veracidade, que na prática dificilmente poderá ser derrubada pela defesa<sup>390</sup>.

Agrava-se ainda mais no direito brasileiro o fato do inquérito policial ser escrito e de seus autos serem pensados ao processo e seguirem para conhecimento do julgador<sup>391</sup>, o que acaba se tornando uma espécie de “arquivo oficial” que agrupa todo o discurso policial e fica em *stand by* pronto para ser utilizado por quem precisar<sup>392</sup>. Juntamente com a nova redação

---

<sup>388</sup> Aqui a confiança está como uma antecipação do futuro, no mesmo sentido empregado por LUHMANN: “Mostrar confianza es anticipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fuera cierto. Uno podría decir que a través de la confianza, el tiempo se invalida o al menos se invalidan las diferencias de tiempo” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 15).

<sup>389</sup> “O inquérito policial, em nossa tradição jurídica, busca alcançar a “verdade real”, identificando um culpado responsável pelo que aconteceu. Nessa busca, vale-se de procedimentos inquisitivos e sigilosos, algumas vezes ilegais, mas que se tornaram práticas institucionalizadas de produção da verdade policial (VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**, vol. 26, n. 1, p. 77-96, jan./abr. 2011, p. 78).

<sup>390</sup> “Em uma polícia altamente dependente da produção de uma verdade in-corporada, extraída até mesmo à força do corpo do sujeito ou meticulosamente costurada por meio das “perguntas mais adequadas”, em depoimentos, seguidas das respostas com uma cautelosa distribuição de ênfases na hora da redução a termo, a evidência é a tônica de sua atuação. Afinal, tanto em sua forma mais brutal – força física – como na mais sutil – escultura linguística – a força policial está presente.” (SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo “inquérito policial” e seu ritual de produção de verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 134, p. 351-383, 2017, p. 366).

<sup>391</sup> Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Segundo CHOURK essa seria “a mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal, qual seja, a indevida intromissão da dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional” (CHOURK, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 131).

<sup>392</sup> “O ingresso do inquérito policial na fase judicial, autoriza duas consequências, ambas problemáticas desde uma concepção acusatória de processo: a) em primeiro lugar, como corolário indefectível da livre convicção, ao magistrado era facultado julgar tomando-se por base os elementos do inquérito policial. Disso não cabem muitas dúvidas, à medida que tal malabarismo semântico permitiu, inclusive, que nas reformas de 2008, tal circunstância fosse justificada e legalizada, sob a aparência de uma ‘evolução’ no sentido de proteção das garantias do acusado. O famoso ‘cotejo’ do inquérito policial com os autos processuais permite, assim, uma condenação baseada no inquérito e que pode ser devidamente ‘maquiada’ através da adoção, na fundamentação,

do art. 155 do Código de Processo Penal<sup>393</sup> está formado o “combo” que possibilita as maiores arbitrariedades e enganações às garantias da oralidade e da imediação na formação da prova, dando azo ao que se chama de “falsas oralidades”, afinal, “mesmo que não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele?”<sup>394</sup>.

Assim, em análise mais profunda do artigo 155, nota-se que o juiz não poderá fundamentar sua decisão tão-somente no inquérito, porém deixa a possibilidade do magistrado através da “livre apreciação da prova” utilizar, desde que não “exclusivamente”, o que foi produzido na fase inquisitória em sua fundamentação da decisão. O que isto significa na realidade é que não existindo prova no processo para sustentar a condenação, abre-se uma brecha<sup>395</sup> para o juiz se valer do que está no inquérito.

Nesses moldes, o inquérito policial acaba por conter funções de diferentes domínios em relação a sua finalidade precípua. No domínio das *funções aparentes*, o inquérito acaba sendo um instrumento para apuração da autoria e materialidade do fato criminoso, somente

de trechos, recortes ou quaisquer técnicas de bricolagem na decisão. [...] Contudo, resta ainda a segunda consequência referida como negativa: b) a introdução do inquérito policial no núcleo processual enfraquecerá ou mesmo inviabilizará o exercício do contraditório. E isto por uma razão deveras elementar, compartilhada pelo espírito autoritário de MANZINI: quando se admite que os depoimentos em juízo sejam confrontados com aqueles prestados perante a polícia, a leitura de trechos dos depoimentos, serve para ‘refrescar a memória’ do depoente, o que significa: reordenar a narrativa, a fim de que ela volte para a história já documentada desde a fase policial; ou ainda, constranger a testemunha a fim de que ela apenas ratifique os elementos integrados à investigação preliminar.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 421-422).

<sup>393</sup> A Lei 11.690/08 modificou diversos artigos que tratavam sobre a formação das provas no processo penal, dentre eles o art. 155: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela *livre apreciação da prova* produzida em contraditório judicial, *não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação*, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifo nosso). Segundo GIACOMOLLI o legislador de 2008 continuou com tradição do modelo inquisitorial que serviu de base ao processo penal da década de 1940. Ainda segundo o autor, foram potencializados os poderes instrutórios do julgador com a nova redação do art. 156, bem como a valorização dos elementos colhidos na fase de investigação sem o contraditório (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18).

<sup>394</sup> LOPES JR., Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161. A contaminação gerada pela integração do inquérito policial ou qualquer outra peça produzida sem garantias constitucionais ao processo penal “irradia efeitos sobre todo o processo penal, com consequências multiplicadoras, acumulativas e retroalimentadoras e nem sempre perceptíveis no momento de sua potencialização” (GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5).

<sup>395</sup> São nessas micro relações (brechas, por exemplo) que residem as potências mais perigosas: “cada fascismo se define por um microburaco negro, que vale por si mesmo e comunica com os outros, antes de ressoar num grande buraco negro central generalizado” (DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs**: capitalismo e esquizofrenia. Vol. 3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 92). Neste sentido, AMARAL percebe uma relação de “microinquisitorialismos” dentro do processo penal, que faz com que haja uma maleabilidade política das provas para adequá-las a determinados interesses. Daí a clareza de “verdades reais” e “evidências” como perigo, colocando qualquer um como juiz e o próprio juiz como justiceiro (AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva**: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 482).

tendo valor para o oferecimento ou não da denúncia. Porém, sua finalidade não termina nas funções aparentes, uma vez que a própria estrutura do CPP brasileiro faz com que se retire do inquérito *funções ocultas* ou *não aparentes* ainda mais relevantes na prática<sup>396</sup>. Essas funções ocultas do inquérito ligam-se aos argumentos discursivos utilizados pelo julgador na decisão judicial: busca da verdade e livre convicção. Tais argumentos trazem à mostra a função não aparente mais perversa do inquérito policial: a autorização para o juiz formar sua convicção e sua conseqüente formulação da decisão em torno dos elementos produzidos no inquérito, fulminando assim com o procedimento em contraditório<sup>397</sup>.

Essa autorização de utilização do inquérito na valoração probatória faz com que o julgador tenha uma precoce conclusão sobre o caso – muitas vezes advindo de um “conjunto de pequenos indícios” contidos naquela peça inquisitorial – que deveria apenas provir da formação da prova em contraditório, invertendo o ônus probatório ao acusado e tornando a presunção de inocência em uma presunção de culpabilidade.

Portanto, o que se revelou com essa nova redação do art. 155 do CPP foi uma grande maquiagem dentro do sistema processual penal brasileiro, pois é certo que não se autoriza (diretamente) uma busca obsessiva da verdade a todo custo, mas a brecha tomada pelo advérbio “exclusivamente” e a gama de excepcionalidade por ele introduzida empurra-o inevitavelmente para uma zona de mera adequação formal, na qual continuar-se-ão sendo assistidas sentenças que buscarão no inquérito policial os elementos necessários para a condenação<sup>398</sup>. Deste modo, pode-se afirmar que o CPP se incumbiu de construir um sistema que dispensaria o contraditório futuro, ao passo que os elementos que verdadeiramente

---

<sup>396</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 394-395. Essa dicotomia de funções aparentes e ocultas ou não aparentes é utilizada por Nilo BATISTA quando se refere às funções da pena: para ao autor as funções aparentes da pena seriam as normalmente positivadas nas legislações penais referentes as teorias absolutas, relativas e mistas; já as funções ocultas ou não aparentes da pena estariam em três níveis: (a) nível psicossocial; (b) nível econômico-social; e (c) nível político, que resumidamente apontam para uma manutenção do *status quo* e controle sobre aqueles indesejáveis para o sistema econômico (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 110).

<sup>397</sup> GOMES FILHO lembra que na Itália apesar do último parágrafo do art. 349 do Código de Processo Penal italiano vedar que o juiz tivesse informações advindas da peça policial, na prática esses dados eram incluídos na comunicação escrita e acabavam sendo utilizados na decisão judicial diante de uma concepção muito ampla do princípio do livre convencimento, determinada na praxe dos tribunais (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprenta: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66).

<sup>398</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23. Segundo LOPES JR.: “A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou, melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase” (LOPES JR., Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.162).

importam à uma decisão futura são produzidos na fase de investigação preliminar, que depois são retoricamente legitimados judicialmente, o que GLOECKNER chamou de *contraditório deformado*<sup>399</sup>.

Além do mais esse entendimento é verdadeira vertente jurisprudencial nos Tribunais brasileiros, no qual se confunde prova com meio de prova e com naturalidade é vista a possibilidade da mescla dos dados colhidos no inquérito na ação penal, que sem a incidência do contraditório transforma o processo penal em algo disforme, onde o Estado-jurisdição cede espaço ao Estado-administração e termina por servir como apoio para o provimento de uma sentença condenatória<sup>400</sup>.

Ainda que se diga que os atos produzidos no inquérito não possam ser valorados para fundamentar uma decisão condenatória<sup>401</sup>, “existe um grave perigo de contaminação (consciente ou inconsciente) do julgador, que deriva do fato de o IP acompanhar a acusação e integrar os autos do processo”<sup>402</sup>.

Dessa forma, com a nova redação do art. 155 do CPP, “perdeu-se a oportunidade de encarar frontalmente os reflexos na eficácia probatória dos ditos *atos de investigação*”<sup>403</sup>. Aqui entra em cena a importante diferença entre meros atos de investigação e atos verdadeiramente de prova. Assim, são considerados *atos de prova* aqueles que: (a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; (b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; (c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; (d) servem à sentença; (e) exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediações; (f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Por outro lado, os *atos de investigação*: (a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; (b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; (c) servem para formar um juízo de probabilidade, e

<sup>399</sup> Segundo o autor, “a tríade ‘liberdade das provas, livre convencimento judicial e verdade real’ continua sendo adotada em nível doutrinário e jurisprudencial. As reformas não alteraram pontos significativos relativamente a tais questões, mantendo-se exatamente o mesmo núcleo do código de 1941. Em decorrência da intromissão de elementos elaborados na fase de investigação na fase judicial, autorizada a leitura e o confronto com as testemunhas em juízo, tem-se a manutenção de um contraditório deformado. O nível de rechaço ao contraditório pode ser visualizado inclusive nas diversas relativizações sustentadas pelos tribunais à plena aplicação do sistema de exame cruzado, que, quando desrespeitado, se tornou uma modalidade de ‘nulidade relativa’”. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro** – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 465).

<sup>400</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 134.

<sup>401</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

<sup>402</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 329-330.

<sup>403</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 444.

não de certeza; (d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediações, pois podem ser restringidas; (e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; (f) não estão destinados a sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não-processo (arquivamento); (g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional; (h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária<sup>404</sup>.

Com essa distinção, a doutrina coloca os *atos de investigação*, como regra geral, somente com valor endoprocedimental para a justificação do início ou não do processo ou para servir de base para alguma medida cautelar pessoal (prisões provisórias, por exemplo) ou real (arresto, sequestro)<sup>405</sup>.

Importante observar que as provas *repetíveis* ou *renováveis* têm valor meramente informativo – ou de *atos de investigação*. Essas provas renováveis, como a prova testemunhal, acareações, reconhecimentos etc., para poderem ser valoradas na decisão devem ser necessariamente produzidas na fase processual, no debate em contraditório na presença do juiz que julgará o caso (imedição) e com plena observância dos critérios de forma que regem a produção da prova penal<sup>406</sup>.

Deste modo, os atos praticados durante o inquérito policial brasileiro, ressalvados aqueles que não podem ser repetidos<sup>407</sup> (mas devem ser produzidos mediante o instituto da produção antecipada de provas e passar pelo filtro da fase intermediária presidida pelo juiz das garantias), *somente originam atos de investigação*, por serem praticados de uma forma tipicamente inquisitiva, baseada, principalmente, na ausência ou limitação do contraditório, o que faz com que (em tese) não possam ser valorados na decisão do julgador<sup>408</sup>.

Aqui, por *repetição* ou *renovação* entendemos uma nova realização ou declaração de algo que já se fez ou se disse, ou seja, que a pessoa que originalmente produziu o ato volte a

<sup>404</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 158-159.

<sup>405</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322.

<sup>406</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161.

<sup>407</sup> “A característica de não-repetição do ato [...] é que autoriza a colocação em pauta do tema do contraditório já na fase prévia à ação penal, raciocinando-se que não poderá haver um pleno direito de defesa se não for possibilitada a intervenção do suspeito já desde esse momento [...]” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 132).

<sup>408</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322. Nesse sentido GIACOMOLLI: “prova é o que foi produzido sob o crivo do contraditório. É na produção da prova que o contraditório, com a participação dos destinatários e seus efeitos, mormente o acusado, ganha relevância. O que estiver despido de contraditório, não é ato probatório, podendo constituir-se em ato de investigação” (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21-22).

realizá-lo. Com isso, não configura repetição ou renovação a *simples leitura* do testemunho anteriormente praticado<sup>409</sup>, sendo isto considerado *reprodução* e não *repetição* e a única reprodução processualmente válida é a que deriva de uma produção antecipada de provas que foi cercada de todas as garantias fundamentais do acusado e jurisdicionais, como o contraditório<sup>410</sup>. Por outro lado, não se pode considerar repetição a *simples ratificação* do depoimento anteriormente prestado na fase de investigação (chamado de “dar por lido”), pois a testemunha não só deve comparecer como também declarar sobre o fato (binômio presença física e oralidade), afinal não se pretende um contraditório ratificador, mas um contraditório efetivo produzido por meio da produção da prova durante o debate e perante o julgador da causa<sup>411</sup>. Assim, a oralidade garante a imediação e faz com que o julgador tenha contato direto com a formação da prova e mantenha a plena *cognitio* para que ao final possa valorá-la e julgar<sup>412</sup>.

Portanto, como assevera GIACOMOLLI:

o juízo condenatório não poderá assentar-se em elementos informativos da investigação, com ressalvas das situações de antecipação, de cautelaridade e de provas não renováveis (possibilidade de serem produzidas em determinado marco temporal). Isso porque a função da investigação é fornecer elementos de convicção ao acusador, ao exercício da ação penal e não de um juízo condenatório, ao magistrado<sup>413</sup>.

---

<sup>409</sup> A leitura dos elementos produzidos na investigação é mais uma herança advinda do *Code d’Instruction Criminelle* que admitia a leitura dos termos, presente ou não a testemunha. Segundo afirma CORDERO se fosse do interesse de quem acusava, ele poderia afastar suas testemunhas do contraditório, mantendo seus depoimentos prestados anteriormente acessível aos jurados de forma direta ou por meio de leitura (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 74).

<sup>410</sup> Deve-se lembrar que em regra, a prova testemunhal pode ser repetida em juízo e somente excepcionalmente, diante do risco de perecimento e do grave prejuízo que significa a perda de alguns dos elementos recolhidos no inquérito, é que o processo penal instrumentaliza uma forma de colher de forma antecipada essa prova. Portanto, o incidente de produção antecipada de provas somente pode ser admitido em casos extremos, em que se foi demonstrado que existe uma grande probabilidade de que será impossível a repetição do ato na fase processual. No caso da prova testemunhal, é importante que seja fielmente reproduzida, utilizando-se dos melhores meios disponíveis para isso, sobretudo os não escritos, tais quais a filmagem e a gravação (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328-329).

<sup>411</sup> Segundo GLOECKNER: “Os depoimentos contidos na fase policial servem como elementos para ditar limitações à oralidade e à imediatidade da prova. Sendo o contraditório um método, tal método é falho quando elementos escritos servem para transformar oralidade e imediatidade em testemunhos ratificatórios, o que consiste na transformação da fase judicial em uma pantomima, em uma teatralização dos elementos previamente recolhidos ou, como afirma CORDERO, em um campeonato de oratória.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423).

<sup>412</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 326.

<sup>413</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 100.



Porém, mesmo que a convicção em relação à “livre apreciação da prova” consolide o contraditório como nova disciplina da prova, o advérbio “exclusivamente” acabou com qualquer esperança de que os julgadores deixem de condenar baseando-se no inquérito policial, com fundamento na sua “livre convicção”<sup>414</sup>. Manteve-se, contudo, a autorização legal para que juízes e tribunais utilizem a versão dissimulada de “condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”, ou, de forma mais verdadeira, “não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito”<sup>415</sup>.

Assim, de um lado, no art. 155 o contraditório é posto como condição de validade probatória<sup>416</sup>, com uma íntima relação com a imediação, isto é, só poderão ser valoradas pelo julgador em sua decisão as provas que são produzidas no debate oral, na sua presença e com a efetiva participação das partes. Porém, por outro lado, pode-se então afirmar que, para além dos argumentos da *livre convicção* e da *verdade real*, juntamente com a integração do inquérito aos autos do processo para conhecimento do julgador que irá decidir o caso, o “operador adverbial referido [“exclusivamente”] é que possibilita o contágio com a *carga alucinatória* dos atos de investigação sempre postos para rapidamente satisfazer e dar suporte à decisão”<sup>417</sup>. Dessa forma, pouco adiantará uma estrutura dialética de um procedimento em contraditório com uma (aparente) imediação se existir essa burla interna de abrir um espaço, mesmo que mínimo, para que os atos de investigação possam compor o convencimento do magistrado.

#### **2.4 O conhecimento dos autos do inquérito pelo julgador e a sua contaminação (in)consciente: o porquê da inexistência de um julgamento imparcial e/ou oral nessas condições**

---

<sup>414</sup> Esse caráter de brecha empurra para o que CUNHA MARTINS chama de uma zona estratégica de mera adequação formal ou “mera cosmética”, de forma a consagrar a deturpação da democraticidade do processo (CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31).

<sup>415</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 165.

<sup>416</sup> GOMES FILHO chega a afirmar que o contraditório é a pedra angular da nova disciplina de prova (GOMES FLHO, Antônio Magalhães. “Provas – Le 11.690, de 09.06.2008”. In ASSIS MOURA, Maria Teresa Rocha de (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: RT, 2008, p. 249.

<sup>417</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 446.

A imparcialidade representa um dos mais importantes princípios que norteiam o processo penal moderno, uma vez que serve como fundamento para o Estado democrático de direito e condição necessária para que o Estado-juíz possa atuar como terceiro dentro do processo. Far-se-á, desse modo, uma breve explanação sobre a garantia da imparcialidade e suas consequências no processo penal.

Grande parte da doutrina entende o princípio da imparcialidade como “princípio supremo do processo”<sup>418</sup>, um “elemento estrutural do processo”<sup>419</sup>, ou ainda como uma “equidistância” (*terzietà*<sup>420</sup>) do juiz para proferir seu julgamento, sendo, assim, considerada como o elemento diferenciador da atividade jurisdicional das demais atividades do Estado<sup>421</sup>, pois não se discute se a jurisdição possa ou não ser imparcial, mas que, sem imparcialidade, não há jurisdição, ou que, a *imparcialidade é a essência da jurisdiccionarietà*<sup>422</sup>.

Importante nesse ponto diferenciar a imparcialidade da *imparcialidad*<sup>423</sup> (ou seja, não ser parte), apesar de que de uma decorre a outra, pois o fato de não ser parte permite atuar com isenção de valores e com intenção de decidir de forma legal a controvérsia. Seria, portanto, a imparcialidade um estágio superior ao de simplesmente *imparcialidad*, de forma a ser a nota diferencial entre heterocomposição e heterotutela, no qual na primeira o terceiro atua com independência em relação às partes enquanto na segunda o terceiro interfere em favor de uma das partes. Nesse quadro, o julgador que é parcial consiste em hipótese de heterotutela, enquanto o julgador imparcial consiste em uma solução do conflito por heterocomposição<sup>424</sup>.

Por outro lado, entende-se, também, a imparcialidade como um dos pilares do princípio do *juiz natural*, no que diz respeito à vedação do juiz ou tribunal de exceção revelando uma preocupação com a qualidade da jurisdição, conforme assevera Gustavo

<sup>418</sup> “La imparcialidad ha sido elevada a principio supremo del proceso” (ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2. Ed. Madrid: Edersa, 1997, p. 127).

<sup>419</sup> “[...] el analogado principal de la imparcialidad es su configuración como elemento estructural del juicio.” (TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: UNAM, 2007, p. 10).

<sup>420</sup> Tal sentido é proposto pela doutrina italiana que compreende a imparcialidade como alheamento do juiz aos interesses do que está em jogo no processo penal

<sup>421</sup> POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**, v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013, p. 116.

<sup>422</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

<sup>423</sup> Quem melhor tratou desse assunto foi Werner Goldschmidt cf. GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidade como principio basico del proceso: la parcialidad y la imparcialidad**. In: Monografias de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950. Posteriormente ARAGONESES ALONSO também apontou o reducionismo de colocar como sinônimos a imparcialidade e a *imparcialidad* cf. ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997.

<sup>424</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2ª ed. Madrid: Edersa 1997, p. 128.

BADARÓ, pois “nesse conjunto de mecanismos para assegurar a imparcialidade se sobressai a garantia do juiz natural, seja pela previsão de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII), seja ao vedar a criação de tribunais de exceção”<sup>425</sup>.

É neste sentido que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) dividiu a imparcialidade em *subjetiva* e *objetiva*: a primeira representada pela convicção pessoal do juiz diante de um caso específico, e, por isso, sempre presumida, até demonstração em sentido contrário; já a segunda, referente à necessidade de existência de garantias hábeis a dissipar qualquer dúvida razoável que possa pairar sobre a posição imparcial do juiz ao longo do processo<sup>426</sup>.

A partir desta diferenciação, o Tribunal Europeu reconheceu que a concentração das funções de investigar e decidir nas mãos do mesmo magistrado fere as expectativas de que o acusado seja submetido a um julgador objetivamente imparcial, violando o artigo 6.1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, no qual está prevista a garantia da imparcialidade do juiz<sup>427</sup>.

Contudo, em que pese haja essa diferenciação entre imparcialidade *subjetiva* e *objetiva* por meio da convicção pessoal do magistrado e da efetivação de garantias que excluam qualquer dúvida a respeito de sua imparcialidade, respectivamente, estamos de acordo com a consignação feita pelo TEDH no julgamento *Kyprianou vs. Cyprus*, advertindo a impossibilidade de uma distinção precisa entre as duas perspectivas, já que o julgador pode mostrar-se parcial aos olhos de terceiros (*objetiva*), justamente por deixar transparecer sua íntima convicção (*subjetiva*)<sup>428</sup>.

A imparcialidade é, portanto, nota essencial e condição de legitimidade do exercício jurisdicional, à medida que dela “decorre uma vinculação da conduta do magistrado” no

<sup>425</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 33.

<sup>426</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

<sup>427</sup> **Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais**. Art. 6.1 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

<sup>428</sup> Disponível em: <

sentido de portar-se como terceiro alheio ao interesse das partes no processo<sup>429</sup>. Conforme LOPES JR.<sup>430</sup>, é assim que, muito além de um mero poder-dever do Estado, a jurisdição deve ser tratada como um direito fundamental de ser julgado por um juiz natural, imparcial e em prazo razoável.

Logo, enquanto construção do Direito que impõe ao magistrado um afastamento estrutural em relação à atividade das partes é necessário que o processo apresente mecanismos com os quais se faça possível garantir a imparcialidade, de modo a evitar, principalmente, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz<sup>431</sup>.

É que, a subjetividade que constitui o próprio conceito de imparcialidade é inexecutável à capacidade humana, e é nisso que reside a problemática a ser enfrentada para a viabilização do controle da garantia da imparcialidade jurisdicional, uma vez que esta apresenta-se como algo substancialmente incontrolável<sup>432</sup>. O que resta é estabelecer, por intermédio da legislação processual, “critérios objetivos identificadores de situações em que há o risco de contaminação subjetiva do juiz, casos em que a mera possibilidade de perda da imparcialidade justifica o afastamento do julgador”<sup>433</sup>.

Esse critério passa consequentemente pela assunção do sistema acusatório, já que é a partir da atribuição da função de julgar por um terceiro estranho às partes e que não tenha interesse na causa. Como assevera LOPES JR. o sistema acusatório assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado<sup>434</sup>.

---

<sup>429</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102-103.

<sup>430</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57-62.

<sup>431</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62-69.

<sup>432</sup> MAYA, André Machado. **A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal**: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 4295.

<sup>433</sup> MAYA, André Machado. **A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal**: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 4294 – 4295. Segundo BADARÓ: “Em suma, para assegurar a imparcialidade do juiz em seu aspecto objetivo, deve ser considerado impedido de atuar no processo o juiz que, na fase da investigação, tenha praticado atos jurisdicionais em que tenha havido um prejulgamento ou um juízo antecipado sobre a existência do crime e a autoria delitiva. Nestes casos, em razão da prática do ato anterior, o acusado poderá legitimamente duvidar da imparcialidade do julgador.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito a um 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 Cr tica – Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 343-360. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juizimparcial- como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html> Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>434</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44.

Isso demanda, por outro lado, um tratamento igualitário a ambas as partes por parte do julgador. Corolário da estrutura dialética de um procedimento em contraditório, tem-se o princípio *audiatur et altera pars* que impõe ao magistrado o dever de ouvir ambas as partes envolvidas na discussão da causa de forma paritária, ao passo que o tratamento diferencial à alguma parte caracteriza uma parcialidade e se torna incompatível com uma estrutura por heterocomposição<sup>435</sup>.

Portanto, o que interessa,

é o conhecimento de tal separação, bem como a compreensão da finalidade do princípio em apreço, que visa, em sua totalidade, evitar a arbitrariedade (impedindo que os julgamentos sejam pautados em juízos pessoais, descomprometidos com a devida análise dos autos) e a manipulação (in)consciente do julgador, para que seja capaz de proferir um julgamento idôneo, despido de preconceitos involuntariamente e indevidamente adquiridos<sup>436</sup>.

Nessa tentativa de tornar a cognição do julgador a mais originária e fiel possível ao que as partes apresentam na audiência de forma dialética e de debates orais (imediação), a psicologia tem um papel importante na ajuda de construções de mecanismos que impeçam que haja um julgamento parcial, seja consciente ou inconscientemente<sup>437</sup>.

Nesse ponto o inconsciente é um fator que deve ser levado em conta, pois ele “comanda a vida da espécie humana muito mais do que, a uma primeira vista, possa imaginar”<sup>438</sup>. Trata-se de colocar e reconhecer a influência do inconsciente do julgador no momento do ato decisório. O julgador é um *ser no mundo*<sup>439</sup> e como uma pessoa comum, influenciado pela emoção, pela paixão e tantos outros fatores que possam ser influenciados pelo inconsciente.

Por outro lado, a subjetividade e a manipulação (in)consciente do julgador que participa da fase de investigação ou que tem acesso aos autos do inquérito é explicada pela

<sup>435</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74.

<sup>436</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Porto Alegre: PUCRS, 2016, 197 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 63.

<sup>437</sup> COUTINHO há tempos já afirmava que seria o momento “da psicanálise penetrar definitivamente no processo penal, para cumprir uma missão de fundamental importância, muito além daquela irrisória (em que pese importante) análise da imputabilidade.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 139-140).

<sup>438</sup> ZIMERMAN, David. Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo humano. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millenium, 2002, p. 93.

<sup>439</sup> Expressão utilizada por HEIDEGGER em HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 15 ed. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes. 2005.

psicologia social, mais especificamente pela teoria da Dissonância Cognitiva. Essa teoria foi desenvolvida por Leon FESTINGER e ficou conhecida no campo da psicologia social no ano de 1957. Trata-se, portanto, de uma teoria que estuda a cognição e o comportamento humano.

Baseia-se, então, na premissa que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência entre seus conhecimentos (opiniões, atitudes e crenças). O cerne da teoria, portanto, é formado por duas hipóteses: a) existindo dissonância cognitiva haverá também uma pressão involuntária e automática para reduzi-la e realizar a consonância; e b) quando há essa dissonância, além da busca pela sua redução, há também um processo de evitação ativa de contato com situações que possam aumentá-la<sup>440</sup>.

De acordo com FESTINGER<sup>441</sup>, essa dissonância (ou incoerência) “pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução de dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada para a redução da fome”. Aponta-se a origem da dissonância cognitiva em uma *escolha* ou *decisão*, isto é, quando alguém tem em mãos mais de uma opção e a escolha que ela faz, necessariamente, elimina as outras, as vantagens serão somadas às desvantagens das opções e passarão a exercer pressão psicológica para que ocorra uma redução da incoerência entre o pensamento e a ação (redução na dissonância cognitiva).

Dessa forma, esse fenômeno não está associado consequentemente a uma voluntariedade racional nas ocorrências, mas, pelo contrário, “é no plano do involuntário que as incoerências acabam imperando, haja vista não se poder controlar, no mundo real, todas as informações que chegam aos ouvidos das pessoas (muitas vezes contrariando o que acreditam)”<sup>442</sup>.

#### Segundo GLOECKNER:

Basicamente, a teoria da dissonância cognitiva trata com relações entre objetos e preferências, a partir do quadro de experiência acumulado pelo

<sup>440</sup> Nas palavras FESTINGER: “1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância” (FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975, p. 12).

<sup>441</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. p. 13-41. “Como el individuo se esfuerza por mantener armonía o consonancia entre los elementos cognoscitivos, la disonancia da lugar a una presión para disminuirla y el grado de presión estará de acuerdo con el grado de disonancia que haya. Festinger señala que la disonancia opera como un impulso, una necesidad o una tensión. Cuando aparece, provoca una acción para reducirla, así como la aparición del hambre lleva a una acción para disminuirla” (LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978, p. 154).

<sup>442</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Porto Alegre: PUCRS, 2016, 197 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 89.

intérprete. Um evento que confirma as pressuposições e que faz parte, assim, do conjunto de expectativas do intérprete, produz um sentimento de consonância<sup>443</sup>

Nesse sentido, com apoio na teoria da dissonância cognitiva, SCHÜNEMANN<sup>444</sup> aponta que no processo penal o juiz por ter conhecimento dos autos da investigação preliminar e por decidir anteriormente sobre o recebimento da denúncia aprecia, por um lado, com o que chama de *efeito inércia ou perseverança*<sup>445</sup>, as informações que confirmam uma hipótese que foi anteriormente considerada correta sistematicamente superestimando-as, enquanto que as informações que são contrárias aquelas hipóteses são menosprezadas. Por outro lado, o julgador irá procurar, predominantemente, informações que confirmem sua hipótese de um momento anteriormente aceite<sup>446</sup>.

Trata-se do princípio da “busca seletiva de informações”, que abarca o indivíduo em que a dissonância cognitiva atua, de procurar predominantemente as informações que confirmem as suas hipóteses anteriores, ou de informações dissonantes, mas que sejam facilmente refutáveis, ao passo que acabem tendo um efeito igualmente confirmador<sup>447</sup>. O fato de no processo penal o mesmo julgador decidir sobre o recebimento da denúncia e, após, ao final do processo, decidir sobre a absolvição ou a condenação, faz com que a dissonância cognitiva ocorra, pois no curso do processo ele, mesmo que inconscientemente, fará esforços para reduzir a dissonância existente.

O conhecimento do que foi produzido no inquérito, então, faz surgir no juiz uma imagem do fato, que o fará se apegar a ela de modo que ele tentará a sua confirmação no

---

<sup>443</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: RT, nov./dez., 2015, p. 276.

<sup>444</sup> SCHÜNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

<sup>445</sup> Segundo o autor: “No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: por um lado segundo o chamado efeito inércia ou perseverança (mecanismo de auto-confirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas.” (SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208).

<sup>446</sup> A doutrina crítica há muito tempo o fato do julgador ter acesso aos autos do que foi produzido na fase de investigação. Esse estudo de SCHÜNEMANN com apoio na teoria da Dissonância Cognitiva corrobora e acrescenta um cunho psicológico nessa crítica.

<sup>447</sup> SCHÜNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

momento da formação da prova (audiência), isto é, o juiz “tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes”<sup>448</sup>.

Assim, por ter contato com os atos produzidos na investigação, os juízes recebem uma *carga alucinatória* provocada pelas *evidências* produzidas unilateralmente para a acusação e se tornam apenas um “terceiro manipulado” no processo penal, chancelando, mesmo que inconscientemente, as conclusões já adiantadas pelo promotor, no chamado *efeito aliança*<sup>449</sup>.

Dessa forma, como o processo é uma disputa entre a acusação e a defesa, a instauração da dissonância cognitiva é o modo pelo qual se constituirá o mecanismo da decisão, e como o primeiro ato cognitivo do julgador é sempre com a acusação, quer analisando pedidos cautelares, quer o recebimento da ação penal, a primeira impressão será formada, ainda que inconscientemente, sobre a responsabilidade penal do imputado<sup>450</sup>.

Assim sendo, para chancelar sua teoria SCHÜNEMANN<sup>451</sup> aplicou uma pesquisa empírica com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha, que foram divididos entre aqueles que teriam acesso os autos de investigação e aqueles que apenas participariam da audiência de instrução e julgamento; bem como aqueles que poderiam inquirir testemunhas e aqueles que não poderiam inquirir testemunhas.

Retiraram-se as seguintes hipóteses desta pesquisa: H1 – se os juízes penais, antes da audiência, tiverem conhecimento dos autos, eles condenarão com maior frequência que juízes sem esse conhecimento. Esse efeito é reforçado pela possibilidade de inquirir os sujeitos da prova; H2 – existindo conhecimento dos autos, serão cometidos na audiência mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos do que no caso em que inexistisse esse conhecimento; H3 – a menor quantidade de erros no caso de inexistência de conhecimento dos autos será ainda menor se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova; H4 – existindo conhecimento dos autos, serão formuladas na audiência mais perguntas aos sujeitos da prova do que no caso em que inexistisse esse conhecimento.

A pesquisa dividiu dos 58 no total em 28 dos participante com possibilidade de verem os autos de investigação e participarem da audiência de instrução e julgamento,

---

<sup>448</sup> SCHÜNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208.

<sup>449</sup> SCHÜNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 219.

<sup>450</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 203.

<sup>451</sup> SCHÜNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208-212.



enquanto 30 tinham a possibilidade de apenas participar da audiência, sem ter conhecimento dos autos da investigação. Por outro lado, 31 dos participantes (14 dos quais tinham conhecimento dos autos da investigação e 17 não), tinham a possibilidade de inquirir as testemunhas, enquanto os outros 27 (dos quais 14 tinham conhecimento dos autos de investigação e 13 não) não tinham a possibilidade de inquirir as testemunhas.

O resultado dessa pesquisa foi que todos os 17 juízes que conheciam os autos também condenaram, enquanto os juízes que não estavam dotados desse conhecimento comportaram-se de modo ambivalente, condenando 8 e absolvendo 10 vezes. Pode-se, com isso, confirmar a primeira hipótese: o conhecimento dos autos de investigação preliminar tendencialmente incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição.

O teste da segunda hipótese deixa claro como ocorre, mais precisamente, este *efeito inércia* (a perseverança da decisão). A maior parte das perguntas foi formulada por aqueles que condenaram e tinham conhecimento da investigação preliminar, a menor parte pelos que absolveram sem esse conhecimento.

Em outra pesquisa feita aqui no Brasil por GLOECKNER, demonstrou-se que uma decisão anterior pelo mesmo julgador que julgará a causa durante a persecução penal poderá ser decisiva para uma condenação posterior.

Com isso, a regra da prevenção estipulada no Código de Processo Penal vigente no Brasil tem um fator preponderante. Trata-se de uma regra de delimitação de competência, que terá incidência sempre 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”, ou a um deles tiver sido distribuído o processo (art. 83 CPP<sup>452</sup>).

Consideram-se práticas preventas que vinculam o magistrado à causa: a decretação de *medidas cautelares*, a fim de viabilizar a apuração do fato criminoso pela autoridade policial ou garantir posterior indenização da vítima; e o conhecimento e julgamento de ações de *habeas corpus*, recurso em sentido estrito contra a rejeição da denúncia, concessão de liberdade provisória, relaxamento da prisão, indeferimento de revogação da prisão preventiva ou concessão ou denegação de *habeas corpus*, e recurso de apelação contra absolvição sumária, por parte dos tribunais.

---

<sup>452</sup> Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez 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* (grifo nosso).

A hipótese levantada por GLOECKNER é de que “a existência de uma prisão cautelar pode ser o critério definitivo para uma condenação”<sup>453</sup>, já que há uma tendência involuntária nos indivíduos de manutenção/confirmação das decisões tomadas, a fim de se evitar a incidência da dissonância cognitiva.

Para testá-la, foram analisados 90 (noventa) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgados entre as datas de 03/10/2012 a 31/12/2013. Com o resultado, verificou-se que dos 90 casos analisados, respeitados os critérios expostos, *todos* em que houve decreto de prisão preventiva houve também a confirmação de uma decisão condenatória ao final, ou a reforma da decisão de primeiro grau, para se condenar o acusado<sup>454</sup>.

Além disso, “em todos os casos, em alguma instância ocorreu a menção à prisão processual nos fundamentos da decisão”<sup>455</sup>. Equivale dizer, traduzindo-se em percentual, que em 100% dos casos analisados o decreto prisional precedeu uma sentença condenatória, que se fundamentou, ainda que parcialmente, em elementos próprios da prisão<sup>456</sup>. Assim, a prevenção deve excluir a competência por claro comprometimento à imparcialidade e não como está estruturado no processo penal brasileiro, em que a prevenção é critério definidor de competência<sup>457</sup>.

Em conclusão, GLOECKNER<sup>458</sup> afirma que em qualquer processo judicial “já não existem alternativas simples, mas decisões sequenciais”. Isto é, “as decisões do julgador não apenas levam em conta o quadro decisório presente, mas também levam em consideração aquelas decisões passadas, provocando um quadro decisório complexo”, dessa forma, as

---

<sup>453</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: RT, nov./dez., 2015.

<sup>454</sup> “Em números brutos, das 90 sentenças e dos 90 acórdãos analisados, chegou-se à conclusão de que de forma direta ou indireta a prisão processual (como regra geral a prisão em flagrante) foi utilizada como elemento formador de convicção judicial em todos os casos” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: RT, nov./dez., 2015, p. 273).

<sup>455</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: RT, nov./dez., 2015, p. 281.

<sup>456</sup> No mesmo sentido MAYA afirma que: “seja pelo efetivo contato com o material probatório, seja pelas decisões proferidas, todas elas exigindo uma incursão do magistrado em direção à análise da culpabilidade do suspeito, todas as hipóteses aventadas aproximam-se das causas que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considera como justificadoras, desde um ponto de vista objetivo, do temor acerca da imparcialidade do julgador.” (MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 175).

<sup>457</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 406.

<sup>458</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: RT, nov./dez., 2015, p. 276-277.

decisões supervenientes terão como condicionante insuprimível a primeira importante decisão. A procura pela redução da dissonância acarreta a tomada de decisão coerente com aquela primeira decisão, instalando um processo de manutenção da consonância das decisões seguintes a partir da primeira

Isso confirma, portanto, que consciente ou inconscientemente o julgador que tem acesso aos autos de investigação e/ou decide anteriormente sobre algum incidente processual, estará contaminado para julgar de forma imparcial<sup>459</sup> o caso, pois ao serem apresentados na audiência provas contrárias ao que ele verificou ou decidiu, a tendência será tentar manter uma coerência em seu quadro cognitivo<sup>460</sup>.

Nesse ponto, MAYA:

Não há como, de fato, verificar a *existência de provas* do crime, de *indícios veementes* da procedência ilícita de bens, de *fundadas razões* que indiquem a necessidade de interceptação telefônica, ou mesmo a sua *imprescindibilidade*, ou, ainda, se convencer da *certeza* da infração, sem se contaminar subjetivamente com os argumentos formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público e com os próprios elementos indiciários que dão suporte às medidas cautelares postuladas. A exigência de que o juiz analise detidamente tais elementos para verificar a legitimidade da medida proposta, e, principalmente, de que fundamente sua decisão indicando os motivos do seu convencimento, é por si só incompatível com a ideia de distanciamento e, portanto, com a manutenção da imparcialidade<sup>461</sup>.

No entanto, é importante frisar que não é apenas na fase preliminar que se identificam os problemas de contaminação decorrentes do contato do julgador com elementos probatórios e de prolação das decisões. A atividade jurisdicional desenvolvida pelos tribunais também, especialmente em razão dos julgamentos de *habeas corpus* contra atos ilegais praticados

---

<sup>459</sup> No mesmo sentido BADARÓ: “O juiz que tenha atuado na fase de investigação, decretando medidas cautelares que exigem um prejulgamento quanto o mérito da causa, mesmo que com base em um juízo de probabilidade, estará impedido de atuar no processo, em especial, de julgar a causa, por ter comprometida a sua imparcialidade objetiva.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito a um 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. 343-360. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juizimparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html> Acesso em: 18 abr. 2018).

<sup>460</sup> Essa é a mesma conclusão de SCHREIBER, para quem: “O juiz competente para processar e julgar a ação penal, não tendo sido instado a tomar decisões pertinentes à fase investigatória, estará muito mais qualificado para realizar o julgamento justo e imparcial. A participação no inquérito contamina o juiz, tornando muito mais árdua a tarefa da defesa de se fazer ouvir no processo.” (SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, p. 02-03, 2010).

<sup>461</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.196.

durante a investigação ou no curso da instrução criminal também calham do mesmo problema da contaminação subjetiva<sup>462</sup>.

Demonstra-se assim a necessidade de uma *originalidade cognitiva* do julgador na audiência de instrução e julgamento para que haja um verdadeiro julgamento oral e contraditório com debates entre as partes em paridade de armas. Dessa forma, corroboramos com o argumento de que os autos do inquérito não devem seguir junto aos autos do processo, para que o julgador que preside os debates e ao final sentencia não tenha contato e, assim, se contamine, bem como que esse julgador seja diverso daquele que atua na fase de investigação e que decide sobre o recebimento da denúncia<sup>463</sup>.

Para isso, o instituto do *juiz das garantias*<sup>464</sup> seria imprescindível, já que colocaria um órgão jurisdicional com atribuição e competência exclusiva para o exercício de garantidor dos direitos fundamentais na fase de investigação preliminar e a sua consequente exclusão da competência após o recebimento da denúncia<sup>465</sup>. Desse modo, evita-se que o juiz competente para presidir a audiência e proferir a decisão seja influenciado pelo conhecimento dos elementos informativos do inquérito antes mesmo do debate em contraditório, momento em que as provas devem ser produzidas<sup>466</sup>.

---

<sup>462</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 175.

<sup>463</sup> Como assevera Aury LOPES JR. (LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 122), é elogiável a técnica adotada no sistema italiano de eliminar dos autos que formarão o processo penal todas as peças da investigação preliminar, com exceção do corpo de delito e das provas antecipadas, com o objetivo de evitar a contaminação do juiz pelos elementos produzidos nesta fase pré-processual. No sistema italiano existem dois dossiês que são utilizados na fase de debates (*il dibattimento*): um para o promotor, que contém o que foi produzido na fase investigativa, e outro para o juiz, que só contém os incidentes probatórios e os atos não repetíveis que foram produzidos na investigação (FASSLER, Lawrence J. **The Italian Penal Procedure Code: an adversarial system of criminal procedure in continental europeu**. J.D. Candidate, Columbia, 1991, p. 267-268).

<sup>464</sup> Apesar de existir a nomenclatura “juiz de garantias” preferimos o termo “juiz das garantias” pelo fato da preposição “das” se referir as garantias existente após o processo legislativo e não a quaisquer garantias em qualquer circunstância cf. LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 22, n. 111, p. 227-260, nov./dez. 2014. p. 251-252 e RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Porto Alegre: PUCRS, 2016, 197 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 150-151.

<sup>465</sup> Como exemplos em outros ordenamentos jurídicos, o *giudice per le indagini preliminari* na Itália (art. 34, 2-bis, do CPP italiano), o juiz da instrução em Portugal (art. 17 do CPP português) e o *juex de garantía* no Chile (art. 70 do CPP chileno).

<sup>466</sup> MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 198-199. No mesmo sentido ZANOIDE DE MORAES: “Quem é capaz de negar que um magistrado atuante na fase de investigação já forme sua convicção desde esse primeiro instante, sendo, não raras vezes, irrelevante a fase judicial? Com a separação na atuação judicial, conforme projetado, garante-se de forma muito mais efetiva o devido processo legal, o contraditório, o direito à prova e a presunção de inocência. Tudo porque se criou um novo sistema que assegura uma maior imparcialidade judicial e, com isso, uma maior isenção psicológica do magistrado no momento de julgar a causa. Por isso se dizer que o juiz das garantias dá maior efetivação ao princípio acusatório determinado constitucionalmente. Porque o juiz

Deve-se destacar que não se trata de mera opção metodológica ou de organização judiciária, mas contorna uma opção política de processo penal, ou seja, um processo penal que pauta suas políticas de forma democrática ou autoritária. Enquanto preferirmos um modelo em que o juiz tem acesso aos autos e/ou decida sobre os atos incidentes se contaminando e fulminando sua imparcialidade e o contraditório<sup>467</sup>, o processo penal partirá da premissa que o suspeito, indiciado, acusado, presume-se culpado até que ele prove a sua inocência<sup>468</sup>.

Ficaria, dessa forma, a cargo do juiz das garantias a decisão da necessidade ou não do processo. Aqui se instalam as fases intermediárias entre a investigação preliminar e a fase de debates. Nessas fases, dirigida pelo juiz das garantias, deve restar delimitada a acusação, com a adoção de medidas despenalizadoras, e assegurado à defesa se manifestar sobre os atos de investigação, bem como o juízo acerca do recebimento ou não da denúncia<sup>469</sup>.

Por outro lado, por ter presidido a instrução e ter se aproximado das provas produzidas no calor do debate em contraditório, o *juiz do processo*, e não outro, reúne melhores condições de decidir o caso, considerando a familiaridade e a imediação mantida com o acervo probatório, bem como a originalidade cognitiva no momento da produção destas, o que o faz jogar a favor de sua imparcialidade, por não ter deixado sua impressão digital na fase anterior<sup>470</sup>.

## 2.5 Discussão em torno do valor probatório dos atos de investigação no Brasil: o problema em torno da imediação e das “falsas oralidades”

---

que atua na fase de investigação, embora com funções distintas, psicologicamente muito se aproxima da figura do Ministério Público, órgão cuja função é, examinando o material investigativo, analisar se tem fundamento idôneo ou não para acusar. Necessário pararmos com uma clara violação da presunção de inocência, que, por determinação constitucional, deveria orientar o juiz no curso de toda a causa. Ao se impor, nessa nossa atual legislação, que ele atue tanto em fase investigativa quanto judicial, exige-se do magistrado um comportamento inumano.” (MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010).

<sup>467</sup> WINTER afirma que ter tido contato com os elementos de investigação impede que esses atos sejam valorados de forma imparcial e dessa forma faz com que a presença de quem teve contato com os atos no debate em contraditório seja influenciada por uma ideia preconcebida a favor ou contra uma das partes, quebrando assim com a sua imparcialidade (WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus inquisitorio*. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 24).

<sup>468</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 64.

<sup>469</sup> Em sentido similar, LOPES JR. e GLOECKNER entendem que também será o juiz das garantias “quem na fase intermediária e necessariamente contraditória, fará o juízo de pré-admissibilidade da acusação. Uma vez admitida, dará início ao processo. Nesse caso, após ser recebida, a acusação será distribuída ao juiz criminal competente para presidir o processo e ao final julgar (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 407).

<sup>470</sup> SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 46 n. 183 jul./set. 2009, p. 89.

### 2.5.1 A oralidade como facilitadora da imediação no momento da formação probatória

Com o até aqui exposto, percebe-se que existem alguns obstáculos para que haja uma formação probatória efetivamente oral, contraditória e com as partes participando da construção da decisão em iguais condições, pois para que isso ocorra é necessário que o julgador não possa valorar sua decisão em elementos que não tenham sido produzidos no debate entre as partes na audiência de instrução e julgamento. Para isso, deve-se proteger o juiz que irá julgar a causa de algumas armadilhas que possam fazer com que sua decisão não seja baseada em elementos estranhos ao debate.

Nesse ponto tem-se que o conceito de imediação na formação probatória é de suma importância para que não existam burlas no momento de valoração dos elementos de convicção do julgador. Portanto, para que haja imediação é necessário que as provas sejam produzidas na presença de todos aqueles que participam dos debates, Ministério Público, imputado e seu defensor, bem como das pessoas responsáveis por decidir o caso (juiz).

Trata-se, com isso, de “garantir a mais íntima relação possível entre o julgador, partes (por meio das alegações e posições sustentadas) e a totalidade dos meios probatórios, colhendo o primeiro, pessoal e diretamente, as impressões que, ao produzir sua convicção, o levam à sentença”, isto é, torna-se importante que os “elementos de convicção cheguem diretamente ao espírito do sujeito que há de valorá-los, sem que se interponham outras pessoas (*intermediários* ou *mediadores*), porque estas podem falsificar ou desfigurar – consciente ou inconscientemente – o dado a ser transmitido”<sup>471</sup>.

Vale ressaltar que esse contato direto do juiz ou tribunal com a prova não deixa de ser uma figura de linguagem, pois não existe conhecimento imediato do julgador no processo penal, já que o crime é um fato histórico/passado. Desse modo, o princípio da imediação é um expediente metafísico e ideológico destinado a lograr uma psicológica convicção judicial formada pela presença corpórea – imediata – das partes, levando a cabo um debate em contraditório a partir da qual o tribunal procederá a valoração das provas orais<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 41-42.

<sup>472</sup> RUIZ, Francisco López. El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. In: CADENAS, Manuel C.; ARIAS, Just. F.; JUNOY, Joan P. **Justicia: Revista de derecho procesal**, Núm. 1. Ciudad de México: Bosch Editor, 2016, p. 237.

O Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América<sup>473</sup>, ao atribuir o conceito de imediação, traz na Seção 1, do Capítulo 2, do Título, do Livro Segundo, disciplina em seu art. 291 que o debate se realizará na presença ininterrupta das pessoas chamadas a ditar a sentença, do Ministério Público, do imputado, seu defensor e dos demais intervenientes ou seus mandatários.

Assim, só se considera prova, com algumas exceções, aquilo que é produzido no debate em contraditório entre as partes e na presença do julgador. Destarte, tem-se que a oralidade é companheira necessária da imediação<sup>474</sup>, pois permite “a observação direta, sem intermediários, baseando-se em algo inerente a personalidade humana, no falar diretamente”<sup>475</sup>. Não obstante, a imediação deve incidir na produção da prova que deve ser valorada pelo julgador na hora de decidir, a rigor impedindo o julgador ir atrás ou receber informações obtidas por outros que não as partes e/ou em outro momento senão na instrução probatória<sup>476</sup>.

Sustenta-se, portanto, que o julgador que emite a decisão deverá ser necessariamente o mesmo diante do qual foram formadas as provas, pois a imediação reduz a possível interferência dos fatos produzidos fora da instrução. Assim, somente a prova legitimamente produzida durante o contraditório entre as partes torna-se utilizável para a prolação da decisão e pode sustentar decisão condenatória<sup>477</sup>.

Com isso, o binômio oralidade-imediação se adequa perfeitamente com o contraditório e com a publicidade da audiência<sup>478</sup>, uma vez que garante às partes e ao juiz uma participação

---

<sup>473</sup> Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamerica. Art. 291. Inmediación. El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de las personas llamadas a dictar la sentencia, del ministerio público, del imputado, su defensor y los demás intervinientes o sus mandatarios.

<sup>474</sup> FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. In: **Revista de Instituciones Europeas**. Vol. 7, nº 2, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 564. Segundo DEMERCIAN “A imediação é a característica que representa com maior fidelidade o processo oral” (DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 56.

<sup>475</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 52.

<sup>476</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica). **Jueces para la democracia**, n. 46, p. 57-66, 2003, p. 58. Deve-se ressaltar que, juntamente com o contraditório, “a imediação é uma técnica de formação das provas, não um método para convencimento do juiz, gozando, portanto, de um valor instrumental” (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 46).

<sup>477</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 62. Como assevera WINTER: “un juicio oral que sea plenamente contradictorio en cuanto a su configuración externa, si queda reducido a la discusión sobre las pruebas obtenidas en la fase de instrucción de manera no contradictoria, no sólo rompe con el principio de igualdad, sino que además se rompe el principio de inmediación.” (WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitorio. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 36).

<sup>478</sup> “Lo esencial del juicio oral es que en él cobran sentido los principios de inmediación, concentración, contradicción, oralidad, etc, que gobiernan el debate contradictorio entre las partes (acusación y defensa), en

efetiva e uma comunicação direta e oral dos elementos do julgamento, tornando-se uma verdadeira *condição de validade das provas*<sup>479</sup>, sob pena de proibição de sua utilização quando ausente uma das partes ou o juiz ao longo do debate, ou ainda, proibição da utilização de elementos que não foram debatidos nesta audiência<sup>480</sup>.

Importante salientar também que historicamente a imediação entra em cena como uma implicação necessária do processo oral e público, intensamente reivindicado pelos juristas e filósofos do iluminismo, como uma alternativa ao processo inquisitivo, escrito e secreto, visto que com estas características fica mais fácil que a decisão seja baseada nos atos em que o juiz não estava presente<sup>481</sup>.

Já em outra perspectiva, a imediação para GOLDSCHMIDT<sup>482</sup> se divide em subjetiva e objetiva, no qual os julgadores deveriam socorrer de meios de provas imediatos. No primeiro sentido, trata-se de garantir que o juiz se relacione ou entre em contato da maneira mais direta e estreita possível com as fontes de prova, recebendo-as por ele mesmo, no qual é imprescindível sua presença contínua na formação dos meios probatórios. No segundo sentido, a imediação garante que o juiz adquira sua convicção por meio daqueles meios de prova que se encontrem na mais direta relação com o fato que se pretende provar.

Contudo, como antes assinalado, a mentalidade inquisitiva continua até os dias atuais se vestindo de diversas roupagens e mitos processuais penais<sup>483</sup>, de modo que se perpetuam as

presencia del tribunal juzgador.” (RUIZ, Francisco López. El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. In: CADENAS, Manuel C.; ARIAS, Just. F.; JUNOY, Joan P. **Justicia: Revista de derecho procesal**, Núm. 1. Ciudad de México: Bosch Editor, 2016, p. 229).

<sup>479</sup> “[...] la intermediación, rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de esta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho” (IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica). **Jueces para la democracia**, n. 46, p. 57-66, 2003, p. 58).

<sup>480</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 84-86.

<sup>481</sup> IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica). **Jueces para la democracia**, n. 46, p. 57-66, 2003, p. 57. No mesmo sentido MAIER que afirma que “el Derecho procesal continental introdujo nuevamente la *inmediación*, y con ella el juicio público y oral, como reacción contra la Inquisición y contra el Estado absoluto y como principio básico de aquello que iba a desembocar en el Estado de Derecho en los procedimientos judiciales” (MAIER, Julio B. J. ¿Es la intermediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs Composición. En: Un apunte de conclusiones Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). **Jueces para la democracia**, No. 46, p. 65-85, marzo 2003, p. 15).

<sup>482</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 95- ss.

<sup>483</sup> Na perspectiva de CASARA “por mitologia processual penal, tem-se o conjunto de mitos penais que versam sobre a persecução penal (tanto a investigação preliminar como a *persecutio criminis in judicio*); isto é, sobre a atividade estatal de investigar e punir aqueles a quem foi atribuída a prática de um delito. Trata-se de mitos que, como todos os outros, são dogmáticos, coletivos, ahistóricos e funcionalmente úteis ao sistema para o qual nascem e produzem seus efeitos.” (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87).



práticas inquisitórias. Não por outro motivo, apareceram as chamadas “falsas oralidades”<sup>484</sup> que, segundo BINDER<sup>485</sup>, seria quando a oralidade não está a serviço da imediação: por exemplo, quando se realizam audiências públicas mas nelas não se produzem provas, de modo que o juiz que tem que tomar a decisão não tenha observado a prova diretamente ou já tenha sua opinião formada (pré-julgada, no caso anteriormente posto de ter participado de decisões em fases anteriores ou de ter tido contato com o material escrito da investigação), ou ainda vá a ler o que foi produzido na fase de investigação para tomar uma decisão independente do que se tenha feito em juízo.

Para MASSA<sup>486</sup>, portanto, essa prática da falsa oralidade é considerada uma “farsa através da ‘confirmação’ de uma declaração já produzida, que em muitas vezes é a confirmação de uma confirmação feita em fase de instrução das declarações realizadas na delegacia”<sup>487</sup>.

É preciso reconhecer, desse modo, que nosso sistema processual penal funciona através de uma conversão automática em prova dos elementos reunidos pela investigação. Com isso, na prática, as decisões são proferidas quase que exclusivamente com base nesses elementos de investigação escritos, e isso significa para BINDER proferir *sentenças inconstitucionais*<sup>488</sup>.

<sup>484</sup> Para mais informações sobre as falsas oralidades cf. SAMPAIO, André R.; MELO, Marcos Eugênio V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 879-905, set./dez. 2017.

<sup>485</sup> BINDER, Alberto M. **La justicia penal en la transición a la democracia en américa latina**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 99.

<sup>486</sup> MASSA, Michele. **Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado**. Milano: Giuffrè, 1976, p. 278, tradução livre.

<sup>487</sup> Compartilhando deste pensamento, Alberto Binder escreve que: “El juez debe ser quien tenga comunicación directa com las partes y quien observe directamente la prueba. [...] esos juicios deben ser públicos, pero verdaderamente públicos, de modo que la sociedad pueda observar como sus jueces administran justicia. [...] esos juicios deben permitir la defensa y ello sólo se logan mediante la concentración de la prueba – que permite discutir el valor de los elementos probatórios – y de una estructura verdaderamente contradictoria que permita discutir, ante el juez, la mejor solución del caso”. Continua o autor argentino afirmando que somente as provas verdadeiramente orais devem satisfazer essas exigências, não podendo contar as falsas oralidades, que seria quando a oralidade não estivesse a serviço da imediação. Assim, resumindo o que ele chama de sistema baseado na ideia de centralidade do juízo: “[...] Se debe asegurar una verdadera preservación del principio del inmediación, limitando la incorporación de la prueba por lectura, estructurando correctamente los recursos de modo que el juicio no se vuelva a escriturizar por via indirecta: se debe establecer un sistema de deliberación inmediato para que el juez deba construir su convicción ‘únicamente desde el debate’ y no se funde en el expediente previo. [...] Se debe asegurar una etapa preparatoria del juicio que no ‘contamine al juez’ y que acabe con la tradicional fuerza del ‘sumario’. Se debe tener en cuenta que la etapa de instrucción es el principal reservorio de la cultura inquisitiva” (BINDER, Alberto M. *La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina*, In: \_\_\_\_\_. **Política Criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997. Cap. XII, p. 214-215)

<sup>488</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 182. Segundo CABEZUDO RODRÍGUEZ a imediação seria a única técnica demonstrativa admissível sob uma perspectiva constitucional (CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 90).

Essa é, como visto, uma consequência do “sistema misto”, que impede que o juízo se converta na etapa central do procedimento e torne-se uma etapa vazia de conteúdo e importância, uma vez que o que foi produzido na fase inquisitiva contamina todo o procedimento, transformando a investigação na principal etapa na formação das “provas”, reduzindo ou eliminando a centralidade que deve revestir o juízo<sup>489</sup>.

Assim, um processo só poderá ser considerado verdadeiramente oral e com a observância da imediação se a fundamentação da sentença for realizada exclusivamente mediante os fatos que foram produzidos oralmente em juízo<sup>490</sup>. Claro que esse princípio não deve ser absoluto, pois no juízo oral poderá ser introduzido certos elementos de provas já produzidos anteriormente à fase judicial, exibindo-os ou através de leituras<sup>491</sup>.

Desse modo, sob determinado aspecto, o binômio oralidade-imediação aparece como uma modalidade de interação comunicacional, isto é, com a possibilidade de uma ativa interação entre as fontes e os meios de prova. Com isso, o sobredito binômio se torna um forte aliado da participação das partes em contraditório mediante a paridade de armas.

#### 2.5.2 Afinal, atos de investigação podem ser valorados na sentença? A diferença entre atos pré-constituídos e atos constituídos e a importância da cadeia de custódia das provas

Existem alguns atos que devido a sua natureza ou por alguma medida excepcional deverão ser produzidos ainda durante a fase de investigação e que não poderão ser repetidos em juízo e, por isso, não estarão de acordo com a ideia de imediação, pois não serão formados na audiência em contraditório entre as partes, mas em um momento anterior a esta.

Por esses motivos, a imediação não poderá surgir como condição de validade probatória para esses casos, pois limitaria a formação probatória somente as provas que não perecerem no tempo até a chegada da audiência. Contudo, esses atos que não se adequem à imediação deverão ter passado por filtros anteriores a fase de debates para que possam chegar

<sup>489</sup> BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 6.

<sup>490</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal**, t. II, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 90.

<sup>491</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 645. Adverte IBAÑEZ que boa parte da doutrina e jurisprudência, admite erroneamente que, em relação a incorporação de materiais advindos da fase de investigação no juízo oral, o fato de ter sido elaborado unilateralmente por terceiros e em outro âmbito, não impede uma apreciação imediata e genuína do julgador (IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica). **Jueces para la democracia**, n. 46, p. 57-66, 2003, p. 59).

sem nenhum vício e com as partes os conhecendo e já tendo se manifestado previamente sobre eles.

Nesse aspecto, toma-se como parâmetro a análise do valor da “prova” produzida na fase preliminar, não podendo dar um valor unitário a todos os atos produzidos na fase de investigação, sendo suficiente distinguir as provas *pré-constituídas* e as provas *constituendas*. As primeiras seriam as fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, como documentos ou outro tipo de prova perecível no tempo e, portanto, *não repetível*, enquanto as segundas têm sua produção no curso do processo decorrentes normalmente de *fontes pessoais* como, em regra, as testemunhas<sup>492</sup>.

Logo, entende-se que esses atos produzidos na fase de investigação preliminar, mas com *status* de prova pré-constituída, são exceções ao binômio oralidade-imediação<sup>493</sup>. Porém, devem ser colocadas para debate e refutadas através do constrangimento dialético do contraditório para poderem ser valoradas na decisão do julgador<sup>494</sup>. Entendemos que essa

---

<sup>492</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: orgs. Lerner, Daniel Josef, et. al. coordenação Eneas Romero de Vasconcelos; Ezequiel Malrino; Kai Ambos. **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 262-263. Em outro trabalho BADARÓ afirma que “As provas constituendas, como, por exemplo, aquelas decorrentes de fontes de provas pessoais (por exemplo: vítimas e testemunhas), têm sua produção no curso do próprio processo, exigindo a realização de atividade processuais das partes e do juiz, bem como demandando tempo para sua produção em contraditório. Já as provas pré-constituídas, como os documentos, são simplesmente juntadas aos autos do processo, já tendo sido criadas previamente e extra-autos. Justamente por isso, o juízo de admissibilidade e o procedimento de produção de tais provas são diversos.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito-1.html>. Acesso em 18 de abril de 2018). Cf. FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 59-60.

<sup>493</sup> No mesmo sentido ARMENTA DEU: “A prova antecipada e a pré-constituída constituem uma exceção, ou melhor, uma ponderação da exigência de que a atividade probatória respeite os princípios de imediação, oralidade e contraditório. Por esse motivo, sua validade inicial e sua eficácia posterior, a efeitos de uma eventual condenação, não somente deve observar uma série de garantias que transladem ao momento em que se concretizam, a maior aproximação a tal imediação, oralidade e publicidade, mas sim também devem velar por preservar o resultado no mesmo estado, através da conhecida ‘cadeia de custódia’, garantindo sua incorporação ao processo, assim como garantir que em tal resultado se praticará a prova, caso seja possível, ou as medidas substituíveis para efeitos de publicidade e contraditório.” (ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 71).

<sup>494</sup> Para WINTER “El hecho de que se introduzcan en el debate contradictorio es imprescindible para que se preserve la garantía del derecho de defensa de la parte acusada, pero, en cuanto a la eficacia probatoria, lo actuado en el juicio de poco o nada servirá en el ejemplo mencionado para la determinación de los hechos. La realidad nos muestra que, a diferencia de lo que sucedía y sucede con la prueba testifical – o la declaración de la parte –, que no existe hasta que el testigo o la parte son interrogados ante el juez imparcial en el juicio oral, muchos elementos probatorios ya están definidos en la fase previa al juicio, aunque su eficacia procesal venga condicionada a que sean introducidos o reproducidos en el debate oral.” (WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio versus inquisitorio. Reflexiones acerca del proceso penal*. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 38).

refutação deverá ser feita a partir das fases anteriores por meio de audiências preliminares para que chegue na fase de audiência judicial sem vícios e sem surpresas<sup>495</sup>.

Já no que tange as provas constituídas, estas devem seguir o trâmite da oralidade-imediação na fase judicial, para que o julgador a receba de forma direta e sem intermediários, exigindo-se a presença de todos os sujeitos processuais durante a formação probatória.

Assim, como as chamadas provas pessoais são os meios de prova mais usados no Brasil, sobretudo em crimes mais tradicionalmente cooptados pelo sistema penal, e em grande parte dos processos os atos produzidos na investigação são o único embasamento do Ministério Público para denunciar ou não o investigado e, ao fim, após repetição na fase processual, para o juiz condená-lo ou absolvê-lo, acabam sendo a principal *carga alucinatória* do inquérito levada ao processo.

Muito por causa de uma precariedade material e de restrições técnicas que a polícia judiciária brasileira possui, as provas pessoais, especialmente as testemunhais, acabam por ser o principal meio de prova da maioria das sentenças penais no Brasil. Contudo, pode-se afirmar que esse meio de prova também é um dos menos confiáveis pelo fato de que pode ser facilmente manipulável e/ou distorcido<sup>496</sup>.

No mesmo sentido, no que tange ao processo penal alemão SCHÜNEMANN<sup>497</sup>:

Os autos da investigação são normalmente compostos em grande medida pelos registros (*Protokolle*) das inquirições de testemunhas feitas em sede policial. Como já demonstraram uma série de pesquisas sociológicas a respeito da inquirições policiais de testemunhas, o registro dessas inquirições não é de nenhuma forma idêntico a uma mera reprodução do quadro mnemônico da testemunha (comparável à descrição de uma fotografia), mas um verdadeiro produto da interação entre a testemunha e os funcionários públicos encarregados da inquirição e é, também, forte e massivamente influenciado pelas hipóteses formuladas pelo policial a respeito dos supostos contornos do acontecimento, hipóteses essas que orientam as perguntas.

<sup>495</sup> Em sentido similar DEMERIAN, no sentido dessas provas serem colocadas para valoração em uma fase pré-debate com um juiz diferente do que for julgar a causa, para que possam ser refutadas e possa servir como um meio de preparação para a fase de debate, com o objetivo de não contaminar o magistrado competente para o julgamento da causa (DEMERIAN, Pedro H. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 51).

<sup>496</sup> “A prova testemunhal é o meio probatório mais utilizado na formação do convencimento do julgador no âmbito do processo penal. De outro lado, por depender tão somente da memória do indivíduo, também se pode dizer que é um dos meios probatórios mais frágeis, devido à sua exposição a diversos fatores de contaminação, sendo um deles as falsas memórias, sejam elas de origem endógena ou exógena.” (BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan./abr. 2018, p. 374).

<sup>497</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adverbial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: GRECO, Luís (org.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 231.

Deste modo, como os depoimentos dados pelas testemunhas referem-se a fatos do passado e, conseqüentemente, ao resgate na memória humana do fato ocorrido, tem-se que esse depoimento está dependente de todas as falhas pertencentes a esse processo de captação de informação, percepção e interpretação do acontecimento<sup>498</sup>. De acordo com DI GESU<sup>499</sup>, como o crime é cercado de emoções “a tendência da mente humana é guardar a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo”, isto é: “a memória cognitiva provida de detalhes técnicos e despida de contaminação”.

Entre os principais problemas da memória humana estão as chamadas “falsas memórias”, que “consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram”<sup>500</sup>, e que no processo penal se apresentam no momento em que se tenta recuperar em sua memória os fatos passados com o intuito de prestar depoimento, acabando por misturar o real com o imaginário.

As falsas memórias podem ser formadas de diversas maneiras, tanto de forma natural, como por exemplo uma falha na interpretação de uma informação, como por uma falsa sugestão externa apresentada ao indivíduo<sup>501</sup>. No Brasil, como não há preocupação com o modo como foi feita a entrevista com a testemunha, seja na polícia – já que aqui pessoas são condenada com base nos depoimentos prestados na investigação durante o inquérito policial – , seja na própria audiência de instrução, a incidência de falsas memórias tende a ser grande nos processos e nas conseqüentes sentenças condenatórias.

A realização de questões fechadas com afirmações hipotéticas do fato criminoso podem influenciar no depoimento da testemunha, já que esta tende a dizer aquilo que o

---

<sup>498</sup> MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010, p. 33-ss. As falhas na memória humana podem ser de caráter endógeno ou exógeno. Em relação as primeiras, o tempo é o principal inimigo: “Oitivas realizadas considerável tempo depois de um incidente estão sujeitas a efeitos que ameaçam a credibilidade das testemunhas. Um intervalo longo entre testemunhar um crime e prestar o depoimento pode ser danoso devido ao natural processo de esquecimento”. Já no que tange ao caráter exógeno: “Afora o esquecimento, após presenciar um crime, a memória da testemunha também está sujeita a distorções causadas pela influência de várias fontes externas, como a mídia, as redes sociais e mesmo outras testemunhas. Estas fontes podem agir direta ou indiretamente de forma sugestiva sobre a testemunha.” (PINTO, Luciano Haussen; STEIN, Lilian Milnitsky. Nova ferramenta de entrevista investigativa na coleta de testemunhas: a versão brasileira da *Self-Administered Interview*. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo v. 11, n. 1, 110-128, fev./mar. 2017, p. 111-112.

<sup>499</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 110.

<sup>500</sup> ÁVILA, G.N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória(s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer; ÁVILA, Gustavo Noronha (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012, p. 380.

<sup>501</sup> ÁVILA, G.N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória(s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer; ÁVILA, Gustavo Noronha (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012, p. 382.

entrevistador quer ouvir<sup>502</sup>. Além disso, os atores jurídicos costumam fazer a análise do conjunto probatório sob um pensamento binário do testemunho: ou se está dizendo a verdade, ou se está mentindo. Nesse contexto, não se pensa de uma forma interdisciplinar, mas com um pensamento tipicamente isolado do Direito, que somado à uma tradição inquisitória do processo penal, faz com que outros fatores não importem na avaliação do depoimento judicial, apenas se o indivíduo está falando a verdade ou não, não levando em conta a possibilidade das falsas memórias<sup>503</sup> – fato que piora no Brasil já que os julgadores têm acesso aos depoimentos prestados na polícia, sem a observação do contraditório:

[...] o tempo transcorrido entre a data do fato e os depoimentos colhidos será irrelevante; o ambiente criado para a oitiva da testemunha e a técnica empregada na realização da entrevista não importarão. Tampouco se a tomada das declarações foi presidida por um julgador parcial que, extrapolando as funções que lhe cabem em um modelo processual acusatório, busca confirmar a versão trazida na denúncia<sup>504</sup>.

Tem-se assim uma deficiência na formação probatória de cunho pessoal pela não observação dessas características acima citadas e, com isso, entende-se que a condição de validade probatória dessas provas é serem produzidas na oralidade e imediação numa tentativa de amenizar essas deficiências por meio do debate em contraditório perante o julgador da causa.

---

<sup>502</sup> MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010, p. 76. Conforme pesquisas no campo da Psicologia do Testemunho, perguntas fechadas são as mais sugestionáveis que existem. A sugestão externa como, por exemplo, a de um entrevistador é uma das principais fontes geradoras de falsas memórias. Por isso, existem algumas técnicas de entrevista cognitiva (EC) que podem ajudar na não criação de falsas memórias, bem como na possibilidade de maiores lembranças sobre o fato. Cf. STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**, vol. 5, n. 2, p. 179-186, 2001.

<sup>503</sup> “Ocorre que entre a verdade e a mentira, há um mar de possibilidades implicados na memória humana. Há, especialmente, as falsas memórias. O cenário que se encontra no cotidiano forense ignora que a prova oral está intimamente ligada a um complexo processo mnemônico, que depende de fatores que vão além da boa-fé ou da má-fé das pessoas.” (BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan./abr. 2018, p. 405). “O sistema (ainda) inquisitorial sobre o qual o procedimento policial está fundado, fruto de continuidades culturais ainda verificáveis, com frequente utilização de várias práticas citadas como determinantes na falsificação da memória, também chama a atenção para a essencialidade da problemática [das falsas memórias].” (ÁVILA, G.N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória(s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer; ÁVILA, Gustavo Noronha (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012, p. 389).

<sup>504</sup> BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan./abr. 2018, p. 404.

Há quem distinga, nessa senda, a participação do juiz *na* prova e participação do juiz *sobre* a prova<sup>505</sup>: na primeira, o julgador participa na formação ou produção da prova chamada de testemunhal (v.g. testemunhas, vítimas) e das outras fontes de provas que forem produzidas durante o curso do processo judicial (provas constituídas). Por outro lado, a participação do juiz *sobre* a prova tem-se quando a prova já foi produzida, cabendo ao juiz a decisão sobre a possibilidade de sua admissão ou não. Assim, a imediação e a oralidade atingiriam apenas a participação do juiz *na* prova, ou seja, nas provas que sua produção se pretende ainda fazer<sup>506</sup>.

Tratando desse tema e introduzindo a questão do contraditório a partir da reforma do processo penal italiano, FERRUA aduz que no sistema anterior ao código italiano de 1988 o contraditório era exercido essencialmente sobre as provas já produzidas, como nas atas dos depoimentos das declarações prestadas nos órgãos de investigação, enquanto no sistema após 1988 se realiza no exato momento de formação da prova, havendo uma separação entre a investigação preliminar e a fase de debates orais, no qual as provas são produzidas perante o juiz com contribuição direta das partes. Isso demonstra o que ele chama de *regra de ouro do processo acusatório*: as declarações das testemunhas somente valem como provas no processo se produzidas com o método do *exame cruzado*<sup>507</sup>.

Vale ressaltar que a técnica do exame cruzado (ou *cross-examination*) é uma tradição anglo-americana em que a testemunha é colocada em contato direto com as partes, primeiramente com quem a arrolou (*direct examination*) e após submetida ao exame cruzado com a parte contrária, evidenciando o contraditório na coleta do material probatório perante o julgador<sup>508</sup>.

<sup>505</sup> Nesse sentido, em relação ao contraditório, FERRUA: “per le prove preconstituite il contraddittorio è *sulla* prova, per quelle costituite è *per* la prova.” (FERRUA, Paolo. **II ‘giusto processo’**. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 60).

<sup>506</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87. Em relação as provas pré-constituídas, apesar do julgador não poder estar presente na formação probatória, deve-se tomar contato direto e imediato com os agentes que realizaram o informe ou os informes periciais ou documentais, por exemplo (RUIZ, Francisco López. El principio de intermediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. In: CADENAS, Manuel C.; ARIAS, Just. F.; JUNOY, Joan P. **Justicia: Revista de derecho procesal**, Núm. 1. Ciudad de México: Bosch Editor, 2016, p. 237-238).

<sup>507</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017. Nesse ponto, o contraditório deixa de ser um instrumento de controle das partes sobre as informações já colhidas, para se transformar em uma efetiva participação das partes na formação probatória por meio da *cross-examination*. A principal consequência disso é considerar *prova*, apta a servir como fundamento da decisão final, aquela introduzida pela parte na fase do juízo oral (*dibattimento*), considerando-a a fase central, o coração do processo (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 70).

<sup>508</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 152-153. Conforme MALAN: “A produção da prova oral é caracterizada pelos institutos da *direct examination* (doravante exame direto) e da *cross-examination* (doravante exame cruzado), por meio das quais a testemunha é inquirida de modo *direto*, isto é, sem interferência do juiz, pela parte processual

Ainda tratando sobre esse tema, FERRUA<sup>509</sup> aponta que um processo que se funda no contraditório deverá fixar regras claras de exclusão probatória, especialmente em relação às declarações prestadas na investigação preliminar e sua utilização no *dibattimento*, seja por meio de leitura ou ratificações, ou por meio de testemunho indireto.

Nessa linha, tem-se que em um processo de partes as provas somente poderão ser admitidas e apreciadas se corretamente obtidas, produzidas e valoradas, ou, nas palavras de GOMES FILHO, “ao direito à prova corresponde, como verso da mesma medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento”<sup>510</sup>.

Assim, a necessidade de produção probatória que atenda a essas garantias judiciais acarreta uma obrigatoriedade de exclusão do material probatório que não atenda a essas particularidades. Lembra SCARANCA FERNANDES<sup>511</sup> que no Brasil, onde a realidade coloca o inquérito instruindo a denúncia e acompanhando o processo, a leitura de atos produzidos na fase preliminar não são debatidos ou efetivamente confrontados, porém são utilizados de forma deliberada para fundamentar as decisões dos julgadores.

Adverte BINDER que somente as provas verdadeiramente orais devem satisfazer essas exigências democráticas, não podendo contar as falsas oralidades. Assim, resumindo o que ele chama de sistema baseado na ideia de centralidade do juízo:

Deve-se assegurar uma verdadeira preservação do princípio da imediação, limitando a incorporação da prova por leitura, estruturando corretamente os recursos de modo a que o juízo não se volte a escrituralizar por via indireta: deve-se estabelecer um sistema de deliberação da imediação para que o juiz deva construir seu convencimento ‘unicamente através do debate’ e não se funde na fase prévia. [...] Deve-se, ainda, assegurar uma etapa preparatória ao juízo que não ‘contamine o juiz’ e que acabe com a tradicional força do ‘inquérito’. Tem-se que ter em conta que a etapa de investigação é o principal reservatório da cultura inquisitiva<sup>512</sup>.

Mister acentuar, por outro lado, que com a evolução dos métodos de investigação àquilo que foi praticado na fase preliminar de caráter pré-constituído tenha uma relevância indubitável, ao ponto que em muitos casos serão somente esses elementos que não apenas irão

responsável pelo arrolamento e, após, pela outra parte processual. A parte que arrola a testemunha ainda pode proceder à *re-examination* (doravante *reexame*), a fim de esclarecer ponto que tenha surgido durante o exame cruzado.” (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48).

<sup>509</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 666.

<sup>510</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 93.

<sup>511</sup> SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 165-166.

<sup>512</sup> BINDER, Alberto M. **Política Criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p.195-216 e p. 214-215, tradução livre.



determinar a abertura do processo, mas a própria decisão condenatória. Assim, por sua própria natureza oculta, não há participação da parte imputada em sua formação. Não obstante, para que seja preservado o debate, já que o contraditório não pôde ser cumprido no momento de produção da prova, esses elementos pré-constituídos devem ser introduzidos no juízo oral.

Em muitos casos, sobretudo as provas periciais realizadas por órgãos oficiais, a fase de juízo oral se limita a validar o que consta informado pelos peritos e se não existe nada em sentido contrário à prova de certos fatos já vem determinada pelo que foi produzido na fase de investigação. Desse modo, a confiabilidade absoluta nos órgãos que emitem essas provas documentais e a necessidade de otimizar tempo e recursos, acabam fazendo com que essas provas tenham valor probatório somente pelo fato de serem introduzidas por escrito na audiência, isto é, o juízo oral se limitaria a introduzir por escrito o resultado da diligência produzida na investigação, sem nem sequer ouvir o responsável oficial por produzir a prova<sup>513</sup>.

Nesse sentido, tem-se que a legitimação da decisão somente se dá por meio da exata observância do contraditório e das regras do devido processo legal. Regras essas que constituem um ritual judiciário que deve proteger o processo das arbitrariedades do decisionismo judicial, o que justifica a aplicação de um rigoroso *sistema de controles epistêmicos*.

Esse sistema almeja controlar não somente a decisão judicial, sua motivação e racionalidade, mas além disso toda a atividade probatória – inclusive os meios de produção de provas – que levou à decisão final<sup>514</sup>. Assim, conforme PRADO, além de se conceber do “acerto do decidido” é necessário questionar sobre os caminhos percorridos para o acesso aos meios e fontes de prova<sup>515</sup>.

Com isso, esse sistema de controles epistêmicos tem como primeira etapa a admissibilidade da denúncia como filtro contra acusações infundadas, ou estabelecidas em prova ilícita. Ademais, igualmente, devem ser controlados os métodos ocultos de investigação e de forma geral todos os elementos de informação que dão base as acusações, isto é, deverá haver uma participação efetiva da defesa na formação probatória – com o contraditório e a

---

<sup>513</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio *versus* inquisitorio. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Processo penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 38-39.

<sup>514</sup> MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, p. 117-138, jun. 2017, p. 122.

<sup>515</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.82.

ampla defesa compondo o sistema de controles epistêmicos – em todas as fases do processo de forma a que o diálogo entre as partes seja a principal característica do processo.

Sobre esse assunto, destaca-se que esses meios ocultos – como objetos e documentos – estão cada vez mais tendo maior importância na decisão judicial penal e com isso, resulta fundamental preservar-lhes as condições de credibilidade<sup>516</sup>. Conforme BAYTELMAN e DUCE<sup>517</sup>, esses elementos probatórios têm em comum duas características: (a) o fato de serem produzidos sem imediação, ou seja, esses elementos têm uma existência autônoma, não estando presente o julgador no momento da formação da prova; e (b) não haver contraditório no ato de formação da prova, somente havendo por ocasião do ingresso do elemento probatório no processo.

Desse modo, tem-se o conceito de *cadeia de custódia*, que é justamente a designação pela qual é conhecido o instituto que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios. Trata-se de um procedimento utilizado para manter e documentar a história cronológica dos elementos de informação, e deve resultar em documentação formal no interior do processo. Assim, pode-se afirmar que a cadeia de custódia é um mecanismo de prospecção e de preservação das provas de maneira a torná-las disponíveis para as partes, ao passo que sua violação dá ensejo à nulidade do ato<sup>518</sup>.

Assim:

ao longo da investigação, os suportes técnicos que resultam da operação devem ser preservados (exemplo, a integralidade dos diálogos colhidos mediante interceptação telefônica), uma vez que, apenas dessa maneira, é possível assegurar à defesa o conhecimento das fontes de prova. Sem esse rastreamento e manutenção, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra ilícita, de que a

<sup>516</sup> PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **Boletim IBCCRIM**, vol. 262, set. 2014. “Hoy en día, como nunca en la historia, las sociedades modernas se caracterizan por tener una cultura eminentemente audiovisual, en donde la representación de imágenes forma parte de nuestra vida cotidiana, siendo una de las principales formas de acceso a la información, educación y diversión. Esta es la razón por la cual los objetos y documentos constituyen elementos probatorios muy relevantes.” (BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. **Litigación penal**: juicio oral y prueba. México: FCE, 2005, p. 283).

<sup>517</sup> BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. **Litigación penal**: juicio oral y prueba. México: FCE, 2005, p. 283.

<sup>518</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80-82. “Estas características traen como consecuencia que el mero objeto o documento no sea, en sí mismo, información de calidad suficiente, al menos porque no podemos estar seguros de que sean lo que efectivamente la parte que los presenta dice que son. Nadie, incluidos los jueces, tiene por qué depositar ninguna confianza especial en dicha parte. Ésa es toda la gracia del juicio: no hay confianzas preestablecidas. El fiscal tiene una carga probatoria, el defensor puede jugar a desacreditar el caso del fiscal hasta hacerlo caer por debajo del estándar, o bien puede acreditar su propia defensa afirmativa; pero, en todo caso, todo se remite al lenguaje de la prueba y de la credibilidad concreta de la misma; fuera del mundo de la prueba, no tiene por qué haber concesiones para nadie (tanto al fiscal como al defensor les pagan para decir lo que están diciendo), y eso incluye también a las proposiciones fácticas que dicen ‘este objeto (o documento) es aquello que yo afirmo que es.’” (BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. **Litigación penal**: juicio oral y prueba. México: FCE, 2005, p. 284).

primeira é derivada, dificilmente será revelado (princípio da “desconfiança”). Da mesma sorte, poderá haver a supressão de evidências favoráveis ao acusado, o que viola o princípio da “mesmidade” da prova<sup>519</sup>.

Essa “desconfiança” consiste na exigência de que esses elementos que adentrem no processo devam ser submetidos a um procedimento que demonstre que os objetos correspondam ao que a parte alegue ser, pois nem tudo que adentre ao processo pode ter valor probatório, sem antes ser avaliado desde a sua coleta até a entrada em juízo<sup>520</sup>. Já a “mesmidade”<sup>521</sup> consiste na garantia de que a prova valorada é exatamente e inteiramente a mesma que foi colhida anteriormente. Nesse sentido, BAUTISTA<sup>522</sup> salienta que “la autenticidad del elemento constituye seguridad para la administración de justicia, pues ésta se desarrolla con fundamento en la realidad, no en medios de conocimiento que no reproducen ésta”, e portanto a cadeia de custódia tem como fundamento “el principio universal de la autenticidad de la evidencia (ley de la mismidad) que determina que lo ‘mismo’ que se encontró en la escena es lo ‘mismo’ que se está utilizando para tomar una decisión judicial”.

Consta-se que o cuidado que envolve a formação probatória deve levar em consideração as questões de ordem prática que abrange a manipulação indevida do elemento probatório com o intuito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidades criminais. Em outros termos, a cadeia de custódia da prova visa perseguir uma melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação indevida, assegurando, assim, a fiabilidade do elemento probatório (seja de caráter pessoal ou documental), ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória, ao passo que a comprovação da quebra dessa cadeia de custódia impõe uma exclusão destes elementos – e dos que deles derivem – de dentro dos procedimentos judiciais<sup>523</sup>.

<sup>519</sup> MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, p. 117-138, jun. 2017, p. 123-124.

<sup>520</sup> MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, p. 117-138, jun. 2017, p. 124.

<sup>521</sup> Trata-se de tradução livre do espanhol para o português, no qual não existe palavra equivalente. Cf. PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **Boletim IBCCRIM**, vol. 262, set. 2014.

<sup>522</sup> BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. **La Cadena de Custodia em el Nuevo Código de Procedimiento Penal**. Disponível em: <http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>. Acesso em: 11 de jun. de 2018.

<sup>523</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86-91.

### 3 ORALIDADE COMO TÉCNICA DE DEMOCRATIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

No capítulo anterior viu-se as principais dificuldades para se ter um processo penal fundado em uma efetiva oralidade. Neste capítulo, pretende-se ir mais afundo no tema da oralidade no processo, trazendo suas principais características e dificuldades de implementação em uma sociedade totalmente acostumada com a escrita.

Nesse sentido, partirá para um conceito do que é efetivamente um processo pautado na oralidade e quais os efeitos concretos que esse sistema traz para as garantias fundamentais no processo penal, especialmente em relação àquelas referentes à produção probatória. Importa também verificar como se deu as reformas globais nos códigos de processo penal dos países latino-americanos, que se basearam em sistemas orais para refundar seus processos penais e tentar romper com a tradição inquisitória.

Após, o capítulo se esboçará na reforma do processo penal italiano e suas implicações práticas na jurisprudência e nas tentativas de reforma total e nas reformas parciais do processo penal brasileiro. Ao final do capítulo, examinar-se-á quais são os principais erros e acertos dos países que reformaram seus códigos e que podem ser tomado como base pelo Brasil em uma futura refundação democrática de seu sistema processual penal.

#### 3.1 O que é um processo fundado na oralidade?

O direito é, segundo BINDER, um instrumento para solucionar conflitos sociais de diversas maneiras possíveis, inclusive gerando-os e redefinindo-os<sup>524</sup>. Na seara penal o processo penal pode ser considerado um instrumento de *redefinição dos conflitos sociais*<sup>525</sup> e

---

<sup>524</sup> “O Direito é um instrumento formidável para solucionar conflitos (também para evitá-los, que é um modo de antecipado de solução) ou para gerá-los, outra maneira de seus efeitos sociais. Trata-se de uma ferramenta de que serve para solucionar os conflitos de diferentes modos, segundo os valores dominantes em uma determinada sociedade e em uma época precisa.” (BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 2). Em sentido similar, LUHMANN afirma que por meio das leis o direito cria conflitos para evitar conflitos, isto é, tira-se disso que o direito cria ou redefine tipos de conflitos de uma forma em que possa regular a ação dos indivíduos: “As leis criam e decidem também as situações de conflito, e sem elas isso jamais seria alcançado. [...] Ele estabelece proibições ou condições permissivas. [...] na grande maioria das regulações, o direito cria, em torno de um ponto de inflexão, conflitos para evitar conflitos, e os motivos não residem numa antecipação da espera de solução do conflito, senão na regulação do agir enquanto tal.” (LUHMANN, Niklas. *A restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito*. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69).

<sup>525</sup> “Até se poderia dizer que o direito *nunca soluciona nada*; o que ele faz é, na verdade, *redefinir os conflitos* humanos, algumas vezes de um modo mais aceitável para todas as partes envolvidas. Outras vezes redefine o conflito, impondo essa redefinição a alguns ou a todos os envolvidos, apoiando-se no poder do Estado – e o

desse modo o juízo deve ser a principal etapa da persecução penal porque é nele onde é efetivamente redefinido o conflito que dá origem ao processo penal<sup>526</sup>.

Não obstante, há muitos séculos o cerne da persecução penal se mantém em um investigação secreta e unilateral, fundada em uma verdade absoluta e sem a participação daqueles que estão sendo investigados, o que impossibilita o litígio entre as partes acusadora e defensora e transforma o palco processual em um lugar de mera teatralização de atos já produzidos anteriormente. É verdade que em alguns momentos existiu uma tentativa de democratizar o processo e tentar diminuir as desigualdades inerentes a um procedimento em que existe uma parte hipossuficiente, colocando algumas garantias a estes.

Contudo, as características de um processo autoritário sempre acabaram prevalecendo de algum modo durante o processo, seja de forma mais petulante em que essas características estão mais pulsantes, de modo em que está encarregado da mesma pessoa acusar e julgar, seja de forma mais velada, dividindo-se em fases o procedimento: uma inquisitória e escrita e outra acusatória e oral, no qual a fase inquisitória contém todas as características precitadas e pode ser utilizada na fase acusatória de alguma forma que se legitime e que componha a fundamentação da decisão, tornando a fase acusatória mera repetição dos atos já produzidos anteriormente.

Na tentativa de mudar esse cenário e colocar a fase de juízo como a principal durante todo o procedimento, a oralidade torna-se um instrumento importante na qual tenta-se superar a tradição escrita e potencializar as garantias processuais. No entanto, deve-se tomar cuidado com o que se apresenta como oralidade, uma vez que oralidade é diferente de verbalização<sup>527</sup>. Em outros termos, pode-se ter um procedimento totalmente “falado”, mas que não cumpra com os requisitos de um processo efetivamente oral.

Dessa forma, o termo oralidade é bastante rico, não se reduzindo a prevalência da palavra falada sobre a escrita no momento da expressão dos sujeitos processuais, “afinal, a oralidade transpõe a barreira do protocolo escrito, tratado como único meio de transmissão do

---

Direito penal atua dessa forma em uma ampla proporção.” (BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 2).

<sup>526</sup> BINDER, Alberto. **Iniciación al proceso penal acusatorios**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 60.

<sup>527</sup> Nesse sentido MARINHO MARQUES: “não se deve conceber a oralidade como prevalência da palavra falada sobre a forma escrita, durante a realização dos atos processuais.” (MARINHO MARQUES, Leonardo. O Princípio da Oralidade e a Descentralização da Informação Relevante no Processo Penal. **Revista de Estudos Criminais**, n. 46, v. 10, p. 157-170, 2012, p. 158.

conhecimento no método inquisitório, revelando que sempre existem, no mundo, mais informações do que aquelas inseridas nas atas”<sup>528</sup>.

Um outro ponto em que a oralidade é muitas vezes posta como sinônimo é no que tange à *eficiência* e a *celeridade*. Muitos autores se apegam a esses termos advindos do processo civil para conceituar a oralidade no processo penal, deixando de lado as suas particularidades. Tratando da legislação civil espanhola, por exemplo, MONTERO AROCA afirma que se pretendeu encontrar a rapidez dos procedimentos na oralidade frente aos procedimentos escritos<sup>529</sup>.

Como tratado no primeiro capítulo, a eficiência em um mundo neoliberal seria alcançada no processo pela adoção de uma celeridade, encontrando suporte em uma renúncia ao formalismo processual, o que implica uma minimização das garantias<sup>530</sup>. No que tange à oralidade, o efficientismo parece ter contaminado seu conceito, reduzindo-o à simplicidade e à celeridade no processo, sobretudo na formação probatória, o que acaba por servir a um processo penal autoritário.

É o que se pode verificar no modo como se conceitua a oralidade no Brasil, sobretudo nas palavras de Francisco CAMPOS – principal idealizador do Código de Processo Penal vigente até os dias atuais – de modo que, para ele, a oralidade comina ao processo uma espécie de instrumento público, substituindo a concepção duelística pela concepção autoritária de processo. Com isso, simplifica e racionaliza o uso da prova pelo juiz, que por meio de argumentos de *defesa social* as manipulam. Portanto, para CAMPOS, o processo oral:

confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; *simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza-o no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova*, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas<sup>531</sup>.

Não se pode dizer que essas ideias ficaram no passado. Até os dias hodiernos, por exemplo, é comum afirmar que nas infrações de menor potencial ofensivo a Lei 9.099/95

<sup>528</sup> MARINHO MARQUES, Leonardo. O Princípio da Oralidade e a Descentralização da Informação Relevante no Processo Penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 46, v. 10, p. 157-170, 2012, p. 165.

<sup>529</sup> MONTERO AROCA, Juan. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Valencia: Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, 2000, p. 7.

<sup>530</sup> “É através da lógica efficientista que se faz prevalecer no sistema penal a ideia de custo-benefício e de submissão do aparato penalístico aos propósitos do projeto neoliberal.” (MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. *O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 116).

<sup>531</sup> CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 286, grifo nosso.

trouxe a oralidade para esses procedimentos. Porém, nas disposições gerais e no capítulo sobre os juizados criminais a oralidade é colocada junto de termos como “simplicidade”, “economia processual” e “celeridade”<sup>532</sup>, o que dá a entender que no procedimento fundado na oralidade o que mais importa é que as formalidades não atrapalhem na rapidez e na eficiência do processo.

Mesmo após a “mini reforma de 2008” no CPP brasileiro em que foram inseridos institutos que favorecem a uma estrutura de processo oral, como a mudança da fragmentação da instrução processual em várias audiências para a instrução e o julgamento concentrados em uma única audiência, ou o instituto do *cross examination*, o que se revelou foi que no Brasil “a oralidade serviu para arrancar o véu da face inquisitória do processo penal tupiniquim”<sup>533</sup>.

Contudo, isso não passa de um reducionismo do conceito de procedimento oral, afinal, o que se pretende com a oralidade é a efetivação das garantias de um processo penal acusatório em que as partes tenham protagonismo na formação probatória e que o debate entre elas parta de uma paridade no contraditório para que ambas possam ter a chance de influenciar na decisão final, bem como preservar a imparcialidade do julgador que não poderá ter acesso a nenhuma ata escrita advinda das fases pré-debate, mantendo a sua originalidade cognitiva.

Não é à toa, com isso, que a maioria das convenções internacionais de direitos humanos se inclinam, ainda que implicitamente, pelo sistema oral na justiça penal pelo fato desse sistema ser mais eficaz na proteção e tutela dos direitos do homem, sobretudo pela aproximação entre os sujeitos processuais e a formação probatória, o que se verá a seguir.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – dispõe em seu art. 8.2 “f”<sup>534</sup> que durante o processo, toda pessoa tem direito em plena igualdade de interrogar as testemunhas presentes no tribunal e de que essas testemunhas ou

---

<sup>532</sup> **Lei 9099/95:** Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

<sup>533</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Crônicas forenses contemporâneas: quando a oralidade pode ser pior que do que o processo escrito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil:** “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 208.

<sup>534</sup> **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Art. 8.2 Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

f. Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

peritos que possam trazer fatos que o incriminem compareçam na audiência para o eventual *direito ao confronto*<sup>535</sup>.

Tem-se que nesse diploma a oralidade não está explicitamente disposta, mas pode-se dizer que está de forma implícita, já que se fala em “inquirir as testemunhas presentes no tribunal”, o que supõe que o processo deva seguir de forma oral para poder se ter direito aos interrogatórios das testemunhas e dos peritos<sup>536</sup>.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, além de no art. 14.3 “e”<sup>537</sup> trazer uma disposição similar à Convenção Americana sobre direitos Humanos, de maneira mais direta dispõe no art. 14.1<sup>538</sup> que toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, e que mesmo não utilizando a palavra oralidade traz as características de um juízo oral em seu diploma.

Outros diplomas como a Declaração do Direitos do Homem<sup>539</sup> e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>540</sup>, trazem dispositivos muito parecidos aos dos diplomas anteriores. Já dois posteriores diplomas, que servem como modelo para as reformas penais trazem em seus dispositivos expressamente o juízo oral e/ou suas características como um direito do imputado. São eles: (a) o Projeto de Regras Mínimas das Nações Unidas para o procedimento penal<sup>541</sup>, mais conhecidas como Regras de Mallorca, que tem a finalidade de

<sup>535</sup> Cf. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>536</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, nº 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 641.

<sup>537</sup> **Pacto Internacional sobre Derechos Civis e Políticos**. Art. 3. Toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...]

e) *De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação.*

<sup>538</sup> **Pacto Internacional sobre Derechos Civis e Políticos**. Art. 14.1. 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. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

<sup>539</sup> **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Art. 26. Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. *Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública*, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.

<sup>540</sup> **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Art. 6.3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: [...]

d) *Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.*

<sup>541</sup> **Projecto De Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Para La Administración De La Justicia Penal**. Juicio Oral. Regla 25ª. 1. *El imputado tiene derecho a un juicio oral*. 2. Los debates serán públicos, salvo las excepciones reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.



orientar e servir de modelo as reformas dos sistemas penais do mundo e tiveram influência profunda nas legislações penitenciárias das Regras Mínimas de Tratamento dos Reclusos das Nações Unidas<sup>542</sup>; e (b) o Código Processual Penal Modelo para a Ibero-América<sup>543</sup>, que foi redigido com base em uma ideia de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo por juristas Hispano-luso falantes dedicados ao processo penal, por meio do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, no qual participaram muitos juristas de renome<sup>544</sup>.

### 3.1.1 Princípios inerentes a um juízo efetivamente oral: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório

Em um processo penal constituído na oralidade existem alguns princípios que deverão ser observados para que não ocorra uma burla no momento da produção da prova na audiência e ela acabe se tornando um mero espetáculo de legitimação de atos já produzidos em fases anteriores ao processo. Com isso, a audiência torna-se o principal lugar de formação probatória e depuração de informações para a tomada de decisões pelos julgadores.

É importante salientar que a oralidade em si não pode ser considerada um princípio, mas um instrumento facilitador dos princípios políticos básicos de uma república e das garantias que estruturam o sistema penal. São esses princípios políticos e garantias que o procedimento oral visa tornar eficaz, transformando-se assim em uma virtuosa técnica de coleta probatória, sendo os principais conhecidos por: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório.

Regla 26ª. El juicio oral no se celebrará contra un acusado ausente involuntariamente. Si se trata de un delito grave, la presencia del mismo será imprescindible.

Regla 27ª. En el juicio oral se practicarán con plenitud todas las pruebas tendentes a acreditar los hechos imputados y también las que contribuyan a demostrar la inocencia del acusado.

Regla 28ª. La totalidad de dicho juicio se deberá celebrar necesariamente ante los mismos miembros del tribunal sentenciador.

Regla 29ª. 1. Todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el tribunal sentenciador. 2. Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, deberá ser ésta interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración anteriormente escrita. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de la reproducción de esta prueba. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubiesen tenido lugar con intervención del defensor y se garantice a otras partes la oportunidad de oponerse a la prueba aportada (principio de contradicción).

<sup>542</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 642.

<sup>543</sup> O Código Processual Penal Modelo para a Ibero-América coloca nos seus Título III sobre o Juízo todas as características e estrutura de um processo penal fundado na oralidade, tais com a imediação, a concentração e a publicidade, que serão tratados mais especificamente em outro momento.

<sup>544</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 643.

Como a imediação foi tratada mais especificamente no capítulo anterior, remetemos o leitor para lá a fim de não se tornar repetitivo. Contudo, como a imediação tem um papel central na figura da oralidade e, conseqüentemente, nos princípios e garantias que dela derivam, é inevitável tocar em alguns pontos a ela inerentes.

Assim, como consequência de um juízo fundado na imediação, tem-se a *concentração*, que exige que o debate oral se realize frente a todos os sujeitos processuais – acusador, réu e seu defensor e principalmente o julgador – desde o início até o término, com o propósito de que exista uma maior proximidade entre o momento em que se produza a prova por meio das argumentações das partes e da sentença do julgador<sup>545</sup>. Nesse sentido, a concentração está diretamente referida aos sujeitos processuais e a recepção da prova, bem como a continuidade dos atos processuais que devem se realizar em juízo<sup>546</sup>. Desse modo, tem-se que a oralidade, a imediação e a concentração devem ser vistas em uma perspectiva que não se anulam entre elas, mas que uma complementa a anterior, de modo que tem que se observar que a justiça penal não soluciona conflitos, mas consegue redefini-los e reinseri-los na sociedade<sup>547</sup>.

A concentração dos atos impõe que todos os atos deverão ser reunidos em uma única audiência. Porém, a depender da complexidade do caso penal nem sempre se pode concentrar em uma audiência todos os atos de instrução, mas deve-se assegurar a vinculação do juiz à causa, designando a audiência de continuação para datas próximas para que não ocorra a interrupção e o refazimento dos trabalhos<sup>548</sup>.

A oralidade aqui estabelece a concentração e a continuação pelo fato do julgador ter que decidir e fundamentar sua decisão do que foi apresentado de forma direta no debate entre as partes em sua frente e não de forma indireta feita por terceiros em atas escritas que transcrevem ou interpretam o que declararam as testemunhas e os peritos. Assim, pelo debate oral tem-se a exigência de que todos os sujeitos estejam presentes no momento da formação probatória de forma contínua, só podendo ser interrompido por causa de necessidades fisiológicas ou alguma justificativa que interfira no andamento da audiência. A concentração e

---

<sup>545</sup> “Essa possibilidade oferecida pela imediação e pela oralidade – de que as provas sejam reunidas em uma mesma oportunidade, sejam analisadas ou sejam ouvidas sem interrupções e, assim, adquiram maior virtualidade probatória e possam ser controladas com maior eficiência pelos diferentes temas processuais – é denominada de *princípio de concentração*, sendo considerada um dos grandes princípios que estruturam um julgamento penal republicano.” (BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 66).

<sup>546</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 645.

<sup>547</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 66,

<sup>548</sup> DEMERICAN, Pedro H. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 54-55. Nesse sentido: CODIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMERICA, **Art. 298**. Interrupción. Si el debate no se reanuda a más tardar al undécimo día después de la suspensión, se considerará interrumpido y deberá ser realizado de nuevo, desde su iniciación.

a continuidade da audiência devem alcançar também a sentença, pois ela deve ser proferida em um período razoável após o debate, o mais próximo possível deste<sup>549</sup>.

Outro princípio que está ligado diretamente à imediação e a concentração dos atos é o da *identidade física do juiz*<sup>550</sup>, que estabelece que deverá ser o mesmo juiz quem preside a audiência de debate oral e quem profira a sentença. Em outras palavras, a decisão judicial só será válida se o julgador que a proferiu seja o mesmo que estava presente de forma direta e imediata durante o debate oral na audiência de instrução, não podendo delegar essa função a um terceiro<sup>551</sup>.

Segundo GOMES, se esse princípio for colocado em uma perspectiva mais ampla e em conjunto com a oralidade, figura-se “como uma peça de quebra-cabeça, como componente de um desenho unitário, destinado a exigir que a decisão final do juízo seja fruto da percepção direta da prova pelo órgão chamado a deliberar”<sup>552</sup>.

Nesse ponto tem-se que a oralidade age como um instrumento que melhor poderá garantir a realização desses princípios, pois exige uma estreita aproximação das partes, peritos, testemunhas e réu com os juízes que irão resolver o caso penal, que devem estar presentes e presidir o juízo oral de forma obrigatória, de nada valendo tudo isso se o julgamento não for proferido pelo magistrado que presidiu a instrução<sup>553</sup>.

Isso porque o processo pautado pela escritura não garante a identidade física do juiz, porque permite delegar à funcionários e auxiliares administrativos que não têm competência jurisdicional a maioria das atividades jurisdicionais, desde a recepção das provas até o proferimento da sentença<sup>554</sup>.

---

<sup>549</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p.658-659.

<sup>550</sup> É chamado por alguns autores de princípio da imutabilidade e por outros de princípio da identidade física do juiz da causa.

<sup>551</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 649.

<sup>552</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p.139-140.

<sup>553</sup> DEMERICAN, Pedro H. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 59. Discordamos aqui do posicionamento de BADARÓ, que admite a analogia com o Código de Processo Civil no caso de afastamento por qualquer motivo do Magistrado que recebeu as provas: “Na ausência de previsão legal de hipóteses de relativização da identidade física do juiz penal, podem ser aplicadas, por analogia – pois nesse ponto sim, há lacuna –, as exceções previstas no processo civil. Assim, o ‘juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença’ (CPP, art. 399, § 2o), ‘salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor’ (CPC, art. 132, caput, parte final). Nestes casos, mesmo que toda a instrução tenha sido presidida por um juiz, se, no momento de sentenciar o feito, outro estiver respondendo pelo processo, será este que deverá julgá-lo.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal. **Boletim do IBCCRIM**, n. 200, 2009-2010).

<sup>554</sup> Nesse sentido BINDER: “Tampouco os sistemas escritos garantem a presença do juiz ou a personalização de seu trabalho, pois esses sistemas produzem – como um vício intrínseco – a *delegação de funções*, e quem

Pode-se afirmar, com isso, que a vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado no que tange a todo e qualquer juízo<sup>555</sup>, além da plena satisfação da norma constitucional da individualização da pena<sup>556</sup>, que torna indispensável a prolação da decisão pelo julgador que manteve contato com os protagonistas do processo<sup>557</sup>.

Neste sentido, MAIER afirma que:

Estas reglas de principios carecerían de todo sentido si el fundamento de la sentencia no procediera únicamente de los actos válidamente incorporados al debate (*base de la sentencia*) y si no se dispusiera que los únicos jueces autorizados a dictar el fallo son los que presenciaron íntegramente (*identidad física del juzgador*). En efecto, se dispone la inmediación, concentración y continuidad del debate para posibilitar que intervengan en la solución del conflicto todos aquellos que poseen un interés legítimo en ella, con el fin de que controlen y usen los actos que darán fundamento a esa solución; de tal modo, no se justificarían si la base de la sentencia estuviera proporcionada por otros actos, extraños al debate cumplido de esa forma<sup>558</sup>.

Sabe-se que é praticamente impossível adotar de forma absoluta a identidade física do julgador em todos os casos concretos, devendo haver previsão legal de situações excepcionais que permitam a transferência do julgamento a outro magistrado. Contudo, como regra, deve-se ter uma norma similar ao art. 525, §2º do CPP italiano<sup>559</sup> que impõe o dever de renovar de forma integral o debate cada vez que haja uma mudança no julgador singular da causa ou na composição do colegiado, nas hipóteses em que a parte requeira. Essa previsão, dessa forma, reflete a necessidade de implementar e tornar eficaz o processo oral e o princípio da imediação, além de garantir o direito à prova e o contraditório<sup>560</sup>.

Importante atentar ao fato lembrado por LOPES JR. de que no processo penal brasileiro de hoje em dia esse princípio pode trazer inconvenientes<sup>561</sup>, principalmente pelo

conhece o funcionamento dos sistemas escritos sabe que neles grande parte da atividade judicial – inclusive as sentenças – é realizada pelos delegados auxiliares ou por simples funcionários, com grande prejuízo das garantias constitucionais.” (BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 68).

<sup>555</sup> “A identidade física do juiz, no entanto, deve ser considerada uma condição de validade do julgamento” (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 142).

<sup>556</sup> Constituição da República. Art. 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena [...].

<sup>557</sup> DEMERIAN, Pedro H. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

<sup>558</sup> MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 660.

<sup>559</sup> **Codice de Procedura Penale**. Art. 525. 2. Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento. Se alla deliberazione devono concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati

<sup>560</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 146-149. Importante salientar ainda que “As exceções a este princípio são permitidas somente na presença de interesses de igual importância/relevância, normalmente não detectadas nos requisitos organizacionais que determinam a rotação ou o revezamento das pessoas chamadas para compor os órgãos judiciais.” (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 149).

<sup>561</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 371.

fato do julgador poder estar contaminado com seus prejulgamentos advindos do conceito de prevenção no ordenamento pátrio e/ou do fato dos autos do inquérito serem apensados ao processo junto com a denúncia.

Outro princípio que o procedimento oral facilita e torna mais eficaz é o da *publicidade*. É importante que a justiça penal se aproxime da comunidade e que os cidadãos possam verificar como os juízes exercem sua função, evitando ou ao menos colocando em evidência os excessos ou abusos praticados no judiciário. Em um Estado Democrático de Direito, a justiça penal deve ser fiscalizada por qualquer pessoa do povo, “não só por meio de instrumentos meramente formais, por meio da chamada *publicidade mediata* (v.g. a publicação de alguns atos pela imprensa oficial, certidões etc.), mas por mecanismos que traduzam aquele anseio de um Poder Judiciário participativo”<sup>562</sup>.

Deve-se constatar que a participação dos cidadãos na administração da justiça não se esgota com a incorporação como jurado, mas que compreende também a possibilidade de que possam presenciar o julgamento em todas as fases desde o início até o final do processo. Por isso que se afirma que não é por causalidade que a publicidade do processo se vincula diretamente com a essência de um sistema democrático<sup>563</sup>.

Na inquisição o procedimento escrito foi utilizado como forma de deixar os atos secretos, de forma que somente os inquisidores tivessem ciência das acusações e do trâmite processual<sup>564</sup>. Isso não quer dizer que não existiu ou não existam procedimentos escritos que sejam públicos – contudo, não bastam existirem normas afirmando que eles são públicos para que efetivamente sejam públicos<sup>565</sup> –, mas que o que melhor contribui com a realização dos ideais de publicidade é o juízo pautado na oralidade<sup>566</sup>.

<sup>562</sup> DEMERIAN, Pedro H. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 52.

<sup>563</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 647.

<sup>564</sup> “Publicidad y oralidad representan banderas que presiden la transformación del procedimiento inquisitivo durante el siglo XIX en Europa continental. Esas banderas resumían el proyecto político del iluminismo en materia procesal penal y presiden, junto a otras – supresión de los métodos crueles para la investigación de la verdad, convicción íntima para valorar las pruebas, libertad de defensa, colaboración popular en la administración de justicia –, emanadas de la afirmación des respecto a la dignidad humana, la reacción contra la Inquisición.” (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 652).

<sup>565</sup> Conforme BINDER: “em nossa realidade, os julgamentos penais são secretos – secretos de fato, embora existam normas processuais que habilitam a publicidade, como acontece com os procedimentos escritos, já que não é presumível esperar que os cidadãos andem pelos labirintos de nossos tribunais pedindo os expedientes para lê-los, ou se apresentem em audiências ‘públicas’ de provas, que não são mais que sessões de ditado realizadas por um grupo de pessoas amontoadas em um pequeno gabinete.” (BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 70).

<sup>566</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 647. No mesmo sentido MARINHO MARQUES: “o protocolo escrito conserva o saber produzido em segredo e elimina qualquer possibilidade de contestação. O que não está nas atas não está no mundo, diz o provérbio processual, limitando o

Deve-se ter a publicidade como uma forma de aproximação da comunidade com o Poder Judiciário, de modo que este seja fiscalizado em seus atos<sup>567</sup>. Não se pode, por fim, confundir “publicidade” com “transparência”, já que a transparência acaba por transformar os atos em simples dados servientes ao mercado<sup>568</sup>, o que torna o processo uma mera mercadoria e serve para a espetacularização do processo penal<sup>569</sup>.

Por último, tem-se o procedimento oral como garantidor de um efetivo *contraditório* entre as partes. Em um processo penal democrático é necessário garantir a recepção da prova frente o controle de todos os sujeitos processuais, com o objetivo de que as partes tenham possibilidade de intervir de forma paritária no momento de formação probatória, seja fazendo perguntas ou observações e solicitando acareações, seja vigiando a forma que a prova é introduzida ao processo para verificar se não ocorreu nenhuma irregularidade.

Nesse sentido, ÁLVAREZ<sup>570</sup> afirma que a oralidade se apresenta como o melhor facilitador do contraditório no sistema penal ao receber de forma direta, sem intermediários e de maneira contínua e concentrada toda prova na presença de todos os sujeitos do processo. Por outro lado, o processo escrito é caracterizado por delegar a compilação da prova a funcionários e auxiliares da justiça sem competência jurisdicional, bem como é também caracterizado pela descontinuidade dessa recepção, não resultando em um instrumento idôneo para a realização do contraditório, uma vez que não exige a presença de todos os sujeitos no momento da formação probatória, já que as atas poderão ser examinadas posteriormente, de onde as decisões serão extraídas.

---

horizonte de decidibilidade.” (MARINHO MARQUES, Leonardo. O Princípio da Oralidade e a Descentralização da Informação Relevante no Processo Penal. **Revista de Estudos Criminais**, n. 46, v. 10, p. 157-170, 2012, p. 163-164).

<sup>567</sup> BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 71. Aqui tem que se deixar claro que não é que os julgadores devem julgar conforme os anseios e o clamor social, mas que a comunidade deve poder ter acesso às audiências e aos julgados como uma forma de fiscalização dos atos dos magistrados.

<sup>568</sup> Para uma análise sobre o assunto cf. HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017. Segundo o autor: “As ações se tornam transparentes quando se transformam em *operacionais*, quando se subordinam a um processo passível de cálculo, governo e controle”. E continua afirmando que “A transparência estabiliza e acelera o sistema, eliminando o outro ou o estranho. Essa coação sistêmica transforma a sociedade da transparência em sociedade uniformizada (*gleichgeschaltet*). Nisso reside seu traço totalitário, em uma ‘nova palavra para dizer uniformização: *transparência*’.” (HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 10-11).

<sup>569</sup> Sobre o processo penal do espetáculo, CASARA afirma que com a “espetacularização do Sistema de Justiça, desaparece o desejo de democracia, que se traduz no objetivo de concretizar direitos e garantias fundamentais em nome do projeto constitucional de vida digna. O espetáculo assume feição de uma mercadoria, ou seja, o processo transformado em mercadoria passa a ter o fim de produzir mais-valor. O processo-espetáculo não tem compromisso de assegurar direitos fundamentais. Os responsáveis pelo espetáculo, dirigido pela lógica neoliberal de que não existem limites à busca por lucro e vantagens econômicas, têm por objetivo captar e cativar audiência, criar heróis e vilões, vender visões de mundo e conformar condutas.” (CASARA, Rubens R. **Processo penal do espetáculo**: e outros ensaios. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 35-36).

<sup>570</sup> GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996, p. 646-647.

O processo pautado na oralidade é portanto aquele em que a formação probatória deverá ser extraída do debate oral em contraditório entre as partes em igualdade de oportunidades. Para isso, não se pode adentrar nesse debate o que foi produzido unilateralmente nas fases anteriores e o(s) julgador(es) não pode(m) ter contato com esses atos, de forma que seu conhecimento sobre o processo e as provas se dará somente pelo debate na audiência referente a ele.

Com isso, DUCE, MARÍN e RIEGO, asseveram que o eixo central sobre o qual se articulam todas essas garantias é a ideia de juízo – ou *juicio* –, entendida como uma audiência oral, pública e contraditória. Segundo os autores:

Esto significa que, a lo menos en el contexto cultural moderno – en el que esas garantías se han desarrollado – resulta imposible imaginar cada uno de estos derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales sin referirlos a la idea de una audiencia oral y pública, desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan las partes involucradas, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba, en base a todo lo cual el tribunal puede fundar su decisión<sup>571</sup>.

Como assevera ESTRAMPES<sup>572</sup>, os novos sistemas processuais penais da América Latina de cunho acusatório têm como objetivo colocar o juízo oral como eixo central do processo e o configuram como o cenário natural da atividade probatória<sup>573</sup>, diferente dos modelos inquisitivos ou mistos onde há uma mera reprodução burocratizada do que se realizou na investigação, na tentativa de garantir em sua plenitude os princípios da imediação – e seus derivados concentração e identidade física do juiz –, da publicidade e do contraditório, ao passo que o juízo oral se torne o verdadeiro cenário da prova penal.

Nesse sentido, o conceito de atos de investigação e atos de prova tem um papel central para garantia dos direitos e para efetividade do juízo oral. Como afirmado no capítulo anterior, os atos de investigação não podem ser levados ao juízo oral e participar da fundamentação da decisão – salvo alguns considerados provas pré-constituídas. Somente os atos de prova praticados na audiência oral de formação probatória, com respeito à todos aos

---

<sup>571</sup> DUCE, Maurício; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián. **Reforma a los procesos civiles orales**: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información, p. 35. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1220>. Acesso em 26/10/2018.

<sup>572</sup> ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, 2007, p. 46.

<sup>573</sup> Como exemplo o art. 356.1 do CPP peruano em que afirma que “*El juicio es la etapa principal del proceso*. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor” (grifos nossos).

princípios do devido processo legal<sup>574</sup>, bem como os derivados da oralidade poderão ser base para fundamentar a decisão condenatória<sup>575</sup>.

Com isso, BINDER<sup>576</sup> ao falar de oralidade afirma:

Cuando se habla de “oralidad”, en realidad lo que se quiere transmitir es que todo ciudadano tiene derecho a que no se le imponga una pena sin un juicio previo, y juicio no es cualquier trámite, sino la estructura (conjunto de formas vinculadas a los actos, sujetos, tiempo, espacio, coerción y caso) que sostiene la imparcialidad, la contradicción y la publicidad. [...]Se inicia por la formalización de los medios de prueba (que conforman estatutos normativos precisos sobre el tratamiento de distinto “tipos” de relatos) hasta las reglas de “valoración de la prueba”, y las exigencias de fundamentación de la sentencia. Existen un sinnúmero de reglas legales, estándares probatorios y técnicas de argumentación o razonamiento que hoy constituyen buena parte del entrenamiento judicial y de los litigantes. De hecho, en gran medida, los sistemas de justicia penal se ajustan y evolucionan alrededor de las reglas de exclusión probatoria. Como se puede observar, alrededor de la idea de verdad y de juicio se organiza todo el sistema de garantías, de tal manera que “oralidad” podrá ser el nombre sintético que se utiliza para economizar explicaciones, aunque en realidad se está hablando de todo un modelo de sistema judicial.

### 3.1.2 Oralidade e a tentativa de democratização do processo penal na América Latina

---

<sup>574</sup> “La presunción de inocencia como regla propatoria y de juicio penal, la carga de la prueba a cargo de las acusaciones, la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, la contradicción em la formación de la prueba y la exigência de motivación fáctica de las sentencias, entre otras garantías, imponen una determinada configuración procesal de la actividad probatoria en el proceso penal.” (ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, 2007, p. 39).

<sup>575</sup> ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, 2007, p. 46. Nesse sentido o **Código Procesal Penal chileno**: Artículo 296. Oportunidad para la recepción de la prueba. *La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral*, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley. En estos últimos casos, la prueba deberá ser incorporada en la forma establecida en el Párrafo 9º de este Título; e Artículo 340. Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. *El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración* (grifos nossos). No mesmo curso, o **Código de Procedimiento Penal colombiano**: Artículo 16. Inmediación. *En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento*. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso (grifos nossos).

<sup>576</sup> BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014, p. 29-31.



Os países latino americanos<sup>577</sup> entraram a partir da década de 80 do século XX em um período de reformas totais de seus processos penais, que pode ser comparado com a transformação ocorrida na Europa continental no século XIX<sup>578</sup>. Essas reformas, como um todo, não se trataram de meras reformas parciais em um sistema já posto e vigente<sup>579</sup> – como a reforma ocorrida no Brasil entre 2008 e 2011 –, mas senão de uma verdadeira modificação e *refundação*<sup>580</sup> do sistema segundo uma outra concepção do processo penal<sup>581</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que esse processo de reformas totais – ou *refundação* – consiste em renunciar por completo os códigos processuais penais antigos – reflexos da colonização do continente pelos europeus que trouxeram seus processos advindos da Inquisição, ou do sistema misto advindo *Code d’Instruction Criminelle* napoleônico – para colocar em vigor leis processuais penais conforme um sistema acusatório mais em consonância com o Estado Democrático de Direito<sup>582</sup>.

Trata-se, portanto, de um processo complexo que não admite explicações muito lineares, já que compreende esforços de diversas naturezas com muitos elementos políticos comuns entre os países latino americanos, porém outros bem particulares provenientes de cada história nacional dos países envolvidos. No entanto, essas particularidades não podem

---

<sup>577</sup> É oportuno afirmar que cada país da América Latina tem sua peculiaridade e apesar de se colocar de forma genérica que houve uma reforma no continente, uma reforma no Chile (utilizado como exemplo no continente) obteve efeitos práticos diferentes do que uma reforma na Bolívia, por exemplo.

<sup>578</sup> No mesmo sentido, LANGER: “Essas reformas são possivelmente as maiores transformações às quais os procedimentos criminais latino-americanos foram submetidos em quase dois séculos.” (LANGER, Máximo. *Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 6).

<sup>579</sup> De forma geral, as primeiras discussões trataram sobre leis direcionadas a uma modificação parcial. Porém, o fato de alguns objetivos centrais da mudança (como a implementação da oralidade) seriam difíceis sem uma mudança total, o que fez que se sustentasse uma política de mudança total, pelo fato de que a superação do modelo inquisitivo não poderia ser resolvida com modificações leves (BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 59).

<sup>580</sup> Adotamos o termo *refundação* utilizado por CHOUKR, uma vez que “A *refundação* está para muito além da reforma e sua adoção implica em impactos gerais na sociedade que precisa se ver tocada de modo perceptível para entender a mudança no seu comportamento.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Permanências Inquisitivas e Refundação do Processo Penal: a gestão administrativa da persecução penal*. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália – vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 67).

<sup>581</sup> MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 17.

<sup>582</sup> MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 17. Conforme POSTIGO: “podemos afirmar que foram forjados com o objetivo de abandonar a práticas inquisitórias dominantes e instalar bases republicanas na forma de administrar a justiça na ordem penal. A oralidade, como metodologia para adotar decisões judiciais, constitui um caminho para romper com a fechada tradição inquisitorial”. (POSTIGO, Leonel González. *Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina*. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 15).

retirar o caráter da reforma regional como um movimento unitário, que contém certos valores compartilhados, bem como problemas políticos e heranças similares<sup>583</sup>.

Para entender melhor esse fenômeno de reforma no processo penal deve-se colocá-la sob o prisma de pelo menos três perspectivas. Primeiramente, a perspectiva que toma em conta o processo penal como parte de políticas de desenvolvimento do Estado no sentido de intervir nos conflitos mediante violência – análise político-criminal do processo penal. Entre essas discussões, tem-se não somente as reformas dos códigos (penais ou processuais), mas a política penitenciária, a organização policial e a questão do novo autoritarismo latino-americano.

Nesse sentido, o crescente reconhecimento dos direitos humanos na década de 1970 e o aumento do nível de criminalidade, real ou percebida, na década de 1990 contribuíram para a percepção de que os padrões de devido processo legal na região eram muito baixos em relação a outras regiões do mundo, bem como colocou em cheque a eficácia dos velhos sistemas de justiça criminal, pois a taxa de criminalidade aumentou na América Latina desde a década de 1980 até meados da década de 1990<sup>584</sup>.

A segunda perspectiva é a histórica – que foi tratada mais detalhadamente no capítulo anterior – que abarca os movimentos de independência e republicano do século XIX na Europa inspirados nas bases do movimento iluminista que influenciou os da América Latina no século XX, ao passo que refletiu em diversas áreas do conhecimento, inclusive no processo penal.

Por último, a terceira perspectiva se coloca em uma visão sistêmica dos mecanismos de intervenção do Estado nos conflitos sociais, de modo a se caracterizar um sistema de controle social. Nesse aspecto, compreende-se não somente o processo penal, mas o sistema

---

<sup>583</sup> BINDER, Alberto M. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 125-126. “Como tal, as reformas compartilham muitas características, incluindo a introdução de julgamentos orais, públicos; a introdução e/ou reforço do cargo do promotor; e a decisão de colocar o promotor em vez de o juiz a cargo da investigação pré-julgamento.” (LANGER, Máximo. *Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 6). Ao mesmo tempo, consolidou-se cultural e intelectualmente uma forma de compreender o processo penal e sua funcionalidade político criminal, o que permitiu estabelecer relações de cooperação entre várias entidades na América Latina, como por exemplo o Instituto Iberoamericano de Processo que propiciou a criação dos Códigos Processuais Modelos (civil e penal), que serviram de modelo para as reformas no continente (BINDER, Alberto M. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 126).

<sup>584</sup> LANGER, Máximo. *Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017, dez., p. 17.

penal como um todo, o que se agrava com o crescimento da malha penal operada por um Estado historicamente autoritário e desrespeitador dos direitos humanos<sup>585</sup>.

Com isso, acentuou-se uma visão de “políticas públicas” no interior das reformas processuais penais, de forma que se permitiu incorporar outras visões, outros problemas e outras disciplinas diferentes das do processo penal, superando assim um olhar meramente processual<sup>586</sup> por um do desenvolvimento de políticas públicas, o que fez contribuir com a estabilização dos esforços de mudança, politizando e permitindo que vários setores políticos participassem desse processo de modificação<sup>587</sup>.

Desse modo, ao longo dessas mais de três décadas de reforma processual penal latino americana, quase todos os países modificaram suas legislações e mantêm um procedimento pautado em uma estrutura acusatória funcionando – o único que não modificou foi o Brasil. Porém, ainda subsistem rotinas que provém dos diversos séculos em que o processo inquisitivo tomou conta, provocando uma espécie de círculo vicioso de *reconfiguração inquisitorial dos sistemas adversariais*, que seriam esquemas mentais que se fundam em práticas quotidianas – o “habitus” de BOURDIEU – provocando distorções nos sistemas judiciais, colocando como prática aquilo que se queria erradicar sob outras roupagens, o que demonstra que não basta uma mudança nas legislações ou nos códigos, mas a principal mudança deverá ocorrer na mentalidade de todos os atores do processo penal<sup>588</sup>.

Deve-se, portanto, no âmbito dessa discussão e implementação de um novo processo penal, verificar que ocorre o que BINDER chama de duelo de práticas, que seria o enfrentamento entre as velhas e as novas práticas, isto é, entre a tradição das práticas inquisitórias e as novas formas de atuação do modelo acusatório latino-americano<sup>589</sup>.

A partir disso, o objetivo comum e fundamental da reforma continental é abandonar, ou ao menos começar um processo firme de abandono, o sistema inquisitivo impregnado nas

---

<sup>585</sup> BINDER, Alberto M. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 126-128.

<sup>586</sup> Nesse ponto, “pretender caracterizar el proceso de transformación judicial em América latina desde la ventana de lo que comúnmente se han entendido que son problemas ‘estrictamente procesales’ es el mejor modo de perder el rumbo y construir una línea argumental, aparentemente rigurosa, pero necesariamente superficial.” (BINDER, Alberto M. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 132).

<sup>587</sup> BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 48.

<sup>588</sup> BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 52-53.

<sup>589</sup> BINDER, Alberto M. **La implementación de la nueva justicia penal adversarial**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 143.

entranhas culturais da região<sup>590</sup>. Dessa forma, a reforma da justiça penal deverá compreender todos os âmbitos onde se tenha instalado a cultura inquisitiva, de forma que refunde todas as instituições para que ocorra uma mudança brusca onde se instala e se reproduza o modelo inquisitivo.

Assim, a finalidade compartilhada entre todas essas reformas é a tentativa de estabelecer um modelo judicial de juízo oral pleno, ou seja, que a decisão seja dada por um juiz imparcial que tenha recebido de forma direta e imediata a prova em um debate verdadeiramente público e contraditório. Para isso, torna-se imprescindível a plena vigência do sistema acusatório, no qual os sujeitos processuais têm cada um sua função (pré)estabelecida e definida, não se confundindo em nenhum momento seus papéis<sup>591</sup>.

Com isso, pode-se afirmar que esse processo de reforma na América Latina avançou com diferentes graus de profundidade em cada país, ao passo que POSTIGO<sup>592</sup> identifica três dimensões de transformações que podem ser agrupados em três momentos históricos: (a) transição democrática; (b) consolidação do sistema e aparecimento de novas demandas; e (c) estado de situação atual da reforma na América Latina.

A primeira dimensão – transição democrática – caracteriza-se por estabelecerem em sua reforma um sistema por audiências orais, no qual todas as decisões são feitas nas salas de audiência e o público pode acompanhar sem limitações formais. Verifica-se que nessa primeira etapa o procedimento oral somente foi introduzido na fase de julgamento, para que as decisões fossem tomadas no momento mais importante do processo. Outra modificação nessa primeira dimensão foi que a tarefa exclusiva de investigação fosse denominada ao Ministério Público, que também tinha a função de desenhar a persecução penal, reservando ao juiz a sua única função de tomar decisões jurisdicionais.

---

<sup>590</sup> “En términos generales, el objetivo de estas reformas fue cambiar los sistemas inquisitivos y escritos legados por nuestros colonizadores, por sistemas adversariales y orales.” (VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. La nueva generación de reformas procesales penales en latinoamérica. **URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, n. 3, p. 33-47, 23 jan. 2014, p. 33).

<sup>591</sup> BINDER, Alberto M. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 128-130.

<sup>592</sup> POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 15-16. Em uma perspectiva similar VARGAS VIANCOS diz que é possível falar de reformas de primeira e de segunda geração na região: “Desde este punto de vista es posible hablar en la región de reformas de primera y de segunda generación. Si las primera estaban caracterizadas por utilizar como instrumento de cambio tan sólo las transformaciones normativas y, por lo tanto, la reforma se ‘hacia’ cuando se aprobaban los nuevos textos legales; las segundas entienden que la reforma es mucho más compleja y que por lo tanto lo clave no es la aprobación de una nueva ley, sino su implementación.” (VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. La nueva generación de reformas procesales penales en latinoamérica. **URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, n. 3, p. 33-47, 23 jan. 2014, p. 35)

A segunda dimensão – consolidação do sistema e aparecimento de novas demandas – são onde começam a se discutir sobre esse novo sistema de justiça penal. Trata-se de um reconhecimento da complexidade que existe na substituição de todo um sistema institucional tradicional persistente por muitos séculos no procedimento e na cultura de uma região. Em outras palavras, nesta etapa se preocupa com a colocação em prática das mudanças ocorridas na etapa anterior, para que não ocorra o que BINDER chama de “fetichismo normativo”<sup>593</sup> e caia no erro de somente trocar um código por outro, mantendo-se uma cultura autoritária que continuaria com interpretações distorcidas das formas processuais.

Já na terceira dimensão – estado de situação atual da reforma na América Latina – se abordam os desafios enfrentados atualmente pelos sistemas judiciais da região e os avanços isolados que alguns países obtiveram com a consolidação de um procedimento oral, além da demonstração de que o funcionamento adequado requer uma supervisão permanente desde o início das mudanças<sup>594</sup>.

Percebeu-se com isso, que o sistema inquisitorial e seus variáveis tendiam a funcionar do mesmo modo que antes, isto é, que as ações dos atores por meio de práticas concretas, muitas vezes apenas burocráticas ou aparentemente inocentes, faziam com que o novo sistema judicial penal funcionasse com uma forma similar ao que tinha sido abandonado: escrito, demasiado lento, seletivo e com o papel ativo dos juízes na formação da prova<sup>595</sup>.

Importante salientar, portanto, que durante as reformas dos sistemas judiciais e sua implementação prática, observou-se que em alguns casos as reformas desenharam uma gestão isolada de um sistema baseado no juízo oral, uma vez que as fases anteriores ainda estavam fundadas no expediente escrito e a cultura inquisitória ainda atrelada nas instituições não deixava que o expediente não influenciasse o juízo oral, mantendo-o como a figura central da persecução penal<sup>596</sup>. Desse modo, muitos autores começaram a colocar como um novo eixo de

---

<sup>593</sup> “Se le ha puesto el nombre de “fetichismo normativista” a la práctica según la cual las autoridades públicas sancionan leyes, muchas veces con propuestas ambiciosas de cambio y, luego, se despreocupan de su puesta en marcha. Tras esta práctica no se encuentra una forma de “pensamiento mágico” – lo que sería una forma de volver superficial el fenómeno con analogías fáciles, sino uno de los mecanismos más profundos de pervivencia de la sociedad de privilegios, es decir, usar la legalidad como una máscara de legitimidad y no como instrumento de realización de políticas efectivas.” (BINDER, Alberto M. La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 de agosto de 2018.

<sup>594</sup> POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 17-24.

<sup>595</sup> BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 68.

<sup>596</sup> Nesse sentido, vale ressaltar a dificuldade na prática de um juízo oral de qualidade após as primeiras reformas, com altas taxas de suspensões de julgamento, baixa qualidade de litígio pela continuação da prova à

mudanças a instalação de audiências orais também na fase de investigação, isto é, “a formulação de imputação, a discussão de medidas cautelares e o controle do mérito da acusação formulada pelo promotor”<sup>597</sup>.

Nesse sentido VARGAS VIANCOS afirma que:

De hecho lo que sucedió fue que efectivamente se obtuvo un cambio importante en la región, lográndose que en todos los países que han hecho las reformas los juicios hoy en día sean efectivamente orales. Pero la subsistencia de los métodos tradicionales de trabajo en las etapas anteriores ha impedido que muchas de las buenas consecuencias de un sistema oral hayan podido efectivamente obtenerse. Ello nos ha llevado a entender que *llevar la oralidad a las intervenciones jurisdiccionales durante la instrucción es tanto o más crucial como la oralización del juicio*. Por lo pronto, debe considerarse que el porcentaje de asuntos que terminan en un juicio es muy menor, nunca más del 10% de los casos, finalizando todos los restantes durante la etapa de instrucción<sup>598</sup>.

Com isso, esse direcionamento da oralidade também nas etapas prévias ao juízo, supõe a introdução de novos ritos processuais que permitam assumir instituições que conduzam o processo cada vez mais a um modelo acusatório-democrático<sup>599</sup>, haja vista que a experiência da região demonstra uma forte tendência a converter a oralidade em mera verbalização, deixando de lado todas as práticas essenciais ao modelo oral.

Desse modo, pode-se afirmar que “o grande desafio de todas as reformas processuais é instalar sistemas de audiência que evitem as práticas que menosprezam o escopo e o sentido da oralidade”, uma vez que evidenciou-se a persistência no momento pós-reforma em relação a “uma função muito ativa dos juízes na produção de informação durante a audiência; a

---

prática de reproduzir o escrito e pela mesma prática inquisitiva dos juízes de substituir a atividade das partes com longos interrogatórios autônomos. Assim: “Dificuldades na implementação do julgamento oral por práticas administrativas arcaicas e incapacidade para litigar e julgar desde as novas regras do julgamento imparcial constituíam armadilhas graves o suficiente para gerar uma crise no projeto da oralidade da reforma.” (BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 69).

<sup>597</sup> POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 19-20.

<sup>598</sup> VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. La nueva generación de reformas procesales penales en latinoamérica. **URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, n. 3, p. 33-47, 23 jan. 2014, p. 40-41, grifos meus.

<sup>599</sup> ORTEGA LEÓN, Darina. La Oralidad: ¿Una necesidad en los sistemas de enjuiciamientos penales contemporáneos? **Revista Pensamiento Penal**, 2015. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40575-oralidad-necesidad-sistemas-enjuiciamientos-penales-contemporaneos> . Acesso em 02 de agosto de 2018.

suspensão de audiências sem causa justificada; a escassa preparação das partes; ou a incorporação de prova por leitura”<sup>600</sup>.

Frente a esse problema de que a etapa escrita se sobrepunha sobre a etapa oral e se expande sobre todo o processo, a resposta seria oralizar todo o procedimento e abandonar os expedientes escritos em todas as audiências, obrigando “que todo relacionamento entre as partes, tanto na etapa preparatória no controle da acusação, nas impugnações, na execução da pena e, certamente no juízo central, fosse levado adiante mediante um juízo oral e público”<sup>601</sup>.

Apesar da compreensão de que essa oralização de toda a persecução penal e o abandono do papel seja a mais adequada estratégia de superação da cultura inquisitória na América Latina, entende-se que o fato de existir uma fase anterior ao juízo oral, mesmo que escrita, não tira a legitimidade dos debates se forem cumpridos todos os requisitos de garantias do acusado, além do fato dos autos da fase pré-processual não poderem ser utilizados na audiência de instrução e julgamento, salvo no que tange às provas pré-constituídas.

Com isso exposto, tem-se que para uma refundação do processo penal na América Latina é preciso uma mudança estrutural nas instituições, ao passo que elas modifiquem suas estruturas fundadas em ritos inquisitórios/autoritários, além de uma modificação, ainda mais importante, na mentalidade dos atores responsáveis pelo andamento do processo, em uma mudança cultural de como se é visto o processo penal no continente<sup>602</sup>. Para isso, deve haver uma interação entre todos os institutos, com a academia tendo um papel central na formação dessa cultura<sup>603</sup>, tratando a reforma como uma política pública de longo prazo.

Segundo BINDER<sup>604</sup>, “o saber jurídico sempre se produziu a partir das necessidades profissionais, e sustentar no tempo as mudanças que vem levando adiante a justiça penal, cedo ou tarde, influenciará de um modo determinante o programa de ensino”.

---

<sup>600</sup> POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 25-26.

<sup>601</sup> BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 75.

<sup>602</sup> “É necessário identificar as instituições contra culturais, isto é, aquela que se opõe à cultura do procedimento e nos empurram para a cultura do litígio adversarial.” (BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 53).

<sup>603</sup> Deve-se ter em questão que há uma necessidade de uma discussão crítica sobre o sentido do processo, e que o autoritarismo presente na doutrina, presa a um horizonte publicístico e estatalista produz o “inquisitório eterno” (COLAO, Floriana. *Processo Penale e Pubblica Opinione: dall’età liberale al regime fascista*. In GARLATI, Loredana. **L’Inconscio Inquisitorio: l’eredità del código Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 263-264).

<sup>604</sup> BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 87.

## 3.2 Os ensinamentos da reforma do novo Código de Processo Penal italiano e as dificuldades da implantação de um verdadeiro sistema acusatório e oral no Brasil

### 3.2.1 A reforma do processo penal italiano como lição à reforma brasileira: a permanência de um inconsciente inquisitório nas práticas processuais penais

Como visto acima, as reformas latino-americanas foram fundamentadas em processos fundados na oralidade e em seus princípios derivantes na tentativa de superar os processos inquisitoriais ou mistos que afligiam todos os países do continente desde o período de colonização. O Brasil foi o único país da América Latina que não modificou de forma global o seu Código de Processo Penal, preferindo reformar de forma parcial o código, de forma que manteve a estrutura e o núcleo ideológico do código de 1941 inspirado no código fascista italiano de 1930.

Na Itália, no entanto, desde depois que o regime fascista caiu em 1944, entrou-se em discussão a reforma do *Codice Rocco* na tentativa de adequar o processo penal italiano aos anseios democráticos. ORLANDI<sup>605</sup> divide em três períodos diferentes, baseando-se no nascimento da República Italiana: a primeira vai da queda do fascismo até o final dos anos 50; a segunda vai do início dos anos 60 até a reforma processual no final dos anos 80; e a terceira vai desta reforma até os dias atuais.

No primeiro período (1944-1961), a Itália ainda se encontrava em guerra e estava juntando forças para investir em uma reconstrução material e institucional do país. No que tange ao sistema penal, existiram duas tentativas de reforma do código fascista: uma que reconhecia que o código de 1930 era expressão do regime recém caído e almejava substituí-lo pelo antigo código liberal de 1913; a segunda, pretendia ser menos radical ao ponto de apenas reformar de forma parcial o Código Rocco, adaptando-o ao ambiente democrático<sup>606</sup>.

---

<sup>605</sup> ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”** – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 19. Segundo o autor, “a periodização sugerida é baseada em uma tripla distinção: a situação sócio-política; o estilo de doutrina; o consequente cenário reformista.” (ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”** – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 19).

<sup>606</sup> Nesse ponto, há uma certa semelhança com a tentativa de “salvar” o CPP brasileiro na década de 1990 e 2000 após a constituição democrática de 1988, com o fundamento de enxertar “alterações necessárias para torná-lo



No segundo período analisado por ORLANDI (1961-1989), a Itália estava no *boom* econômico e almejava um projeto com ares utópicos à época: superar o modelo processual misto advindo desde o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 e substituí-lo por um modelo adversarial. Para isso, o Ministro da Justiça GONELLA em 1962 instituiu uma comissão para realizar uma reforma do CPP e chamou CARNELUTTI para ser o presidente, que redigiu um esquema de código composto por 227 artigos que se caracterizava, sobretudo, pela separação entre investigação preliminar pelo Ministério Público e a fase definitiva do processo de conhecimento, abandonando o modelo misto.

Apesar do esquema de CARNELUTTI não se transformar em projeto de lei, consagrou a ideia de que o código deveria ser reconstruído por inteiro em uma reforma global, e não somente revisado em algumas partes, além de colocar os intelectuais do processo penal no jogo legislativo<sup>607</sup>, ao passo em que ocorreram diversos debates por muitos anos até a proposta final. Conforme ORLANDI, o que se pode afirmar é que em todos os projetos desse período almejava-se a implementação de um sistema acusatório, na busca de uma paridade de armas entre as partes em que as garantias defensivas estavam presentes desde a fase preliminar, bem como exaltava-se o contraditório, a oralidade e a concentração na fase de mérito<sup>608</sup>.

---

compatível com os postulados do Estado Democrático.” (ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 35). Assim, tem-se que na Itália a “escolha de 1944-45, no sentido de parcial e gradualmente ‘desfascistizar’ os códigos produziu um duplo efeito: de anexar o discurso da reforma no campo do tecnicismo jurídico e o de afastar uma reforma integral, conforme se eliminavam dos códigos os elementos mais visivelmente incompatíveis com o regime democrático. [...] Certo é que o código Rocco pôde viver mais de uma vida através de progressivos ajustes, produtos de reformas, com êxitos parciais e controvérsias. O uso da técnica, a consciência da dimensão dogmática, a clareza e a modernidade da linguagem, o excelente nível de coordenação e sistematização dos institutos tornavam difícil o seu abandono.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 273). Cf. LACCHÈ, Luigi. “Sistemare il Terreno e Sgombrare le Macerie”: gli anni della “Costituzione Provvisoria”: alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e de codice di procedura penale (1943 – 1947). In GARLATI, Loredana. **L’Inconscio Inquisitorio**: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

<sup>607</sup> Nesse sentido, AMODIO: “Parece evidente, neste ponto, qual foi o papel dos juristas no iter de formação do código. Eles não dialogaram com os órgãos legislativos de fora e à distância das sedes institucionais, como tinha ocorrido entre nós, no passado, quando Francesco Carnelutti redigiu, em 1963, um esboço de código no âmbito de uma Comissão ministerial investida de uma tarefa consultiva e propositiva ou, na França, onde a “Commission Justice pénale et Droit de l’homme”, presidida por Mireille Delmas Marty, foi incumbida de formular um projeto de reforma parcial do código de processo penal, submetido depois ao crivo dos órgãos institucionais. Os processualistas penais italianos assumiram as vestes de atores do processo de criação das normas sob um duplo perfil que constitui um unicum, algo sem precedentes, no panorama das experiências até agora conhecidas.” (AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 12).

<sup>608</sup> ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade**

A superação do autoritarismo manifestado pelo Código Rocco, portanto, estava diretamente ligada a efetivação dos direitos constitucionais que tutelavam a liberdade e a defesa no processo penal, e os juristas sabiam que tinham que “construir um sistema normativo livre das antinomias de um ordenamento marcado por um ‘garantismo inquisitório’, isto é, por uma estrutura intrinsecamente autoritária melhorada apenas de fachada pela concessão de algumas garantias”<sup>609</sup>.

Para isso, promete-se por meio de uma lei delegada em 1974 um articulado definitivo de um novo código em até dois anos da entrada em vigor da lei. O professor Giandomenico PISAPIA foi quem ficou responsável por presidir a comissão responsável por redigi-lo. Contudo, o articulado ficou pronto somente em 1978, em um momento não propício para reformas, já que estava em plena emergência antiterrorista, o que suspendeu os trabalhos de reforma do CPP italiano. Os trabalhos só começaram após esse período emergencial no final do ano de 1983 e em 1987 uma nova lei delegada é promulgada<sup>610</sup> e pouco mais de uma ano após, está pronta a versão definitiva do código, publicada em 24 de outubro de 1988 (p. 38-39).

Com isso, segundo ORLANDI

Com a entrada em vigor em 24 de outubro de 1989, o novo código de processo penal revela notável afinidade com o modelo carneluttiano da *inchiesta di parte*. A ideia central se caracteriza por uma marcada separação entre fase preliminar e a fase do processo. A atuação do direito de defesa é buscada através de um reequilíbrio nas relações de força entre acusação e defesa. O Ministério Público é indiscutivelmente o gestor da *indagine preliminare*, mas os conhecimentos por ele adquiridos servem, em regra, somente para fins de preparação da acusação e para, assim, sustentá-la com provas e argumentos robustos perante o juízo do *dibattimento*<sup>611</sup>.

---

**Inquisitória e Processo Penal no Brasil:** anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 35.

<sup>609</sup> AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 14-15.

<sup>610</sup> Nesta lei delegada o parlamento “fez incluir diretivas que impunham ao legislador a disciplina da prova *de modo idôneo a garantir ao Ministério Público e às partes privadas obter a admissão e a aquisição dos meios de provas requeridos*, além de outros pontos em que se acentuava o caráter contraditório de todos os atos e provimentos relacionados à incorporação do material probatório.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69). Isso é verificado no art. 190.1 e 190.2 do CPP italiano: **Codice di Procedura Penale** italiano. Art. 190. Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.

<sup>611</sup> ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil:** anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 39.

Assim, o primeiro código inteiramente reformado na República Italiana traz uma contribuição cultural que traçou a sua disposição global, surgindo daí um modelo original de processo acusatório. Como exemplo emblemático tem-se o caso das provas. O código contém pela primeira vez no ordenamento processual continental um verdadeiro direito às provas penais inseridos em uma posição autônoma<sup>612</sup>.

No que tange à formação probatória, o novo Código de Processo Penal italiano marcou uma mudança radical no modo de projetar o contraditório no âmbito da prova oral, uma vez que no sistema anterior o contraditório era exercido sobre as provas já produzidas – por meio das atas dos depoimentos das declarações prestadas na fase de investigação –, no sistema novo se realiza no momento de formação da prova<sup>613</sup>.

Para isso, o código prezou por uma separação clara entre a investigação preliminar – fase em que a acusação e a defesa realizam suas buscas das provas de forma unilateral – e o *dibattimento* – fase em que as provas são formadas pelas partes em contraditório perante o juiz que irá julgar a causa –, colocando em evidência a ideia de um contraditório em sentido forte, haja vista a garantia de que as declarações de testemunhas e imputados somente valem como prova se produzidas por meio do método do *cross examination*, enquanto as que não forem não poderão ser utilizadas como prova para fundamentar decisões (com exceção daquelas pré-constituídas e irrepetíveis)<sup>614</sup>.

---

<sup>612</sup> AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 16-17. “Absolutamente original e destinada a ter um grande sucesso no léxico da delegação de 1987 e no texto do código, é, portanto, a sanção de inutilização, criada já no Projeto de 1978 para atingir o fenômeno da transgressão das proibições probatórias” (AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 17).

<sup>613</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 664-665. Destaca GOMES FILHO que “o novo diploma peninsular não somente operou uma alteração na *técnica* de reconstrução dos fatos no processo, mas realizou fundamentalmente uma opção de natureza político-ideológica, na direção de um *modelo cultural* em que o princípio da igualdade jurídica entre as partes corresponde, no plano lógico, o princípio da divisão de conhecimento [...] o contraditório deixa de ser um simples instrumento de controle das partes sobre informações já colhidas, para construir-se em participação efetiva na própria introdução e formação do material probatório. A principal consequência dessa postura é que somente se pode considerar como *prova*, em sentido pleno, e como tal apta a servir de base a uma decisão final, aquela que é introduzida pela parte – e sob o controle do adversário – na fase do júízo oral, o *dibattimento*, justamente considerado o momento central, o coração do novo processo; é aí, com efeito, que se desenvolve a tarefa primordial da acusação e da defesa na elaboração da prova, especialmente através do exame direto das testemunhas, bem como pela efetivação do direito à *contraprova*.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 70).

<sup>614</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 665. Segundo FASSLER: “Now, two dossiers exist: the prosecutor's (which still contains everything learned during his investigations) and the judge's. The prosecutor's dossier is largely like the file of an Anglo-American prosecutor, generally not to be viewed or used by the trial judge. Besides the evidence of the crime itself (photographs of a body, etc.), the dossier received by the trial judges from the preliminary investigation judge contains only the transcripts of any

Vale ressaltar a influência do procedimento anglo-americano na coleta probatória do Código de Processo Penal italiano de 1988<sup>615</sup>, especialmente com o instituto do exame cruzado que coloca somente como prova o que for utilizado na fase de *dibattimento*. O código presou pela estrita separação entre as fases de investigação e de debates, colocando de forma restritas quais atos produzidos na investigação podem ser utilizados na audiência de instrução e expandindo as regras de exclusão das provas produzidas de forma ilegal (*exclusionary rules*)<sup>616</sup>.

No terceiro período adotado por ORLANDI (1989-dias atuais), fase pós-código, ao contrário do que ocorreu na fase antes do código, prevaleceu o domínio das repartições ministeriais sem a mediação dos juristas. Os principais interesses eram, por um lado, a administração para que ocorresse o funcionamento da nova máquina processual; e por outro, uma política de administração das relações entre os atores da justiça e a resposta adequada aos problemas cotidianos impostos pelas cobranças de repressão da criminalidade<sup>617</sup>.

Porém, essa radical transformação de um sistema tradicionalmente misto para um modelo acusatório não teve uma duração consistente, sendo em pouco tempo superada por reformas pontuais que recolocaram alguns dos elementos característicos do processo inquisitório no interior do novo processo penal italiano<sup>618</sup>.

Esse afastamento da academia por meio dos juristas na fase que sucedeu à entrada em vigor das normas do CPP italiano evidenciou o fortalecimento daqueles nostálgicos do rito inquisitório, representados majoritariamente pelos magistrados que viram o aumento da

*incidente probatorio* that have been held and reports of "non-repeatable acts," searches and seizures performed by the prosecutor and the police. Trial judges now are thus largely confined to evaluating the evidence presented by the parties at trial." (FASSLER, Lawrence J. **The Italian Penal Procedure Code: an adversarial system of criminal procedure in continental europe**. J.D. Candidate, Columbia, 1991, p. 267-268)

<sup>615</sup> Essa influência é posta em evidência quando o código importa em um de seus procedimentos especiais o instituto do *plea bargaining* no qual chama de *patteggiamento*: "Probably the most important of the new special proceedings is the "plea bargaining" proceeding. Officially called "application of the penalty on request of the parties," it is a sweeping procedure that is not limited to specific categories of crimes. [...]The bargain can be made at any time until the trial. When the parties agree on the charge and penalty, the role of preliminary investigation judge is limited to that of assuring that the legal classification of the offense is correct, or that an outright dismissal of the charge is not required. Such an agreement is not appealable." (FASSLER, Lawrence J. **The Italian Penal Procedure Code: an adversarial system of criminal procedure in continental europe**. J.D. Candidate, Columbia, 1991, p. 264-265)

<sup>616</sup> FASSLER, Lawrence J. **The Italian Penal Procedure Code: an adversarial system of criminal procedure in continental europe**. J.D. Candidate, Columbia, 1991, p. 254-255. Segundo FERRUA, "la prove che sai stata acquisita, violando una regola di esclusione, è giuridicamente inesistente, *tamquam non esset*." (FERRUA, Paolo. **Il 'giusto processo'**. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 54).

<sup>617</sup> AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 19.

<sup>618</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 71.

participação da acusação e da defesa na formação da prova enquanto eles não poderiam se intrometer<sup>619</sup>.

Mais uma vez adotando os escritos de ORLANDI<sup>620</sup>, subdivide-se esse último período em quatro tempos: (a) o triênio experimental; (b) a época das Mãos Limpas; (c) a época do justo processo; e (d) a época da obsessão por segurança e a abertura do espaço jurídico europeu.

Em relação ao triênio experimental (a), o art. 7º da lei delegada atribuía ao Governo o poder de provider normas corretivas nos três primeiros anos de vigência do código. Sabia-se da dificuldade que seria a aplicação da nova lei processual, dada as significativas mudanças nas relações das forças internas à resolução do caso penal, que iam ao encontro com as práticas e a mentalidade utilizadas há séculos e presentes no código anterior. Nesse ponto, os Juízes e os membros do Ministério Público criticam abertamente a rígida separação entre a fase de investigação e a fase judicial, criticam também algumas vedações probatórias que para eles tornam difícil sustentar a acusação em juízo. Isso, somado à inércia dos juristas intelectuais, fez com que o destino do processo reformado ficasse nas mãos dos juízes constitucionais.

Com isso, em 1992, três manifestas sentenças – n. 24, n. 254, n. 255<sup>621</sup> – da Corte Suprema operaram uma verdadeira contrarreforma do direito processual italiano recém-reformado<sup>622</sup> fundamentado na antítese contraditório *versus* busca da verdade que demoliram

---

<sup>619</sup> AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 20.

<sup>620</sup> ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 65-ss.

<sup>621</sup> Essas sentenças trataram a respeito de dúvidas de constitucionalidade de algumas regras do código italiano em face do art. 24.2 da constituição italiana e afirmaram “a existência de um princípio de *não dispersão dos meios de prova*, em virtude do qual seria admissível a utilização, na decisão final, de depoimentos tomados pelo Ministério Público ou mesmo pela Polícia Judiciária, desde que submetidos posteriormente ao debate contraditório.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 72). Nesse sentido FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 129. Conforme AMODIO: “Infelizmente, a Corte constitucional não permaneceu insensível ao grito de dor dos magistrados italianos e progressivamente restituiu ao Ministério Público e ao juiz da instrução os poderes de utilização das declarações extra-debates e de aquisição das provas de ofício que tinham sido abolidas para garantir o valor constitucional da posição de terceiro do juiz.” (AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 20).

<sup>622</sup> “É, portanto, evidente o paradoxo que se delineou em consequência do movimento de revisão iniciado pelos pronunciamentos da Corte constitucional: o Código de 1988 foi criado para dar atuação aos valores da Constituição; em nome dos mesmos valores, o código é agora demolido nas suas partes mais vitais. O destino dos juristas do código parece, portanto, bem singular: a sua cultura de fonte constitucional afirma-se na elaboração das normas, mas é derrotada na atuação do sistema por uma ideologia de perfil oposto que se nutre da mesma tábua de valores.” (AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 20).

os pilares do sistema acusatório<sup>623</sup>. Segundo AMODIO, foi o excesso de zelo ideológico, muitas vezes induzidos a criar normas com uma função de mero repúdio aos institutos do velho sistema, que fez nascer reações contrária das instituições. Quanto à ideologia do direito às provas penais, por exemplo, “não se pode extrair da supressão da fórmula ‘verificação da verdade’ a reação que conduziu a Corte constitucional a reintroduzir o poder inquisitório do juiz sob aparência de um inédito ‘princípio da não dispersão da prova’”, contudo, pode-se entender, até de forma compreensível, que a perda de poderes dos magistrados, fez com que os Juízes da Corte, “educados numa cultura que faz do juiz penal o dominus da prova, tenham ficado no mínimo desorientados pela ideia de que os juristas da Comissão ministerial tivessem querido realmente construir um processo em que não se busca a verdade<sup>624</sup>.

Ademais disso, o Governo cede às pressões e aprova um decreto lei – Decreto Lei n. 306, convertido na Lei 356 que introduziu o art. 190 *bis* no CPP italiano<sup>625</sup> – que aumenta ainda mais o peso da investigação no juízo de mérito. A consequência disso é a ampliação dos poderes do Ministério Público em toda a persecução penal, deixando a posição da defesa marginalizada.

O resultado prático dessas decisões no processo penal italiano é que quando a testemunha depõe em julgamento, as declarações antes feitas na fase de investigação ao Ministério Público ou a polícia permanecem inutilizáveis somente no caso de a testemunha reproduzir de forma fiel. No caso dela silenciar ou fizer declarações distintas às declarações precedentes, o *fascicolo* (inquérito) é transportado para o julgamento. Com isso, o juiz poderá

---

<sup>623</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 667. Segue o autor afirmando que “infelizmente o conflito entre verdade e contraditório, aberto pela Corte constitucional, terminará condicionando pesadamente cada subsequente intervenção do legislador, forçado a manter a noção fraca de contraditório sobre a prova, típica do código revogado; a ideia, simétrica e contrária, de que a essência da correta reconstrução dos fatos possa ser tutelada exatamente pelas regras que proíbem o uso de elementos recolhidos em segredo não influencia os juízes constitucionais.” (FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 668).

<sup>624</sup> AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 16. Por isso a importância da mudança tanto no quadro dos atores do regime antigo para o regime novo, como na legislação interna das instituições, como ocorreu em alguns países da América Latina, por exemplo o Chile.

<sup>625</sup> **Codice di Procedura Penale**. Art. 190-bis. Requisiti della prova in casi particolari. 1. Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze. Esse dispositivo admite, “em certos crimes mais graves, a utilização, como prova, de declarações prestadas por testemunhas em fases anteriores ao *dibattimento*, ou prevê a reinquirição das mesmas apenas quando o juiz considere isso absolutamente necessário” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 71).

efetuar uma escolha entre as duas diferentes versões dos fatos, uma “secreta” e outra “pública”, da mesma forma que ocorre nos sistemas mistos. O efeito sobre o sistema é que o inquérito acaba por influenciar o juízo oral, ou, em outras palavras, os atos utilizados na fundamentação da decisão do julgador poderão ser os que foram realizados fora da presença do juiz da causa na audiência em contraditório, ou seja, aqueles produzidos unilateralmente pelo Ministério Público ou pela polícia<sup>626</sup>.

No segundo período da pós-reforma do CPP italiano (b), a época da “Operação Mãos Limpas”, essas modificações tiveram um importante papel na “brusca involução inquisitorial” do sistema processual penal italiano. Para condenar o acusado, bastava que o Ministério Público obtivesse durante a fase de investigação declarações incriminatórias de um corrêu, que normalmente se oferecia a possibilidade de negociar uma pena destinada a ser, no máximo, suspensa condicionalmente. Essa foi uma técnica muito utilizada nos casos de criminalidade organizada para proteger os delatores dos mafiosos<sup>627</sup>.

Durante a experiência da *Mani Pulite* existiu um conflito entre a Magistratura e a advocacia italiana. Desse conflito, inicia-se o período do justo processo (c), que a partir do encerramento da inicial fase de investigação da operação começaram a produzir, lentamente e com dificuldade, alguns resultados desejados pelos advogados em relação à restauração da dignidade da defesa do acusado. Em 1995, a Lei n. 332 revê a disciplina da custódia cautelar e reforça a posição do defensor na fase de investigação preliminar. Em 1997, a Lei n. 267 tenta restaurar o procedimento oral com o direito ao exame cruzado das testemunhas de acusação durante o *dibattimento*, que a sentença 254/1992 da Corte Constitucional tinha redirecionado à fase de investigação feito pelo Ministério Público. Contudo, essa tentativa foi neutralizada por outra sentença (n. 361/1998), que reafirmou a possibilidade de um réu ser condenado com base em declarações feitas ao MP e nunca passadas pela defesa<sup>628</sup>.

Surge daí um conflito entre o Parlamento e a Corte Constitucional italiana, que resultou na revisão do art. 111 da Constituição<sup>629</sup> e na chamada reforma do “justo processo”.

---

<sup>626</sup> FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017, p. 672.

<sup>627</sup> ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”** – Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 20-21.

<sup>628</sup> ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”** – Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 30-31.

<sup>629</sup> **Costituzione della Repubblica Italiana**. Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Com isso, seguiram-se duas iniciativas legislativas com o intuito de implementar, ao menos em parte, a ideia de um processo penal justo, por meio de uma redefinição das relações de poder entre os sujeitos processuais: a Lei n. 397/2000 que disciplina as investigações defensivas, na tentativa de aproximar a defesa do Ministério Público; e a Lei n. 63/2001, que transforma em normas ordinárias os novos princípios do justo processo dedicados ao modo de produção da prova oral – §§3º a 5º do art. 111 –, de modo que a Corte Constitucional se vê forçada a superar a jurisprudência de 1992<sup>630</sup>.

Após esse período, todo o mundo ocidental se vê compelido a se adaptar a tragédia do 11 de setembro de 2001 e a promulgar leis especiais para enfrentar o terrorismo. Trata-se do quarto período (d) em que a segurança dos cidadãos é transformada em verdadeira obsessão dos Estados, com apoio massivo dos meios de comunicação em massa, e o discurso é que é necessário o sacrifício de direitos e garantias para a preservação da segurança da comunidade. Há, portanto, uma expansão do sistema penal, especialmente aqueles confiados às agências de controle administrativo de prevenção, como a Polícia e o Ministério Público, o que faz com que tenham reflexos no processo penal hodierno<sup>631</sup>.

Com isso, percebe-se que essa situação de regresso em relação aos avanços trazidos pelas normas do CPP italiano de 1988 ocorreu pelo fato de que, embora se tenha mudado a legislação, não se mudou a mentalidade e a cultura inquisitória ainda presente nos atores responsáveis pelo sistema jurídico, ou, em outros termos, revogou-se o CPP anterior de 1930, mas suas ideias continuaram repercutindo na práxis dos Tribunais.

---

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.

<sup>630</sup> ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”** – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 48-49.

<sup>631</sup> ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”** – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 49-51.



Trata-se, com efeito, de um problema cultural e ideológico, já que o processo penal é – como dito no primeiro capítulo – reflexo dos interesses políticos e ideológicos daqueles que exercem com mais força o poder e, por mais que se mude a legislação para uma estrutura acusatória, os atos permanecerão inquisitórios por estarem inseridos em uma ideologia autoritária.

Diz-se, assim, haver um “inconsciente inquisitório”<sup>632</sup> formado por essa ideologia e que está presente nos atores do sistema penal fazendo com que as suas práticas ainda estejam inseridas no contexto anterior às mudanças inseridas pela nova legislação. Nesse sentido, CAPPELLINI indaga se mesmo após as mudanças com o código italiano de 1988 o cenário do processo penal não está indicando um cenário de um “garantismo inquisitório” – ao qual tratou AMODIO – a um acusatório sem garantias?<sup>633</sup>

O autor ainda destaca que a progressiva marginalização do CPP italiano fez com que existisse uma espécie de arquipélago normativo formado de diversas ilhas, entre as quais o código aparece como o mais vasto e relevante, mas não o único, o que faz com que haja uma crise de normatividade, uma vez que há uma hipertrofia do direito penal que gera uma “penalização selvagem” retirando-o do seu papel de garantia. Isso faz com que haja uma mistura inconsciente entre o CPP com normas acusatórias e garantistas – porém com interpretações inquisitórias dadas pelo Poder Judiciário –, por um lado, e a banalização do direito penal – sobretudo após o 11 de setembro –, por outro, o que faz com que prevaleça o autoritarismo como ideologia dominante e que o sistema inquisitório entre por contrabando por meio das malhas da reforma do processo penal<sup>634</sup>.

Com isso, entende-se que a simples alteração legislativa – fetichismo normativo de BINDER – não tem a capacidade de modificar um sistema preponderantemente inquisitório fundado em uma ideologia autoritária, que se mantém vivo há cerca de 800 anos, em um modelo acusatório de forma simples e rápida<sup>635</sup>. O problema é mais profundo, o sistema

---

<sup>632</sup> A partir de um encontro realizado em 2006 na *Università degli Studi di Milano-Bicocca*, que reuniu juristas e historiadores italianos para refletir sobre as mudanças trazidas pelo Código de Processo Penal italiano de 1988 e registrado em um livro organizado por GARLATI com o título *L'inconscio inquisitório* (O inconsciente inquisitório): GARLATI, Loredana. **L'inconscio inquisitório: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

<sup>633</sup> CAPPELLINI, Paolo. ‘L'inconscio inquisitório’ e regime autoritari: um collegamento ‘necessario’? In: GARLATI, Loredana. **L'inconscio inquisitório: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 30-31.

<sup>634</sup> CAPPELLINI, Paolo. ‘L'inconscio inquisitório’ e regime autoritari: um collegamento ‘necessario’? In: GARLATI, Loredana. **L'inconscio inquisitório: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 34-35.

<sup>635</sup> Veja-se por exemplo na Itália em que o código de processo penal Rocco foi substituído há mais de vinte anos, mas a cultura inquisitória que lhe permeava ainda circula, pelo menos no nível inconsciente (CHIODI, Giovanni. “Tornare All’Antico”: il códice di procedura penale Rocco tra storia e attualità. In GARLATI, Loredana.

inquisitório está na mente – consciente ou inconscientemente – de todos os atores do sistema penal e é preciso lutar para que ocorra uma mudança na cultura inquisitória presente na ideologia política contemporânea.

### 3.2.2 Reformas parciais no Código de Processo Penal Brasileiro e a permanência de seu núcleo autoritário

O Brasil, como dito, foi o único país da América Latina que não reformou por completo o seu Código de Processo Penal após a onda democrática do continente. Por outro lado, o país adotou a estratégia de reformar parcialmente o seu código, mantendo a estrutura e as ideias do código de 1941, com expressa influência do *Codice Rocco* e da doutrina italiana da época, que por sua vez mantinha o “sistema misto” do código napoleônico vivo.

Com isso, a partir de 2008 com as Leis 11.689 e 11.690 até a Lei 12.403 de 2011 foram aprovadas leis que tinham o objetivo de adaptar o processo penal brasileiro aos preceitos determinados pela Constituição da República de 1988 e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos que o país assinou. Com isso, imaginava-se que o modelo processual penal de 1941 perderia sua referência legal com as alterações nos regimes jurídicos da prova e das medidas coercitivas cautelares, além das estruturas dos procedimentos comuns e do júri, e ocorressem modificações nos comportamentos e no cotidiano das atividades do sistema de justiça criminal, que todavia, não ocorreram<sup>636</sup>.

Segundo CHOUKR, ao abrir mão de trilhar o caminho seguido pelos outros países no mesmo contexto geopolítico, “o Brasil optou pelo caminho de segmentar as reformas do CPP em tópicos, as denominadas reformas parciais que foram seletivas (jamais enfrentando, por exemplo, a investigação criminal, o modelo de nulidades e o falido campo recursal)”, de modo que mantém e reproduz a “estrutura inquisitiva do regime fascista-varguista, nada obstante portadoras de algum lustro de atualização técnica”<sup>637</sup>.

Essa opção diferenciada em relação aos outros países latino americanos distancia o Brasil do cenário reformista do continente, pois não acompanha o desenvolvimento da

---

**L’Inconscio Inquisitorio:** l’eredità del código Rocco nella cultura processual penalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010, p. 305).

<sup>636</sup> PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015, p. 552.

<sup>637</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências Inquisitivas e Refundação do Processo Penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália – vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 65-66.

oralidade – mantendo aqui uma concepção atrasada e reducionista do instituto –, além de uma hipertrofia da atividade policial, conservando-a como a principal formadora das provas no processo penal.

Nessas diferenças, na mesma linha de CHOUKR, destacam-se os seguintes pontos: (a) opção pelo método das reformas; (b) participação da comunidade acadêmica; (c) participação dos atores intervenientes no sistema penal; (d) participação da sociedade civil; e (e) o modo de atuação do Parlamento e do Poder Executivo na condução dos movimentos reformistas<sup>638</sup>.

Em relação ao *método das reformas dos sistemas criminais*, têm-se uma divisão em quatro prismas utilizada por parte da doutrina: (a) pontual; (b) setorial; (c) parcial; e (d) global, e explicada por DOTTI<sup>639</sup>:

A primeira modifica, suprime ou amplia determinados dispositivos, atendendo a interesses localizados quanto à natureza do bem jurídico afetado, aos meios ou modos de execução do ilícito e à resposta penal. [...] A segunda, como a própria designação indica, afeta setores do Código [...] Um exemplo de reforma parcial resultou das Leis 7.209 de 1984 e 7.210, de 11.07.1984. A primeira deu nova redação à Parte Geral do Código Penal (LGL\1940\2) e a segunda instituiu uma lei específica para regular os problemas da execução penal. As reformas globais [do Código Penal] ocorreram: a) com a outorga do Código Criminal do Império (1830), substituindo o direito das ordenações e das leis extravagantes por um novo regime inspirado nos princípios de garantia de direitos fundamentais do Homem, impressos na libertária Carta Política de 1824 e impulsionados pelas doutrinas liberais que informaram os códigos: francês (1810), bávaro (1813), Napolitano (1819) e espanhol (1822); b) com o Código Penal (LGL\1940\2) de 1890, que nasceu com a mudança da forma política do Estado (da Monarquia para a República); c) com o Código Penal (LGL\1940\2) do Estado Novo (1940) que teve como bases fundantes o regime autoritário de Governo e paradigmas da Escola Técnico Jurídica que orientou o Codice Penale de 1930.

Deve-se atentar que a reforma global, além da natureza substitutiva de um ordenamento por outro, alude em uma alteração de todo o sistema penal, uma vez que “traduz uma ideologia própria do tempo e do espaço político e cultural em que o documento legislativo é produzido”<sup>640</sup>.

O Brasil, como dito, não adotou o método da reforma global, preferindo modificar seu Código de Processo Penal com os outros métodos – pontual, setorial e parcial – e dessa forma

<sup>638</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018, p. 82.

<sup>639</sup> DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 24, p. 179-208. São Paulo: RT, out./dez., 1998, p. 181.

<sup>640</sup> DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 24, p. 179-208. São Paulo: RT, out./dez., 1998, p. 181.

mantendo o núcleo principal do código de 1941<sup>641</sup>. Porém, deve-se ter em questão que quando se vai reformar um código o primeiro ponto que se trata é o cerne dos problemas, e no caso do CPP brasileiro não é difícil lembrar de sua origem fascista, e de seu descompasso com a Constituição de 1988, isto é, deve-se reconhecer que o problema está no sistema, o que não se atinge com reformas parciais ou mero remendos, sabendo-se, com isso que para uma efetiva mudança qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo o código<sup>642</sup>.

Segundo BINDER, por trás dessas reformas parciais está a consolidação de um modo de administrar a justiça penal que na realidade busca se perpetuar e que a cada reforma que por um lado revitaliza o sistema, por outro o perpetua. Desse modo, as reformas parciais seguem sustentando essas formas institucionais por décadas<sup>643</sup>.

Vale ressaltar que não é de hoje que se falha na tentativa de reformar de forma global o Código de Processo Penal brasileiro. Existiram diversas comissões formadas por estudiosos do processo penal que elaboraram vários anteprojetos na tentativa de reformar de forma global o CPP brasileiro, contudo somente reformas pontuais tiveram êxito<sup>644</sup>.

Desde 1961, no governo Jânio Quadros foi criado o Serviço de Reformas de Códigos, integrado por especialistas e que visava apresentar projetos de reforma de Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, entre outros. Hélio TORNAGHI foi um dos escolhidos e foi lhe incumbido a tarefa de elaborar o anteprojeto do Código de Processo Penal – esse fato fez com que a comissão fosse chamada de Comissão Tornaghi. Contudo, o projeto não chegou a ser encaminhado ao Poder Legislativo devido à renúncia de Quadros e ao afastamento de seu sucessor, João Goulart<sup>645</sup>.

---

<sup>641</sup> Para CHOUKR, o Brasil está atrasado por não ter ainda adotado o modelo de reforma global de seu Código de Processo Penal “empreendidas pela imensa maioria dos países latino-americanos que reconstruíram suas bases político-jurídicas no estado de direito, bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal que, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais diretamente aplicáveis ao tema, buscando dar, assim, vida prática – e não meramente retórica – à clássica concepção de ser o processo penal ‘o sismógrafo da constituição’.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018, p. 83-84).

<sup>642</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 188, julho, 2008.

<sup>643</sup> BINDER, Alberto M. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: AdHoc, 2000, p. 144.

<sup>644</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 1.

<sup>645</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 149. Importante salientar que “o anteprojeto Tornaghi, de uma maneira muito geral, mantinha-se fiel à ideologia autoritária do código de processo penal de 1941, reproduzindo categorias oriundas da doutrina, como a inserção da relação jurídica no plano legislativo. A estrutura de provas se manteve intacta, bem como o regime de nulidades. O inquérito policial estava presente, garantindo que as principais estruturas do código estadonovista

Um pouco mais à frente, em 1967, foi criada a Comissão de Coordenação e Revisão dos Códigos Vigentes, com a finalidade de analisar os projetos já elaborados. Coube a José Frederico MARQUES ficar com a matéria processual – chamado de Anteprojeto Frederico Marques – que foi remetido ao Congresso Nacional, se convertendo no Projeto de Lei nº 633/1975. Porém, não obteve êxito em sua aprovação<sup>646</sup>.

Em 1983, no Governo Figueiredo, foi composta uma comissão por Rogério Lauria TUCCI, Francisco de Assis TOLEDO e Hélio da FONSECA, que eram encarregados de uma pré-elaboração legislativa. O projeto antes elaborado por Frederico MARQUES foi reformulado pela comissão e publicado no diário Oficial da União em 1981, tendo sua redação final apresentada em 1983<sup>647</sup>. Em 1989, depois de ter tramitado por 7 anos no Congresso Nacional, foi retirado pelo Poder Executivo.

Na década de 1990, duas tentativas de reformas aconteceram. Uma em 1992, com o Projeto Sálvio de Figueiredo, que era presidente da Escola Nacional de Magistratura e presidiu uma comissão de juristas com o objetivo de estudar e sugerir soluções à *simplificação do processo civil e do processo penal*<sup>648</sup>. Importante frisar que devido as anteriores tentativas frustradas de reforma global do CPP, *a orientação era que a reforma*

se apresentassem novamente. Todavia, dessa vez com ares de ‘algo novo’.” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 447).

<sup>646</sup> “A inegável relação do projeto de alteração do Código de Processo Penal com dispositivos do Código Penal de 1969, as dificuldades impostas ao sistema de administração da justiça pelo desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 1970, a incorporação de elevado número de emendas aprovadas na Câmara dos Deputados e a promulgação da Lei nº 6.416/77, que modificava o sistema de penas, foram determinantes para a retirada do projeto de reforma da legislação processual penal.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 150).

<sup>647</sup> GIACOMOLLI apresenta como destaque tais pontos retirados da exposição de motivos nº 212: “(a) introdução de um procedimento sumariíssimo para processar e julgar as infrações de escassa entidade (contravenções penais e crimes cuja pena cominada não superasse um ano) e os delitos praticados na direção de veículo automotor, com recurso a um órgão colegiado formado por magistrados de primeira instância; (b) gravação das audiências, com o intuito de reduzir o tempo de duração desses atos jurisdicionais, reconhecida como obsoleta a prática de perguntas, reperguntas, respostas e ditados ao auxiliar do magistrado; (c) instituição de medidas alternativas à prisão processual, em simetria à Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, a qual previa a criação de penas alternativas à privativa de liberdade; (d) simplificação do procedimento do Tribunal do Júri, através da supressão do libelo, do recurso de protesto por novo júri e da simplificação dos quesitos; e (e) incremento da prisão preventiva em determinadas espécies de delitos (tráfico de entorpecentes, roubo, latrocínio, estupro etc.), com ‘o propósito de melhor aparelhar a Justiça Penal para o combate a estas modalidades mais graves de delinquência’.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 151).

<sup>648</sup> “A primeira reunião ocorreu em Ribeirão Preto/SP, nos dias 25 e 26 de setembro de 1992. Naquela oportunidade aprovou-se uma pauta inicial consistente na revisão de setores do Código de Processo Penal que exigem mudanças para simplificar o procedimento e conceder maior eficácia ao sistema.” (DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (I). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64682,21048-Um+novo+e+democratico+Tribunal+do+Juri+I>. Acesso em 04/09/2018.

*deveria ser pontual*. Essa setorização dos projetos de reforma era uma estratégia para facilitar a aprovação no Congresso Nacional, na mesma linha do CPC. Desse modo, a Comissão buscou identificar os “pontos de estrangulamento da atual legislação, aproveitar o máximo possível as normas já existentes e abandonar divergências meramente acadêmicas, com o objetivo de alcançar soluções ágeis e desburocratizantes, aptas a tornar efetiva a tutela jurisdicional penal”<sup>649</sup>. Importante salientar que nesse anteprojeto nota-se a preservação da “retórica do equilíbrio” com a preponderância do vetor da eficiência sobre qualquer outro. Em outros termos, “a ‘desburocratização’ ou ‘desformalização do processo’ eram os vetores a ser alcançados mediante a reforma, mesmo que o discurso declarado se manifestasse em prol de um ‘garantismo’ (escravizado pelo efficientismo)”<sup>650</sup>.

A outra comissão foi criada em 1999 e se chamou Comissão Grinover, que diante da demora nas reformas optou por uma reforma setorial do código, dando continuidade ao trabalho da Comissão Sálvio de Figueiredo<sup>651</sup>. Os temas propostos pela comissão foram

---

<sup>649</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 153. “Entre as principais alterações apresentadas merecem destaque: (a) no procedimento ordinário: contraditório prévio ao recebimento da acusação, oralidade, imediação, concentração dos atos processuais e identidade física do juiz; (b) nos procedimentos sumário e sumaríssimo: instrução e interrogatório em audiência única; (c) no procedimento do Tribunal do Júri: supressão do libelo, saneamento do processo, alterações na forma de escolha e convocação dos jurados e da pauta de julgamento, modificações do desaforamento, acrescentando-se a hipótese de ausência de julgamento por excesso de trabalho, julgamento sem a presença do réu, com ampliação da garantia constitucional do silêncio e supressão do recurso de protesto por novo júri; (d) definição de infração penal de menor potencial ofensivo: contravenções penais e crimes cuja pena máxima não fosse superior a dois anos de detenção, com adoção do procedimento sumaríssimo, reparação dos danos ou suspensão condicional do processo em sua impossibilidade; (e) proteção da pessoa da vítima, com a fixação de um valor indenizatório mínimo, sem prejuízo da liquidação e execução da sentença penal condenatória; (f) regulamentação das intimações dos advogados e defensores públicos; (g) introdução do agravo retido e de instrumento, com efeito suspensivo, quando pudesse resultar dano de difícil reparação; (h) uniformização dos prazos dos embargos de declaração e dos infringentes, como os do processo civil; (i) suspensão do processo e do prazo prescricional na ausência do réu ou de constituição de defensor; (j) prosseguimento do processo sem a presença do réu quando, citado ou intimado pessoalmente, não comparecesse, e quando não comunicasse o novo endereço; (k) suspensão condicional do processo nas infrações cuja pena atribuída não fosse superior a dois anos e o réu preenchesse determinados requisitos de merecimento; (l) dispensabilidade do inquérito policial nas infrações de menor potencial ofensivo; (m) modificações na Lei da Prisão Temporária, principalmente quando o delito envolvesse policiais; (n) aprimoramento do instituto da fiança; (o) separação obrigatória dos presos provisórios dos condenados definitivos; (p) introdução de medidas alternativas à prisão provisória; (q) cautelar de afastamento do funcionário do exercício de suas funções públicas, bem como a vedação de participação em licitações e contratos com a administração pública, empresas públicas e sociedades de economia mista, em determinados delitos; (r) necessidade de o magistrado manifestar-se, de forma fundamentada, acerca da prisão ou de outra medida restritiva, quando da pronúncia; (s) regulamentação da prova pericial e testemunhas, com inadmissibilidade da prova ilícita.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 153-154).

<sup>650</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro** – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 461.

<sup>651</sup> “Na atual ordem constitucional houve uma primeira comissão presidida pelo então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1994) que iniciou seus trabalhos em 1992 e depois a comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover. Todas as duas comissões optaram por reformas parciais, organizadas em diversos projetos de leis, como a reforma realizada no Código de Processo Civil, que se justificava em razão da morosidade legislativa e

aglutinados em várias propostas, no qual foram identificadas no Congresso Nacional como oito projetos de lei. Os principais projetos de lei foram: o Projeto de Lei nº 4.210/01, sobre a prisão especial, que foi transformado na Lei nº 10.258/01; o Projeto de Lei nº 4.303/01 que modificava o procedimento do Tribunal do Júri e se transformou na Lei 11.689/08; o Projeto de Lei nº 4.205/01 que tratava da prova e sua ilicitude, gerando a Lei 11.690/08; o Projeto de Lei 4.207/01 acerca dos procedimentos da *emendatio* e *mutatio libelli* e da suspensão condicional do processo, que gerou a Lei nº 11.719/08; e o Projeto de Lei nº 4.208/01 acerca da prisão e das medidas cautelares alternativas foi transformado na Lei nº 12.403/11<sup>652</sup>.

Não obstante as constantes reformas pelas quais tem sofrido o processo penal brasileiro, especialmente derivado da Comissão Grinover, importante ressaltar que essas reformas jamais atacaram pontos cruciais do sistema processual penal, de forma que manteve as bases autoritárias de inspiração maziniana no Brasil – como em relação ao inquérito policial, que continuou a ser utilizado no processo de formação de convicção do julgador, desde que não fosse unicamente nele –, e, além disso, em alguns pontos, trouxe novas inclinações autoritárias, como o fato do juiz conter poderes instrutórios *ex officio*, mesmo antes de ajuizada a ação penal – introduzida pela Lei 11.690/08<sup>653</sup>.

No que tange à *participação da comunidade acadêmica* nos projetos de reforma, CHOUKR visualiza de duas formas distintas. A Primeira é sobre comprometimento de setores da intelectualidade processual penal na formação dos projetos<sup>654</sup>. Já a segunda seria a influência das ideias no processo penal, que aqui no Brasil ainda está ligada a uma visão de acusatoriedade do processo que autoriza a manutenção de poderes instrutórios do julgador – fundamentado pela verdade real e pelo livre convencimento do julgador –, que permanece dominante em amplas esferas da jurisprudência e da própria comunidade acadêmica<sup>655</sup>.

Segundo GIACOMOLLI, a absorção de uma ideologia inquisitorial e autoritária ocorreu também no ensino, na doutrina, na jurisprudência e na política criminal, de forma que contamina as condutas dos sujeitos oficiais em todos esses âmbitos. Assim, observa-se uma

da dificuldade da tramitação de um projeto global perante o Congresso Nacional.” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 2).

<sup>652</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 155-156.

<sup>653</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 463-464.

<sup>654</sup> Aqui destaca-se a chamada Escola Processual de São Paulo, que influencia diretamente as reformas desde 1991 e tem como representante principal a professora da USP Ada Pellegrini Grinover.

<sup>655</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018, p. 85.

doutrina e conseqüentemente um ensino jurídico presos à ideologia da década de 1940, sem aderência a Constituição da República de 1988 e aos diplomas internacionais, o que é verificado nas diversas faculdades e em várias decisões dos Tribunais, auxiliando dessa forma para que o ensino jurídico reproduza conceitos prontos sem se preocupar em construí-los de forma crítica<sup>656</sup>.

Portanto, para que haja uma refundação do sistema penal no país a academia tem que ter um papel central, entretanto deve-se refundar primeiramente a própria academia no âmbito jurídico, especialmente em relação à sua função social, de forma que se alimente da história criminal no Brasil para que contribua com novas ideias e reflexões que sejam apropriadas com a melhora da sociedade atual<sup>657</sup>.

No que tange à *participação da sociedade civil* no processo de reforma do processo penal, CHOUKR afirma que é importante analisar a maneira como se deu a reconstrução democrática brasileira, profundamente distinta das reconstruções dos seus vizinhos latino-americanos, de forma a se tornar condicionante direto na concepção do papel da sociedade civil na reconstrução das instituições jurídicas envolvidas com a segurança pública e o sistema penal, não sendo possível identificar uma consistente participação na reconstrução democrática no plano processual penal.

Para o autor, ainda, a discussão das reformas processuais penais passa entre a sociedade civil como uma atrofiada visão de *alargamento x diminuição* de direitos humanos no processo, uma vez que um processo “fraco” tenderia a ser muito garantista, enquanto que um processo “forte” estaria diretamente ligado à diminuição de direitos. Isso posto, tem-se que com a fomentação desse discurso existe uma espécie de demonização dos direitos fundamentais como decorrência de uma transição democrática desprovida de uma efetiva consolidação<sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 149.

<sup>657</sup> POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 14. Essa forma de proposta de reforma fruto de discussões acadêmicas tem como exemplo o Código de Processo Penal italiano de 1988. Segundo AMODIO: “Trata-se, em verdade, de um teste ideal para medir a contribuição dos juristas na produção legislativa: a codificação de 1988 é um corpus normativo grandioso que se presta bem a revelar o eco ou a pronta recepção de linhas de política processual elaboradas pela doutrina jurídica. Contém a codificação, além disso, uma radical mudança de sistema que enseja a descoberta das raízes culturais das quais decorreu a superação do rito inquisitório.” (AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 9).

<sup>658</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018, p. 87-88.



Sobre a *participação dos atores intervenientes no sistema penal* no Brasil, muito pouco há. Existe uma colaboração formal dos intervenientes processuais penais, especialmente da Associação dos Magistrados Brasileiros que fazem reuniões esporádicas de estudo de propostas que visam à racionalização processual, notadamente sobre a realidade prática do dia-a-dia dos processos no fóruns. Contudo, essas intervenções são na maioria das vezes reativas as propostas nascidas no Poder Executivo e não sobre a reestruturação do modelo processual atual<sup>659</sup>.

Por último, o *modo de atuação do Parlamento e do Poder Executivo* na condução dos movimentos reformistas aqui no país demonstra uma predominância do Poder Executivo na história das tentativas de reforma, desde o início das reformas pontuais durante o império. Por outro lado, o papel do Legislativo nas reformas sempre foi pontual e sem uma conversão cultural do sistema e somente em uma contexto mais específico e raro da história brasileira foi que no início desse século nasceu a iniciativa de reforma global do código pelo Parlamento<sup>660</sup>.

Essa tentativa de reformar de forma global o CPP brasileiro teve início em 9 de julho de 2008, quando foi instalada no Senado Federal uma comissão de juristas com o intuito de elaborar e propor um anteprojeto de Código de Processo Penal e acabar com as reformas pontuais que estão remendando o vigente código desde 2008<sup>661</sup>. Depois de muitas audiência públicas e debates, foi elaborado e encaminhado ao Senado o anteprojeto que recebeu o nº 156/2009 (PL 156), mas que hoje tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010<sup>662</sup>.

A própria exposição de motivos do anteprojeto ressalta a necessidade de uma reforma global do Código de Processo Penal brasileiro, principalmente a partir da nova ordem constitucional com a Constituição da República de 1988, partindo de diversas razões: históricas, teóricas e práticas. Com isso, tem-se “a configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo”<sup>663</sup>.

---

<sup>659</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018, p. 89.

<sup>660</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018, p. 89-90.

<sup>661</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 2-3.

<sup>662</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015, p. 156.

<sup>663</sup> BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Exposição de motivos**. Brasília: Senado Federal, 2009.

Sobre as principais inovações do projeto, destaca-se a opção expressa pela estrutura acusatória e a vedação à iniciativa probatória do juiz na fase de investigação no intuito de “preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”<sup>664</sup>. Com isso, reconhece-se à função jurisdicional a importante função destinada a ela de zelar pelos direitos fundamentais e liberdades individuais<sup>665</sup>.

Segundo COUTINHO, “a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente porque depois de 1988 não mais faz sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição”<sup>666</sup>.

No entanto, nesse anteprojeto ainda estão mantidos os poderes instrutórios por meio de atuação *ex officio* do julgador. O próprio artigo 4º, que traz expressamente que o processo terá a estrutura acusatória, coloca a expressão “nos limites definidos neste Código” logo após, o que pode ser interpretado como uma “estrutura acusatória à brasileira”<sup>667</sup>. Nessa linha, o art. 162, parágrafo único, do anteprojeto afirma que “será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º”, ou seja, abre a possibilidade do julgador agir de ofício para sanar dúvida, ainda que seja sobre a prova já produzida, pois a dúvida deve(ria) ser julgada em favor da defesa. Além disso, na

---

<sup>664</sup> BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de reforma**. Brasília: Senado Federal, 2009. Art. 4º *O processo penal terá estrutura acusatória*, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (grifos nossos).

<sup>665</sup> “A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado.” (BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Exposição de motivos**. Brasília: Senado Federal, 2009).

<sup>666</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, 2009, v. 46, nº 183, p. 103-115, jul./set. de 2009, p. 113.

<sup>667</sup> Nesse sentido, STRECK: “várias das discussões que hoje se travam a respeito do anteprojeto (o juiz não pode se substituir ao réu na iniciativa probatória – art. 4o; o juiz não pode requisitar a instauração de inquérito policial – art. 20; o juiz pode julgar de acordo com seu “livre convencimento” – art. 165, para citar apenas estas; também o juiz de garantias é – na maior parte das previsões do anteprojeto – incompatível com o sistema acusatório, eis que, de ofício ele pode determinar a condução do preso à sua presença (traga-me o corpo...!); prorrogar a prisão provisória ou a revogar; prorrogar o prazo de duração do inquérito; e, ainda determinar, de ofício, o trancamento do inquérito, além de requisitar documentos, laudos e informações). É o que se depreende do texto do anteprojeto. Se assim não for, urge que o texto seja emendado, para evitar interpretações despistadoras.” (STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009, p. 128).

Exposição de Motivos do Anteprojeto afirma-se que “instaurado o processo, provocada a jurisdição, *poderá o juiz, de ofício*, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional”.

Ademais, o §3º do art. 16 do anteprojeto traz a juntada dos autos das matérias que foram submetidas ao juiz das garantias ao processo, isto é, mesmo o projeto avançando e trazendo o importante instituto do juiz das garantias, as matérias apreciadas por ele serão de conhecimento do juiz julgador da causa, contaminando a sua originalidade cognitiva. Outro ponto nevrálgico é em relação as nulidades, que mantém o *pas de nullité sans grief*, possibilitando relativizar todo tipo de nulidade com o fundamento de não causar prejuízo na apuração da “verdade do caso”, ou se o ato alcançar sua finalidade, deixando a carga de provar se houve prejuízo para a defesa<sup>668</sup>.

Importante salientar que o anteprojeto sofreu algumas alterações em sua redação original na redação final aprovada pelo Senado e que está na Câmara<sup>669</sup>, bem como existe um substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos em abril de 2018, que visa alterar de forma importante alguns pontos do projeto, deixando ainda mais aberto a possibilidade do juiz agir de ofício<sup>670</sup>. Pode-se afirmar com isso que existe um fantasma inquisitório oculto também por trás dessa reforma<sup>671</sup>.

---

<sup>668</sup> BRASIL. Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto de reforma**. Brasília: Senado Federal, 2009. Art. 154. A declaração de nulidade e a invalidação do ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração concreta de prejuízo ao regular e efetivo exercício de direito ou de garantias processuais das partes, observando-se, ainda e especialmente, as seguintes disposições: I – Nenhum ato será declarado nulo, se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa; II – Não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, preservada a amplitude da defesa.

<sup>669</sup> A redação final do projeto trouxe algumas alterações importantes em relação à proposta apresentada, como por exemplo o acréscimo do §5º no art. 13, que fala sobre a investigação defensiva, dando poderes à autoridade policial para juntar ou não o material produzido pela defesa ao inquérito; ou sobre o arquivamento do inquérito, que na redação final do art. 38 do projeto ficou quase uma cópia do art. 28 do CPP vigente, afirmando que o MP deve requerer o arquivamento ao juiz das garantias.

<sup>670</sup> Nesse substitutivo apresentado, no art. 4º é acrescentado após a expressão “vedada a iniciativa do juiz” o seguinte conteúdo: “salvo em favor das garantias do acusado”. Isso passa a expressar o que seria a “estrutura acusatória à brasileira”, mantendo o julgador como o messias detentor da verdade processual, que não admite as partes debatendo entre elas, mas necessita ir atrás de provas para verificar se as garantias do acusado foram respeitadas, abrindo brecha para agir de ofício na procura de provas, legitimado pela “verdade real”. Já no que tange a nulidade, o artigo referente é modificado, deixando ainda mais nas mãos da defesa a demonstração do prejuízo do ato: Art. 168. A decretação de nulidade e a invalidação de ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração de prejuízo ao pleno exercício de direito ou de garantia processual da parte, observadas as seguintes disposições: I - É dever do juiz buscar o máximo de aproveitamento dos atos processuais; II - nenhum ato será declarado nulo se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; III - *o prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, o impacto que o defeito do ato processual gerou no exercício do contraditório ou da ampla defesa*; IV - não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, observado o princípio da ampla defesa (grifos nossos).

<sup>671</sup> “Pode-se afirmar, com isso, que existe um fantasma inquisitório oculto por trás de todas as reformas do processo penal, que ganha ainda mais importância com o caráter instrumental que as reformas contém. É o que

Desse modo, o que se mostrou com a experiência – nacional e dos outros países latinos – foi que essas reformas parciais foram “rapidamente absorvidas e distorcidas pela lógica tradicional, porque não alteram a estrutura de serviços que atravessa os atores do sistema”, pois quando se trata de lidar com sistemas fortemente arraigado em uma cultura inquisitorial “somente reformas radicais permitem lidar com os déficits de um desenho institucional ineficiente, para garantir direitos individuais e, ao mesmo tempo, adjudicar responsabilidades”<sup>672</sup>.

Não se está tentando reduzir a reforma a um mero “fetichismo legalista”, pois cairia no erro de somente trocar um código por outro – como ocorreu na Itália e de certa forma ocorrerá no Brasil se esse Projeto de Código for promulgado –, mantendo-se uma cultura autoritária que continuaria com interpretações distorcidas das formas processuais. No entanto, seria muito difícil (senão impossível) haver uma transformação na justiça penal sem se modificar integralmente esta legislação, que é funcional à tradição inquisitorial<sup>673</sup>.

Sabe-se que o problema vai muito além da mera troca de legislações, perpassando também e principalmente por uma dimensão hermenêutica e cultural. O marco democrático necessita ser implantado em um plano global de mudança, não sendo acertada a modificação apenas da legislação, o que poderia acarretar na manutenção de um modelo inquisitório, apenas disfarçado por novos dispositivos legais, já que as demais alterações fundamentais para a concretização da programação constitucional não foram encampadas<sup>674</sup>.

Com isso, pode-se entender que a proposta de reforma global do CPP brasileiro não deveria se contentar com alterações superficiais com boas concepções técnicas, porém com bases de continuísmos<sup>675</sup>. Isso quer dizer que sem uma intransigente modificação na estrutura

se observa no projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro (Projeto de Lei nº 8.045/2010) que na exposição de motivos quando trata das cautelares afirma que: ‘Com a formação do processo, já no âmbito da atuação jurisdicional, aí sim, poderá o juiz decretá-las até mesmo de ofício, pois lhe compete, em última análise, zelar pela efetividade da jurisdição’” (MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí**, vol. 4, n. 1, p. 84-99, 2018, p. 93).

<sup>672</sup> MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 50-51.

<sup>673</sup> BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. **Política Criminal Bonaerense**, n. 1, 2003, p. 11.

<sup>674</sup> CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 264.

<sup>675</sup> Nesse sentido, MELCHIOR, para quem “nem o texto encaminhado pelo Senado Federal (PL 156/09), tampouco aquele que se encontra em discussão na Câmara dos Deputados (PL 8045/10 e seu Substitutivo), refletem a mudança que a opção política pelo sistema acusatório no Brasil exige. O código mantém-se apegado à escrituração e não adota um modelo oral e qualificado de audiências, único capaz de assegurar a efetividade do contraditório. A proteção jurídica do sistema de garantias do imputado encontra-se especialmente fragilizado. Os

de temas como a investigação criminal, da funcionalidade legítima das cautelares e, fundamentalmente da opção definitiva da oralidade como técnica e método processual – o que significa refundar o processo penal como um todo, trazendo uma nova cultura operacional e uma nova estrutura de saber institucionalizado – corre-se o risco de que a nova legislação tenha vindo para que tudo permaneça como está<sup>676</sup>.

### 3.3 Algumas ideias advindas das reformas latino-americanas para a implementação de um sistema oral no Brasil

#### 3.3.1 Organização da atividade jurisdicional como fator preponderante em um juízo oral: a necessidade de separação das funções administrativas e jurisdicionais no Poder Judiciário

Como já dito aqui, há uma necessidade de mudança na cultura jurídica no Brasil para que a mentalidade dos intérpretes das normas se desprenda dos modelos de cunho inquisitório, uma vez que a mudança legislativa, apesar de ser importante, não é suficiente pois depende de outros fatores para que se efetive os princípios de um novo modelo. Para isso, é importante que haja também um estudo aprofundado das instituições, sobre uma perspectiva de refundação democrática no interior das instituições brasileiras atinentes ao processo penal.

Nesse sentido, a despeito do Brasil estar atrasado em relação aos outros países do continente em relação a modificação de seu ordenamento processual penal e a consequente mudança na cultura jurídica extra e itrainstitucional, a vantagem que se pode tirar de ser o último é aprender com os acertos e os erros dos seus vizinhos. Entre os acertos que se podem verificar, tem-se a necessidade de separar as funções administrativas da jurisdicional por parte dos membros do Poder Judiciário. Essa separação determina que os magistrados não tenham

---

parcos avanços não podem ser considerados suficientes, uma vez que, além de serem poucos, falta ao projeto mínima coerência e, portanto, respeito à própria ideia de sistema jurídico processual.” (MELCHIOR, Antonio Pedro. Brasil. Justiça Federal. In: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. **La justicia penal adversarial en America Latina**. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2018, p. 131-131).

<sup>676</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018, p. 91-92.

mais o papel de se encarregar de toda estrutura administrativa e que se concentrem de forma exclusiva em resolver na audiência os conflitos que se apresentam<sup>677</sup>.

Essas funções administrativas acabaram por compor o dia a dia dos julgadores e passaram a ser normalizadas, fato que faz com que não se torne questionável nem pela doutrina e nem pela própria classe, e não por motivos simples e óbvios, mas imperceptíveis, uma vez que foi naturalizado a execução de tarefas administrativas de tal modo que se incorporaram às tarefas judiciais<sup>678</sup>.

Com isso

decidir as férias dos servidores, a quantidade do papel a ser pedido, a reforma do fórum e o trâmite dos processos em cartórios tornaram-se tarefas dos juízes, o que impede que esses agentes públicos se concentrem naquilo que é essencial: julgar processos em harmonia com o ordenamento posto. De outra banda, é preciso que os magistrados mantenham suas carreiras em constante aprimoramento, pois as mudanças no ordenamento, sua constante ebulição, demandam dedicação permanente, para que, assim, se preste um serviço satisfatório aos jurisdicionados, de acordo com as regras estabelecidas pela CF de 88<sup>679</sup>.

Desse modo, como decorrência, pode-se afirmar que a não distinção das funções administrativas das jurisdicionais e a conseqüente sobrecarga de trabalho põe o magistrado como um “gerente” da administração de sua vara<sup>680</sup>, fazendo-o ter que dividir seu tempo entre essas atividades administrativas e a sua principal atividade: a de julgar e resolver conflitos<sup>681</sup>.

Então, um dos elementos essenciais para encarar uma mudança na gestão administrativa é que o julgador se limite à função para a qual prestou concurso público e deveria ser sua única preocupação: tomar decisões jurisdicionais. Não se pode, especialmente no Brasil que milhares de processos se alastram pelas varas, deixar nas mãos de alguém que tenha a função

<sup>677</sup> YOMHA, Diego G.; MARTINEZ, Santiago. **La etapa preparatória en el sistema adversarial**. Buenos aires: Del Puerto, 2014, p. 123.

<sup>678</sup> CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 254.

<sup>679</sup> CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago: CEJA, 2017, p. 254-255.

<sup>680</sup> BINDER, Alberto M. **Política Criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 223.

<sup>681</sup> Segundo GONZÁLEZ: “do ponto de vista profissional, os juízes não foram formados nem se capacitaram em estratégias de gestão administrativa; enquanto que a partir de um enfoque utilitarista, a verdade é que constitui um recurso escasso e altamente valioso pois é o único com o poder de adotar uma decisão de índole jurisdicional.” (GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 49).

de decidir causas, funções alheias a esta. Isso repercute diretamente no serviço da justiça, já que o fator tempo-juiz já é bem limitado<sup>682</sup>.

Para isso, portanto, uma das principais mudanças que os novos modelos de gestão apreciam é a incorporação de administradores e técnicos à função judicial, com a finalidade de eles assumirem todo esse conjunto de tarefas administrativas e, com isso, liberar tempo para os julgadores exercerem sua função precípua, bem como deixar a cargo de profissionais especialmente capacitados a gestão dos tribunais<sup>683</sup>.

A boa administração judicial propicia, assim, um ambiente propício para a implementação da prática do procedimento oral e das novas diretrizes instituídas pelo sistema acusatório, haja vista que os julgadores se preocupam apenas com os casos que são pautados pelos funcionários responsáveis pela administração e não tem contato anterior com o fato a ser sentenciado na audiência.

Nesse ponto, a reforma chilena é um paradigma em todo continente latino-americano, uma vez que a reforma não foi apenas na legislação, mas houve uma alteração na gestão do Poder Judiciário que, conforme atribuído pela lei, “passou a ser gerido por especialistas nas respectivas áreas de atuação, como administração e informática, o que rompeu com uma cultura de funcionamento dos cartórios baseada na vontade e (des)conhecimento judicial”<sup>684</sup>.

Isso fez com que houvesse uma ruptura com as antigas estruturas inquisitórias e burocráticas no modelo chileno, num projeto de Estado em que a perspectiva foi a concretização do programa democrático trazido pelas novas constituições. Assim, não adianta uma Constituição que rompa no plano das ideias com antigas estruturas, se no plano concreto

---

<sup>682</sup> YOMHA, Diego G.; MARTINEZ, Santiago. **La etapa preparatoria en el sistema adversarial**. Buenos aires: Del Puerto, 2014, p. 137. Os autores dão como exemplo a comparação com outros serviços: “no campo da medicina, os médicos não perdem seu tempo em tarefas alheias a eles, pois as mesmas são realizadas por pessoas idôneas nessas áreas e circunscrevem seu trabalho em atender seus pacientes. O cirurgião é chamado quando a sala de cirurgias está pronta e não se encarrega de organizar ou verificar que o resto das tarefas tenham sido cumpridas (ou seja: não entrega os turnos para a operação, não se ocupa de procurar disponibilidade da sala de cirurgias, se o anestesista irá naquele dia, se estão todos os instrumentos de trabalho, ou se a sala de operações está pronta, etc). Ele não realiza essas tarefas simplesmente porque não é seu trabalho e não foi treinado para isso.” (YOMHA, Diego G.; MARTINEZ, Santiago. **La etapa preparatoria en el sistema adversarial**. Buenos aires: Del Puerto, 2014, p. 138, tradução livre).

<sup>683</sup> VARGAS VIANCO, Juan Henrique. Sistema Procesal por Audiencias: Requerimientos Organizacionales y Administrativos. Disponível em: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/5398/cl-audiencias-jev.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12/09/2018. No mesmo sentido cf. GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

<sup>684</sup> CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 262.

a legislação administrativa ainda é anterior à nova ordem<sup>685</sup> e a gestão da administração ainda está na mão das mesmas pessoas com a mesma mentalidade da velha ordem<sup>686</sup>.

Importante afirmar que os países que realizaram uma verdadeira mudança na sua forma de fazer justiça, criaram o que se chamou de Oficina Judicial, que tem como definição ser uma organização de caráter instrumental que serve de suporte e apoio a atividade jurisdicional<sup>687</sup>.

Com isso, pode-se dizer que a implementação de um processo penal efetivamente oral passa por essa nova gestão do judiciário, uma vez que o tempo dos magistrados deve ser para julgar e decidir os casos na audiência, devendo se propiciar o espaço adequado para a sua atividade. Essas condições deverão ser proporcionadas por este órgão por meio de seus profissionais especializados que deverão ter a função de gestão de pessoal e dos processos. Por isso que a separação das funções administrativas e judicante dentro do Poder Judiciário é importante, reservando aos magistrados a função constitucional de garantir uma prestação jurisdicional em que sejam observadas as garantias fundamentais do acusado<sup>688</sup>.

### 3.3.2 A (verdadeira) função do Ministério Público em um processo penal oral

Uma parte importante das reformas que ocorreram na América Latina foram no tocante as novas funções do Ministério Público, que no novo modelo processual passou a

<sup>685</sup> Cf. CHOUKR, Fauzi. H. **Transição e Consolidação da Democracia**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

<sup>686</sup> Importante salientar a dificuldade dessa ruptura com o sistema antigo no Chile, que teve que criar um Ministério Público e reestruturar todo o judiciário: “as dificuldades de implementação do sistema novo foram tantas que foi criado um incentivo aos juízes que não quiseram se submeter ao modelo acusatório, uma espécie de ‘Lei Caramelo’, como os chilenos chamam, onde se ofereceu a aposentação daqueles que não estavam dispostos a se submeter ao modelo acusatório, até porque os juízes tiveram que reaprender as suas tarefas, sendo submetidos a cursos de formação.” (CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 263).

<sup>687</sup> Segundo um relatório feito pelo CEJA na província argentina de Neuquén sobre as Oficinas Judiciais, definiu-se na Lei Orgânica da Justiça Penal que a oficina: “debe priorizarse una distribución de la agenda judicial en la ‘que la distribución del trabajo sea razonable, objetiva y equitativa’. Por otro lado, este proceso debe estar acompañado de ‘procesos de monitoreo permanente’ que permitan identificar problemas en la frustración de audiencias y de esta forma ‘informar a los responsables a los fines de que se impongan las sanciones correspondientes’. También se reconoce la obligación de la grabación en audio y/o video de las audiencias así como el resguardo de las mismas. Finalmente, se reconoce la necesidad de que la Oficina Judicial establezca coordinación con todas ‘las distintas dependencias del Estado que intervienen regularmente en un proceso penal.’” (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA. **Reporte sobre el funcionamiento de las Oficinas Judiciales en Neuquén**. Santiago: CEJA, 2014, p. 13. Disponível em <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5490>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

<sup>688</sup> CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 273.



constituir o órgão encarregado de gerir a persecução penal. Antes dessas reformas em vários países o instituto do Ministério Público tinha uma posição muito enfraquecida dentro do processo, ou simplesmente não existia – como no caso do Chile, por exemplo –, ou, ainda, existiam e como instituição era forte, mas concentrava em suas funções tarefas muito diversas que consistiam basicamente na proteção da legalidade por meio de apresentação dos ditames legais e de recursos nos processos judiciais mais importantes.

Após o fim dos regimes autoritários de governo no continente e o início do processo de refundação democrática das nações, identificou-se que era imprescindível também adequar o Ministério Público ao novo modelo de processo penal adotado. Onde antes as funções da instituição possuíam um estrutura burocrática, afastada da investigação, que era conduzida pela polícia ou (até mesmo) pelo julgador, no novo modelo o Ministério Público passa a ser responsável pela investigação preliminar, e, fortalecendo inda mais a instituição, à necessidade de estabelecer escolhas de política criminal para a persecução penal.

Esse novo papel do MP faz com que ele tenha a possibilidade de conhecer todos os casos que ingressem no sistema penal e adote estratégias sobre como abordá-los. Isso é chamado de *função proativa* do Ministério Público, contudo não se trata de um modelo que se aplique com rigorosidade na práxis, uma vez que as práticas do sistema tradicional se incutem e se alojam nas roupagens das novas regras de funcionamento<sup>689</sup>.

Torna-se, então, evidente que as novas tarefas da instituição fazem com que ela tenha uma função proativa tanto na investigação preliminar como na estruturação da política criminal, deixando para trás as funções meramente formais que o colocavam apenas na elaboração de pareceres e no simples exercício da legalidade sobre a etapa preliminar que era dirigida pela polícia<sup>690</sup>.

No Brasil, ainda que a Constituição coloque que o exercício da titularidade da ação penal seja uma das principais funções do Ministério Público (art. 129, I), ou que cabe ao

---

<sup>689</sup> GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 37.

<sup>690</sup> GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 41. O mesmo autor afirma que a nova configuração organizacional do Ministério Público requer a delimitação das suas relações com os demais poderes do Estado, por meio da estrutura legal dos diversos controles institucionais: “a) controle político: ‘é o realizado por outros poderes do Estado sobre o Ministério Público, que gera a denominada responsabilidade política da instituição’; b) controle processual: ‘consiste em um controle horizontal exercido pelos diferentes sujeitos processuais nas distintas etapas do processo’; c) controle disciplinar: ‘corresponde a realizar no interior da instituição, em virtude do princípio da hierarquia, consiste em um monitoramento permanente do funcionamento das dependências e da atuação dos seus funcionários’; d) controle cidadão: consiste em ‘prever mecanismos que permitam o efetivo controle público da atividade do Ministério Público e o acesso à informação por parte dos cidadãos.’” (GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 43).

Ministério Público o controle externo da polícia (art. 129, VII), esses papéis são, de modo geral, desenvolvidos sem uma adequada gestão e planejamento<sup>691</sup>.

De modo igual aos magistrados, a gestão administrativa do Ministério público é feita pelos membros da carreira e não por profissionais especializados, o que resulta na má distribuição de recursos materiais e humanos em uma tentativa impossível de perseguir e apurar todos os delitos, desde os de menor potencial ofensivo até os de maior gravidade. O resultado disso é um Ministério Público altamente persecutório e que não elege prioridades de sua atuação para destinar os seus recursos para decidir o que deve ser levado para o Poder Judiciário com o mínimo de qualidade na obtenção da justa causa como suporte probatório<sup>692</sup>.

Essa escassez de recursos materiais e humanos acarreta uma seletividade dos sistemas penais baseados em fatores externos ao âmbito da instituição do Ministério Público. Nesse sentido, ZAFFARONI descreve esse fator como “criminalização secundária”, que seria a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que pressupõe que o processo vai desde a detenção até a prisão do indivíduo. Essa seleção é realizada basicamente pelas agências policiais – principais responsáveis pela investigação e ação ostensiva no Brasil – e toda a sua carga autoritária e preconceituosa quando detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente<sup>693</sup>.

Ao lado da seletividade, outro problema, que é colocado entre os mais importantes, é o da obrigatoriedade dos membros do MP no exercício da ação penal em todos os casos com aparência de delito. Esse princípio, que é comumente chamado de princípio da legalidade no

---

<sup>691</sup> BERCLAZ, Márcio Soares. Um Ministério Público sem política de persecução penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 423. Ocorreu no Brasil no tocante à instituição do Ministério Público o que ocorreu em alguns outros países, como por exemplo, o Peru, em que a centralidade do trabalho do MP e seu fortalecimento institucional não foi acompanhado de uma mudança na metodologia de trabalho, mas que basicamente reproduziu a forma tradicional de conduzir o procedimento escrito (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA. **Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina**. Santiago: CEJA, 2006, p. 20).

<sup>692</sup> BERCLAZ, Márcio Soares. Um Ministério Público sem política de persecução penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 424. Ao contrário da instituição nos países vizinhos, o MP brasileiro exerce com dificuldade o papel de gerir e administrar a quantidade de delitos que chega ao seu conhecimento, que pode ser por uma interpretação exagerada do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Outro problema brasileiro é a disputa corporativa entre as instituições do Ministério Público e da Polícia, que provoca um distanciamento entre ambas, o que prejudica a qualidade da investigação: “Isso tudo faz com que o trabalho não só seja reativo à demanda que a Polícia apresenta, como também revela a ausência de preocupação com uma atuação de caráter preventivo e integrada com outras políticas públicas para prevenção da criminalidade.” (BERCLAZ, Márcio Soares. Um Ministério Público sem política de persecução penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 424-425).

<sup>693</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal, vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, p. 43.

processo penal<sup>694</sup>, caracteriza “a ideia e que o MP está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos – factuais e jurídicos, substantivos e processuais – tenha conhecimento e tenha logrado recolher, na instrução, indícios suficientes”<sup>695</sup>.

Contudo, em contraste à obrigatoriedade tem-se o princípio da oportunidade. Ainda que usualmente definido como um princípio inverso ao da obrigatoriedade, isso implica a ocultação da complexidade da questão posta, uma vez que o estudo da oportunidade acarreta inúmeros significados. Há, por exemplo, quem identifique a oportunidade com a discricionariedade do promotor, isto é, à decisão por critérios subjetivos do acusador, o que não necessitaria de critérios fixados em lei. Já em outra visão, sustenta-se que essa discricionariedade não pode significar arbitrariedade, mas uma via de opções admitidas por lei<sup>696</sup>.

Nesse sentido, a grande problemática circunscreve a delimitação dos critérios para a tomada de decisão dos membros do MP – para além da simplificação da binariedade obrigatoriedade e oportunidade: “se fossem previstos em lei certos requisitos de caráter político-criminal para a autorização da propositura da ação penal, os quais vão além da simples averiguação de indícios suficientes de materialidade e autoria de um crime, estar-se-ia adotando a oportunidade?”<sup>697</sup>

É aqui que se tem a distinção entre os princípios da obrigatoriedade e da legalidade processual: torna-se possível propor a caracterização de espaços de oportunidade dentro de um cenário da legalidade, mantendo como regra a obrigatoriedade. Tal cenário se projetaria pela definição objetiva de forma taxativa em lei das hipóteses em que, ainda que houvesse lastro mínimo necessário de materialidade e autoria do fato punível, o MP possa se abster, fundamentadamente, de iniciar a persecução penal, conforme critérios legalmente especificados de cunho especialmente ligados à política criminal<sup>698</sup>.

Desse modo, percebe-se que é necessário uma mudança em relação ao princípio da obrigatoriedade no Brasil, uma vez que sob sua roupagem a seleção dos casos a serem levados ao processo pelo MP é realizado pela polícia sem nenhum critério objetivo ou controle. Muitos dos novos sistemas processuais da América Latina estabeleceram o princípio da

---

<sup>694</sup> Alguns autores utilizam os termos obrigatoriedade e legalidade como sinônimos. Nesse trabalho utilizamos como duas formas distintas, que será visto mais abaixo.

<sup>695</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 126.

<sup>696</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 38.

<sup>697</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 42.

<sup>698</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 50-51.

oportunidade como recurso que reconhece a necessidade de abandonar a investigação em certos casos. Conforme GONZÁLEZ POSTIGO<sup>699</sup>, isso se traduziu por meio de certas categorias específicas que são abarcadas pela oportunidade: (a) regras vinculadas ao tratamento dos casos de menor quantia; (b) regras vinculadas a uma restrição dos casos nos quais a ação pode ser exercida pelo Ministério Público; (c) regras que aumentam o controle da vítima sobre o caso; (d) regras de suspensão da persecução penal, condicionada à aplicação de medidas ou regras de conduta; (e) regras de extinção da ação.

É necessário, portanto, estruturar uma política de trabalho que estabeleça abertamente as dinâmicas e os critérios de atuação para que seja exercido a seleção dos casos que deverão ingressar na instituição. Nesse ponto, seria interessante que dentro do Ministério Público existissem dois níveis de decisão: em nível geral, uma política de persecução criminal<sup>700</sup> que decida o seguimento de delitos ou acontecimentos criminais em que se devem concentrar os recursos para conseguir resultados concretos; e em nível intermediário, uma política seletiva diária que atue de forma consistente e reta com as decisões institucionais de política criminal<sup>701</sup>.

Nesse sentido, LEIVA entende que

cada fiscalía profundizará su propia definición institucional a partir de una cuestión que no depende tanto de disquisiciones dogmáticas o legales, sino fundamentalmente de una decisión política. La función institucional asumida en específico depende mucho de las expectativas que la comunidad tiene a su respecto, de las circunstancias políticas, del comportamiento y evolución de la criminalidad. Por tanto, una tarea esencial de las fiscalías será realizar su propia definición y someterla en forma permanente a evaluación y revisión<sup>702</sup>.

Assim, é importante para que haja uma política de refundação nas instituições brasileiras que o país olhe para os países vizinhos da América Latina e analise seus

---

<sup>699</sup> GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 45-46.

<sup>700</sup> “Por política de persecución nos referimos, dentro de un concepto mucho más amplio de política criminal, a la estrategia que el Ministerio Público adopta para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, la que está orientada a la protección de los bienes jurídicos considerados más relevantes por nuestra sociedad, en armonía con el respeto de los derechos de todas las personas. Es así que en el seno del sistema penal surge una tensión entre la eficiencia del mismo y el respeto por los derechos y garantías de los imputados. El Estado intenta, por un lado, aplicar de la forma más eficiente posible la coerción estatal y, por el otro, establecer un estatuto de resguardos o protecciones al individuo frente al uso de ese poder.” (LEIVA, Erick Ríos. **Gestión de Fiscalías**: consideraciones sobre los modelos y herramientas de gestión de las fiscalías. Santiago: CEJA, 2012, p. 56).

<sup>701</sup> GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 46.

<sup>702</sup> LEIVA, Erick Ríos. **Gestión de Fiscalías**: consideraciones sobre los modelos y herramientas de gestión de las fiscalías. Santiago: CEJA, 2012, p. 6.

programas<sup>703</sup>. Não se está dizendo para copiar programas de governos estrangeiros, mas para considerá-los em servir como base para uma refundação das instituições brasileiras, levando em conta as suas peculiaridades e diferenças.

Por fim, importante salientar que estabelecer uma política de persecução criminal não é somente dar publicidade colocando a instituição mais próxima à sociedade e um maior controle sobre a atuação criminal do MP, aumentando a qualidade da persecução. Implementar uma política de persecução criminal para o Ministério Público brasileiro é uma das mais importantes ferramentas na pretensão de um sistema acusatório, não apenas no âmbito normativo do “dever ser”, mas também no âmbito da realidade do “ser”, para que seus membros possam exercer com tranquilidade o seu trabalho de titular da ação penal<sup>704</sup>.

### **3.4 A oralidade como principal técnica de potencialização do procedimento em contraditório no processo penal**

Com o exposto até aqui, percebe-se que nessa tentativa de instalar uma mudança nos paradigmas processuais penais da América Latina e de mentalidade dentro do sistema de justiça criminal, a oralidade se põe como técnica importante para ocorrência de uma ruptura da tradição inquisitória<sup>705</sup>, ainda mais no Brasil que mantém uma estrutura inquisitória no seu Código de Processo Penal.

Não se trata de afirmar que o princípio democrático não tenha eficácia em um processo pautado pela forma escrita, ou que somente a oralidade possa estruturar um processo penal democrático<sup>706</sup>, mas de identificar uma maior democraticidade à forma oral do

---

<sup>703</sup> Um exemplo de mudança de gestão e planejamento de política de persecução criminal no Ministério Público entre os países latino-americanos é a Guatemala: “El éxito del Ministerio Público de Guatemala es debido al aprendizaje colectivo sobre los procesos de reforma judicial que se han realizado en América Latina. [...]El Ministerio Público de Guatemala ha adecuado su estructura funcional y de procesos de trabajo de forma acorde a las recomendaciones del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y siguiendo a las experiencias latinoamericanas pioneras en procesos de reorganización de Ministerios Públicos.” (GONZÁLEZ, L.; GARAVANO, G.; FANDIÑO, M. **Evaluación del impacto del nuevo Modelo de Gestión Fiscal del Ministerio Público de Guatemala**. Santiago: CEJA, 2014, p. 128-129.

<sup>704</sup> BERCLAZ, Márcio Soares. Um Ministério Público sem política de persecução penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p.438.

<sup>705</sup> NUNES, Leandro Gornicki. Sistema Processual Penal adversarial: entre a democratização e o eficientismo penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017, p. 80.

<sup>706</sup> No mesmo sentido MONTERO AROCA: “puede existir perfectamente un proceso con todas las garantías que sea escrito, como demuestra la historia. Una cosa es afirmar la preferencia por la oralidad y otra negar a la escritura el pan y la sal” (El principio acusatorio entendido como eslogan político. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015, p. 70). Sobre o mesmo ponto, Jordi FENOLL

procedimento, de modo que a decisão judicial se origine em um ambiente marcado pela dialécticidade e a efetiva contraposição de argumentos<sup>707</sup>.

Com isso, sem um juízo verdadeiramente oral e público não se pode sequer começar a falar de como deixar a tradição inquisitória para trás, especialmente nos países da América Latina em que a mentalidade que dela se origina está arraigada por toda estrutura jurisdicional<sup>708</sup>. Dessa forma, associa-se a oralidade a um projeto do constitucionalismo democrático chamado por MARINHO MARQUES<sup>709</sup> de “movimento de superação do método inquisitivo”, ao passo que aderir a um ambiente marcado pela oralidade seria incorporar na sentença e constituir a “base do raciocínio problemático que permite encontrar, na complexidade do Direito, a resposta adequada ao caso concreto”<sup>710</sup>.

Por isso que tais países colocaram em suas reformas o juízo oral como eixo central no processo de produção de provas no processo penal, numa tentativa de afastar a mera reprodução burocratizada do que foi realizado na fase de investigação preliminar, que comumente ocorre nos sistemas inquisitórios ou mistos. Assim, “é nesse panorama do juízo oral em que se garantem em sua plenitude os princípios da oralidade, imediação, contraditório e publicidade”<sup>711</sup>. Importante salientar, todavia, que a implementação da oralidade não significa a exclusão da escrita, no sentido de que exista uma proibição de que os atos produzidos oralmente não possam ser registrados para fins de controle das provas<sup>712</sup>, tampouco trata-se de uma mera substituição de um formalismo escrito por um formalismo oral, pois a oralidade não pode ser compreendida como o simples predomínio da palavra

afirma que não se pode mais manter a ideia de que a oralidade soluciona todos os males do processo, mas, ao contrário, a oralidade tem suas vantagens e desvantagens, no qual deve-se reconhecê-los e tentar melhorá-los para que o processo possa ser o mais democrático possível (FENOLL, Jordi. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set-dez, 2010, p. 247).

<sup>707</sup> MAYA, André Machado. **A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal**. Porto Alegre: PUCRS, 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2015, p. 224.

<sup>708</sup> BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. **Política Criminal Bonaerense**, n. 1, 2003, p. 12.

<sup>709</sup> MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade como componente racional de gestão democrática do processo penal. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, ano 06, n. 06, p. 506-520, 2012, p. 507.

<sup>710</sup> Alerta FIGUEIREDO DIAS, contudo, que mesmo nos processos considerados mais inquisitórios não faltaram atos processuais orais entre o inquisidor, por um lado, e o acusado, as testemunhas, etc., por outro (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 230-231).

<sup>711</sup> ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, 2007, p. 46, (tradução livre).

<sup>712</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 230-231. Nesse sentido, CHIOVENDA deixa claro que o procedimento oral é aquele em que a audiência é utilizada para o desenvolvimento da causa, “convenientemente predisposta e baseada em escritos preparatórios das partes, com provimento ordinatórios do magistrado.” (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 78, p. 232-248, mai. 1939, p. 234).

falada sobre a escrita, o que conduziria à simples leitura do conteúdo escrito nas atas e estaria se tratando das “falsas oralidades”<sup>713</sup>.

Numa tentativa de implementação de um processo penal acusatório-democrático, a oralidade juntamente com a imediação aparecem como uma técnica que poderá potencializar o devido contraditório, desenvolvendo o procedimento probatório – sobretudo em relação as provas constituídas – sob a forma de diálogo entre as partes e um julgador destituído de poderes de instrução e sem contaminações extradebates, isto é, com originalidade cognitiva<sup>714</sup>. Dessa forma, a produção da prova oral deve se caracterizar em institutos provenientes do sistema adversarial, tais quais o *direct examination* e a *cross-examination*, no qual a testemunha é confrontada de modo direto pela parte e sem interferência do juiz.

Sob determinado aspecto, o binômio oralidade-imediação aparece como uma modalidade de interação comunicacional, isto é, com a possibilidade de uma ativa interação entre as fontes e os meios de prova. Com isso, o sobredito binômio se torna um forte aliado da participação das partes em contraditório mediante a paridade de armas e o direito ao confronto<sup>715</sup>.

Dá tem-se a garantia do direito ao confronto no processo penal, cujo conceito é o de que “todo saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido a inquirição desse último”, com isso, “a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas

---

<sup>713</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, 2002, v. 21, p. 255-260, mar. 2002, p. 257-259.

<sup>714</sup> Nesse contexto CAPPELLETTI propõe uma revalorização da prova oral, não deixando de lado a valoração da prova escrita: “Examinando as provas escritas, e, mais genericamente, as provas ditas pré-constituídas, podemos desde logo constatar que a sua importância não foi menosprezada por nenhum ordenamento processual que soube aplicar com sucesso o princípio da oralidade. É certo que este princípio implica uma fundamental, prática e teoricamente, importantíssima revalorização da prova oral, mas esta revalorização não tem necessidade de vir acompanhada de uma irracional desvalorização da prova documental (pré-constituída)” (CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, 2002, v. 21, p. 255-260, mar. 2002, p. 257).

<sup>715</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 93.

condições”<sup>716</sup>. Dessa forma o direito de confrontar-se atrela-se à *inutilizabilidade*<sup>717</sup> das declarações prestadas fora do âmbito do contraditório e do direito ao confronto<sup>718</sup>.

Nesse cenário, a oralidade mostra-se como condição de participação efetiva no processo, como pressuposto legítimo da influência das partes na construção da decisão judicial, bem como da comparticipação dos sujeitos no caso penal. Trata-se, portanto, de uma técnica de potencialização da efetividade do procedimento em contraditório e da consequente democratização no processo penal<sup>719</sup>.

O procedimento, portanto, legitima-se por meio do contraditório tendo importância o estrito respeito as regras do jogo. A sentença deve ser construída em contraditório e por ele legitimada, não mais prestada como um ato de poder e dever (através da “livre apreciação das provas”), mas surgindo de um contraditório real, com efetiva e igualitária participação das partes na produção das provas (e um julgador alheio à estas) no processo penal<sup>720</sup>. Importante ressaltar-se que o contraditório, de acordo com a moderna concepção que lhe é atribuída, não implica apenas num diálogo entre as partes mas entre estas e o juiz devendo tal diálogo ter o condão de influenciar na formação do convencimento do magistrado. Surge, assim, o contraditório como expressão do diálogo humano, como vínculo de solidariedade capaz de formar uma ponte de ouro apta a superar o abismo existente entre as partes e o juiz. Em outras

---

<sup>716</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 78. Importante advertir que o instituto do direito ao confronto é diferente do contraditório, uma vez que o contraditório possui maior amplitude irradiando-se a todos os atos da persecução penal, enquanto o direito ao confronto trata especificamente da produção da prova oral levada ao conhecimento pelo julgador.

<sup>717</sup> Considera-se a inutilizabilidade um tipo de invalidade que atinge não o ato em si, mas o seu valor probatório. O ato pode ser considerado válido do ponto de vista formal, mas o seu aspecto substancial o impede de servir de fundamentação para a decisão do juiz (TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27).

<sup>718</sup> TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29. Desse modo, se “as declarações testemunhais produzidas fora do paradigma do *right of confrontation* não podem ser valoradas pelo juiz na sentença, a solução preferível é a sua exclusão física dos autos do processo judicial, a fim de prevenir o risco de que o teor dessas declarações influencie, ainda que de forma inconsciente, o convencimento do juiz acerca dos fatos sob julgamento.” (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 91).

<sup>719</sup> MAYA, André Machado. **A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal**. Porto Alegre: PUCRS, 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2015, p. 230. O autor mais adiante afirma que em uma perspectiva estrita, a técnica da oralidade “é uma garantia orientada à redução da distância entre o *ser* e o *dever ser* do direito fundamental ao contraditório; já em uma perspectiva ampla, um mecanismo de aproximação entre o *ser* e o *dever ser* do direito fundamental ao devido processo penal.” (MAYA, André Machado. **A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal**. Porto Alegre: PUCRS, 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2015, p. 230-231).

<sup>720</sup> LOPES JR., Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 224-225.



palavras, a oralidade constitui, indubitavelmente, pressuposto do contraditório participativo<sup>721</sup>.

Já os documentos que podem ingressar no processo sem a devida imediação deverão ser de natureza documental (devendo passar por um rigoroso rito de controle epistêmico) e não documentos substitutivos da prova pessoal – como por exemplo o “dar por lido” nos depoimentos da testemunha na fase investigativa –, que devem ser produzidos de forma oral na audiência e perante o juiz que irá proferir a decisão, assegurando ao menos que a audiência não se transforme em uma fantasia de justificativas pelo fato de ele já ter tomado decisão (mesmo que inconscientemente) nas evidências produzidas na fase preliminar<sup>722</sup>.

Deste modo, a oralidade foi emergida para desvelarmos o engodo que permeia sua prática, divorciada da imediação judicial e blindada ao direito ao confronto, tendo como consequência a preservação do protagonismo do inquérito na fase processual. Torna-se imperioso, portanto, alcançarmos um processo oral em sentido forte, isto é, alinhado com a imediação e os outros princípios políticos, de modo que a dinâmica processual possa ser essencialmente dialética, estabelecendo um procedimento em contraditório e restituindo, ainda que parcialmente, valores que cooperariam para a estruturação da democracia do Estado brasileiro.

---

<sup>721</sup> FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – RED**, v. 3, n. 3, p. 89-108, jan./jun., 2009, p. 94. “Como visto, é da essência do processo e, em especial, do procedimento probatório, a participação dos interessados em todos os atos de *admissão, produção e crítica* da prova; desse modo, a vulneração do contraditório em qualquer desses atos deve impedir a consideração dos dados resultantes no momento da decisão final.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 169).

<sup>722</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87. Segundo MAYA, a oralidade “enquanto técnica procedimental, valoriza o contraditório material enquanto efetiva participação dos sujeitos processuais, impõe concentração dos atos do processo e propicia uma aproximação entre o julgador, as fontes das provas e as partes. Como consequência, tem-se um ambiente propício à comparticipação, no qual os atores do processo são compelidos a guardar suas posições. Presentes e atuantes as partes, reduzem-se os espaços de movimentação do juiz, em substituição às funções acusatória e defensiva. Nesse cenário, o magistrado é constringido a permanecer no seu posto de terceiro imparcial, equidistante em relação às partes processuais e à atividade probatória. E a imediação entre o julgamento e os debates, onde tem lugar a argumentação crítica sobre a prova e a exposição das teses de defesa e acusação, impõe a presença efetiva da partes, eliminando, assim, o espaço deixado pela não incomum ausência do promotor na audiência e ocupado pelo juiz em uma espécie de substituição da atividade acusatória. O procedimento oral e concentrado, enfim, ao fomentar o contraditório, funciona como limite às distintas funções processuais. Por um lado, marca a interdependência entre os atores do processo, e por outro ‘constitui uma baliza procedimental para o exercício das funções endoprocessuais’.” (MAYA, André Machado. **A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal**. Porto Alegre: PUCRS, 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2015, p. 249).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho verificou-se por meio de uma análise crítica das instituições processuais penais que a implementação de uma verdadeira oralidade no processo penal passa por diversos fatores que podem ser impeditivos na construção dialética da formação probatória entre as partes processuais em contraditório e um juiz imparcial – estrutura típica de um processo de cunho acusatório –, o que pode fazer com que o julgador seja influenciado consciente ou inconscientemente por atos produzidos fora da audiência de instrução e julgamento, o que vai de encontro com a própria ideia de um processo pautado na oralidade.

Examinou-se de modo geral durante a pesquisa, portanto, que o processo penal reflete o que o Estado se propõe a ser, existindo dessa forma um nexo, ainda que não absoluto, entre a forma de Estado e a forma de processo. Isso repercute no regime das provas, isto é, em processos com cariz autoritário a prova penal tende a não ter limites, enquanto em processos com cariz democrático existem certos limites na produção probatória.

1. Nesse sentido, percebe-se que as provas produzidas fora da audiência não respeitam alguns dos princípios básicos de um devido processo penal democrático, de modo que são transportadas por meios ardilosos que se camuflam em discursos que legitimam esses atos numa tentativa de manutenção do *status quo* que vem desde o período da santa inquisição na idade média e se mantém até a contemporaneidade. Significantes trazidos desde essa época, como uma verdade absoluta e o livre convencimento do magistrado, em conjunto com a ideia do *Code d’Instruction Criminelle* de Napoleão em 1808 de que o processo penal é dividido em uma fase inquisitória e outra fase acusatória, mantém o processo inquisitório vivo, dando a possibilidade do julgador produzir provas de ofício e/ou utilizar do material que foi produzido na investigação inquisitiva para fundamentar a sentença.
- 1.1 De modo mais específico, foram analisados os problemas inerentes ao Brasil, o modo como essa legitimação se aplica no território brasileiro, uma vez que o próprio Código não foi alterado e mantém ideias de um processo penal fascista de um período autoritário da história brasileira. Agrava-se a isso o fato de o país ter sido construído sob conceitos autoritários e de violência como resposta a todos os problemas, o que faz se instalar um impulso inquisitivo em conjunto com uma

mentalidade autoritária, que coloca a *defesa social* e a *segurança da sociedade* como a principal finalidade do processo penal.

- 1.2 Percebe-se que categorias reivindicadas isoladamente como soluções para o autoritarismo processual penal, tais quais a Constituição ou a democracia, não têm o condão de produzir uma ruptura no quadro do autoritarismo, apenas legitimá-los mediante um discurso de resignificação de determinadas práticas. Foi o que aconteceu após a Constituição brasileira de 1988, que modificou o discurso para um viés democrático, porém não teve força para expurgar a tradição autoritária de um processo penal pautado na *verdade real* e na *livre convicção* e que tem na *eficiência* a finalidade de um processo penal que tem suas expectativas preenchidas pela evidência, o que instaura segundo CUNHA MARTINS um “desamor ao contraditório”<sup>723</sup>.
- 1.3 Na tentativa de consagrar direitos positivados na Constituição, propõe-se o processo como um operador de mudança forte, devendo servir como um *organizador da diferença* ou um *defraudador de expectativas*, colocando o contraditório como protagonista no interim processual. Contudo, a visão de contraditório não pode servir para legitimar as práticas inquisitórias e autoritárias. Desse modo, a noção clássica que parte da Teoria Geral do Processo de que o contraditório têm como elementos a necessidade de informação e a possibilidade de reação, que se forma de um modo estático, deve ser superada por uma visão dinâmica do contraditório, com fundamentos a partir da obra de FAZZALARI de que o processo é um *procedimento em contraditório* em que as partes que serão atingidas pelos efeitos da sentença deverão agir em simétrica paridade e construir de forma dialética junto com o julgador a decisão. Este, por sinal, deve garantir que as partes construam o debate em contraditório, sem interferir no mérito do debate, e efetivando um final sem surpresas de modo participativo e policêntrico, ou seja, sem fazer uma análise solipsista dos fatos.
- 1.4 Partindo do pressuposto da paridade de armas no processo penal, tentou-se verificar se o modelo adversarial da *common law* seria mais democrático do que o modelo da *civil law*. Constatou-se que pela sua história, o modelo adversarial consagrou a passividade do julgador, a iniciativa probatória das partes e um

---

<sup>723</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

ambiente forense altamente estruturado, o que fez com que o conceito de verdade tomasse um rumo diferente do modelo apresentado no continente, isto é, enquanto no continente a verdade é posta como absoluta que deverá ser descoberta “a qualquer custo”, inclusive atropelando garantias, no adversarial anglo-americano a construção da verdade é *retórica-argumentativa* ou *dialética entre as partes*, com um forte regramento sobre a proibição de condutas das partes para introduzir os elementos probatórios dentro de uma legalidade, como os institutos da *exclusionary rules* e da *Discovery*, que visam tornar o processo mais paritário.

1.5 Contudo, não se pode deixar de lado o caminho que o processo adversarial americano tomou em relação às justiças negociais, no qual o *plea bargaining* é considerado como regra, já que estatísticas apontam que mais de 90% dos casos são resolvidos por esses acordos e não entram na fase do júri, o que para TARUFFO tem o efeito de eliminar a natureza adversarial do procedimento. O que se pode concluir com isso é que para um processo penal democrático não importa se suas raízes são do sistema adversarial da *commom law* ou do sistema continental da *civil law*, mas àquele em que protege os direitos humanos e fundamentais, mormente os de liberdade do cidadão, propiciando a tutela jurisdicional efetiva e uma decisão a ele ajustada<sup>724</sup>. Pode-se afirmar, portanto, que a hibridização entre os dois modelos é inevitável e já está acontecendo, mas o modo como ela acontece pode direcionar a um caminho democrático ou ainda mais autoritário. No Brasil, os institutos da *commom law* que aqui adentram servem unicamente para reforçar e realimentar o autoritarismo já existente, uma vez que vêm justapor a eficiência em um sistema inquisitório.

1.6 Avançando ao problema da eficiência no sistema judicial, fundamentou-se que a expansão dos institutos inerentes ao sistema da *commom law* no mundo ocidental deriva de uma matriz neoliberal que importa um modelo célere e econômico de justiça, o que acarreta no sistema criminal uma política de custo-benefício do mercado em relação à repressão e à delinquência relacionada a nova racionalidade governamental ligada à população: o modelo biopolítico ou da sociedade de controle. Nessa conjuntura o sistema penal torna-se instrumento de controle daqueles que são considerados indesejáveis e que não conseguem se tornar consumidores contumazes ou se encaixar em algum dispositivo útil do mercado

---

<sup>724</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 106.

neoliberal. Contudo, apesar do controle ser mais aparente nesses indivíduos indesejados, por serem atingidos concretamente pelas malhas penais, na sociedade contemporânea todos os indivíduos são controlados por meio de técnicas de exercício de poder que abranjam uma docilização em massa.

- 1.7 No Brasil essa política fomentou o autoritarismo aqui já existente, especialmente aquele denominado por FRAGOSO de autoritarismo psicológico-social, que se desenvolve nas inseguranças da vida sejam elas reais ou aparentes, espontâneas ou provocadas, têm conduzido a um sentimento de medo generalizado. Nesse conjunto de medo e insegurança instaurados, abre-se espaço para a expansão do sistema penal como um todo, como forma de resposta a estes anseios populares. O grande problema dessa expansão do sistema penal é a relativização dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, pois a proteção da população torna-se sua principal finalidade, o que faz emergir uma nova e urgente necessidade de segurança, na contenção do perigo e na eliminação de qualquer tipo de risco. Nessa conjuntura, alguns dispositivos do sistema penal, mais especificamente do processo penal, trazem a ideia de que somente por meio de uma justiça criminal célere ocorre um combate à criminalidade. Isso faz com que os direitos fundamentais sejam considerados empecilhos a este combate e acabem sendo relativizados em nome de uma *eficiência punitivista*. Assim, passa-se a um mecanismo de governo dominado por técnicas governamentais em torno da população e da chamada economia política, o que FOUCAULT denominou de *governamentalidade*. Com isso, essas práticas emergenciais instauraram os alicerces de um autoritarismo contemporâneo que, principalmente em períodos em que a sensação do medo e de insegurança está elevada, tornam-se um recurso dos Estados modernos (inclusive dos considerados democráticos) quando querem controlar determinados grupos, que (para eles) nada agregam ao sistema econômico e/ou político. Isso faz com que ocorra um agigantamento do poder punitivo e de seus dispositivos repressivos, tornando-os sem limites e legitimando uma relativização de direitos fundamentais sob o fundamento de que os meios legitimam o fim. Essa eficiência seria alcançada pela adoção da rapidez processual e pela certeza dos procedimentos, no qual a celeridade encontraria suporte na renúncia ao formalismo, isto é, na minimização de garantias. Assim, os processos penais servem não para garantir os direitos dos acusados e como

defraudador das expectativas sociais, mas pelo contrário, como legitimador jurídico dos anseios político(econômico)-sociais.

2. Em relação à tradição inquisitorial e autoritária, afigura-se que a América Latina teve seu processo penal originário dos países da Europa continental, especialmente dos países ibéricos, e com isso herdou características inquisitoriais. No Brasil, de forma genérica, a maior parte da legislação penal e processual penal que vigorou até sua independência estava prevista nas Ordenações portuguesas, mais especificamente no Livro V das Ordenações Filipinas. Com isso, de forma geral, o processo penal da América Latina foi dividido em duas fases principais: a fase de investigação (resumo ou instrução) e a fase de veredito ou sentença (plenário ou julgamento).
- 2.1 Nessa época ambas as fases eram escritas e a espinha dorsal do processo eram os chamados *dossiês* ou *expedientes* que a polícia e o juiz de instrução reuniam. Esse instrumento documentava toda a atividade do processo, abarcando além das provas documentais as provas testemunhais, periciais etc., que seriam utilizadas pelos julgadores na fase de julgamento. Essa tradição inquisitorial cria uma *cultura inquisitória* típica dos países latino-americanos, que mesmo influenciados por algumas ideias republicanas, mantiveram suas características principais: procedimento escrito e secreto; uma administração da justiça secreta; um procedimento com pouco respeito ao imputado, já que ele é objeto da investigação; a desnaturalização da fase de juízo, uma vez que o procedimento se converte em dossiês ou expedientes e a parte mais importante é a fase de investigação; a delegação das funções judiciais para empregados subalternos, já que a sobrecarga de trabalho impede que o juiz possa atender todos os casos.
- 2.2 Em relação à fase de investigação preliminar no Brasil, é inegável que o Código de Processo Penal brasileiro concebido na década de 1940 e vigente até os dias atuais contém uma cultura inquisitória e mantém um perfil autoritário, já que foi idealizado no regime autoritário do Estado Novo e com inspiração no *Codice Rocco* italiano. Insta ressaltar, que apesar de diversas modificações no conteúdo primário do código a construção da fase preliminar não foi substancialmente alterada, mantendo em quase sua totalidade as suas ideias originais e mentalidade autoritária da época. Com isso, as práticas investigativas hodiernas acabam sendo as mesmas que as adotadas em um regime autoritário de mais de 75 anos atrás, como por exemplo, colocar como a única finalidade da investigação a

possibilidade do titular da ação penal entrar ou não e juízo, deixando de lado a função simbólica e a função de filtro processual.

- 2.3 Constou-se que a inexistência de regras claras quanto ao procedimento que deverá ser adotado na fase de investigação preliminar fomenta ainda mais o autoritarismo e afigura-se reflexo de uma cultura inquisitória ainda presente na persecução penal brasileira, que quando levada à essência policial ainda é verificada com mais vigor. Essa cultura inquisitória acaba por colocar a ideia da fase de investigação como se fosse um processo inquisitório medieval, afastando a defesa e colocando-a como um obstáculo para se alcançar a verdade. Pode-se verificar isso por meio do instituto do indiciamento, que apesar de ser um importante atributo da investigação, sofre de um amorfismo conceitual e é tratado como uma das grandes incógnitas do processo penal brasileiro, bem como no discurso de que não existe direito de defesa e contraditório na fase do inquérito policial.
- 2.4 No Brasil, a herança de uma forte cultura inquisitória coloca a investigação como o centro da produção probatória, o que faz com que o Ministério Público pouco acrescente em juízo ao que foi produzido no inquérito, fazendo com que apenas haja uma ratificação judicial e transformando o processo em apêndice da investigação. Além disso, tem-se no Brasil uma peculiar formação nas polícias, dividindo-se as funções investigativas e ostensivas entre as chamadas Polícia Civil e Polícia Militar, o que expõe o ranço autoritário permanente do período de ditadura militar no Brasil. Essa militarização das funções do policiamento ostensivo que põe a Polícia Militar como força auxiliar e de reserva do Exército ilustra a herança mantida dos tempos ditatoriais. Por outro lado, não se pode esquecer das práticas não menos autoritárias, porém mais subterrâneas, da Polícia Civil na busca incessante da “verdade” da infração penal.
- 2.5 Ademais, pode-se considerar praticamente pacificado na doutrina processual penal que o inquérito policial é um sistema falido que não cumpre com sua função principal de esclarecer com grau de probabilidade a notícia-crime para fundamentar o processo e que, portanto, os atos praticados durante ele, apesar de serem importantes para o início ou não da ação penal, não devem servir como juízo de certeza na hora de valorar a condenação ou absolvição do acusado na sentença. Essa ineficácia do inquérito faz com que grande parte das ações penais que estão nos fóruns sejam baseadas unicamente em depoimentos de testemunhas que foram prestadas nesta fase, algumas que unicamente “ouviram dizer” algo

sobre o fato e outras (ações) que somente tem como “testemunhas” os policiais que atenderam a ocorrência. Agrava-se ainda mais no direito brasileiro o fato do inquérito policial ser escrito e de seus autos serem apensados ao processo e seguirem para conhecimento do julgador (art. 12 CPP), o que acaba se tornando uma espécie de “arquivo oficial” que agrupa todo o discurso policial e fica em *stand by* pronto para ser utilizado por quem precisar. Junto a isso, tem-se o art. 155 do CPP que possibilita as maiores arbitrariedades em relação a formação probatória em um processo oral, uma vez que o juiz pode fundamentar sua decisão nos atos produzidos no inquérito, desde que não “exclusivamente”, que significa que não existindo provas para sustentar a condenação, o juiz pode se valer do inquérito.

- 2.6 Nesses moldes, o inquérito policial acaba por conter funções de diferentes domínios em relação a sua finalidade precípua. No domínio das *funções aparentes*, o inquérito acaba sendo um instrumento para apuração da autoria e materialidade do fato criminoso, somente tendo valor para o oferecimento ou não da denúncia. Porém, sua finalidade não termina nas funções aparentes, uma vez que a própria estrutura do CPP brasileiro faz com que se retire do inquérito *funções ocultas* ou *não aparentes* ainda mais relevantes na prática. Essas funções ocultas do inquérito ligam-se aos argumentos discursivos utilizados pelo julgador na decisão judicial: busca da verdade e livre convicção. Tais argumentos trazem à mostra a função não aparente mais perversa do inquérito policial: a autorização para o juiz formar sua convicção e sua conseqüente formulação da decisão em torno dos elementos produzidos no inquérito, fulminando assim com o procedimento em contraditório.
- 2.7 Em relação aos atos de investigação e atos de prova a doutrina coloca os *atos de investigação*, como regra geral, somente com valor endoprocedimental para a justificação do início ou não do processo ou para servir de base para alguma medida cautelar pessoal (prisões provisórias, por exemplo) ou real (arresto, sequestro). Deste modo, os atos praticados durante o inquérito policial brasileiro, ressalvados aqueles que não podem ser repetidos, *somente originam atos de investigação*, por serem praticados de uma forma tipicamente inquisitiva, baseada, principalmente, na ausência do contraditório, o que faz com que (em tese) não possam ser valorados na decisão do julgador.



- 2.8 Quanto à *repetição* ou *renovação* dos atos produzidos na fase de investigação, entende-se que seja uma nova realização ou declaração de algo que já se fez ou se disse, ou seja, que a pessoa que originalmente produziu o ato volte a realizá-lo. Com isso, não configura repetição ou renovação a *simples leitura* do testemunho anteriormente praticado, sendo isto considerado *reprodução* e não *repetição* e a única reprodução processualmente válida é a que deriva de uma produção antecipada de provas que foi cercada de todas as garantias fundamentais do acusado e jurisdicionais, como o contraditório. Por outro lado, não se pode considerar repetição a simples *ratificação* do depoimento anteriormente prestado na fase de investigação (chamado de “dar por lido”), pois a testemunha não só deve comparecer como também declarar sobre o fato (binômio presença física e oralidade), afinal não se pretende um contraditório ratificador, mas um contraditório efetivo produzido por meio da produção da prova durante o debate e perante o julgador da causa.
- 2.9 No que tange à imparcialidade do julgador quando ele tem acesso aos autos do inquérito, pretendeu mostrar a importância da psicologia na construção de mecanismos que impeçam que haja um julgamento parcial. Aqui demonstrou-se por meio das teorias da dissonância cognitiva e de sua aplicação por meio dos efeitos inércia e aliança o reconhecimento da influência do inconsciente e da subjetividade do julgador no momento decisório, atentando para as manipulações que o julgador sofre ao participar da fase de investigação e/ou ter acesso aos autos, maculando a sua originalidade cognitiva. Para isso, torna-se imprescindível o juiz das garantias, que teria competência exclusiva para o exercício de garantidor dos direitos fundamentais na fase de investigação preliminar e a sua consequente exclusão da competência após o recebimento da denúncia, evitando que o juiz competente para proferir a decisão de mérito seja influenciado pelo conhecimento dos elementos informativos do inquérito antes mesmo do debate em contraditório, momento em que as provas devem ser produzidas.
- 2.10 Assim, para proteger o julgador dos obstáculos de uma processo pautado no contraditório entre as partes em paridade de armas tem-se o conceito de imediação na formação probatória como aliado. Para que haja imediação é necessário que as provas sejam produzidas na presença de todos aqueles que participam dos debates, Ministério Público, imputado e seu defensor, bem como das pessoas responsáveis por decidir o caso (juiz). Dessa forma, só se considera prova, com algumas

exceções, aquilo que é produzido no debate em contraditório entre as partes e na presença do julgador. Portanto, tem-se que a oralidade é companheira necessária da imediação, pois permite “a observação direta, sem intermediários, baseando-se em algo inerente a personalidade humana, no falar diretamente”<sup>725</sup>.

2.11 Contudo, a mentalidade inquisitiva continua até os dias atuais se vestindo de diversas roupagens e mitos processuais penais, de modo que se perpetuam as práticas inquisitórias. Não por outro motivo, apareceram as chamadas “falsas oralidades” que, seria quando a oralidade não está a serviço da imediação: por exemplo, quando se realizam audiências públicas mas nelas não se produzem provas, de modo que o juiz que tem que tomar a decisão não tenha observado a prova diretamente ou já tenha sua opinião formada (pré-julgada, no caso anteriormente posto de ter participado de decisões em fases anteriores ou de ter tido contato com o material escrito da investigação), ou ainda vá a ler o que foi produzido na fase de investigação para tomar uma decisão independente do que se tenha feito em juízo.

2.12 Existem alguns atos que devido a sua natureza ou por alguma medida excepcional deverão ser produzidos ainda durante a fase de investigação e que não poderão ser repetidos em juízo e, por isso, não estarão de acordo com a ideia de imediação, pois não serão formados na audiência em contraditório entre as partes, mas em um momento anterior a esta. Nesse aspecto, toma-se como parâmetro a análise do valor da “prova” produzida na fase preliminar, não podendo dar um valor unitário a todos os atos produzidos na fase de investigação, sendo suficiente distinguir as provas *pré-constituídas* e as provas *constituendas*. As primeiras seriam as fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, como documentos ou outro tipo de prova perecível no tempo e, portanto, *não repetível*, enquanto as segundas têm sua produção no curso do processo decorrentes normalmente de *fontes pessoais* como, em regra, as testemunhas.

2.13 No tocante as chamadas provas pessoais, muito por causa de uma precariedade material e de restrições técnicas que a polícia judiciária brasileira possui, as provas de cunho pessoal, especialmente as testemunhais, acabam por ser o principal meio de prova da maioria das sentenças penais, sobretudo em crimes mais tradicionalmente cooptados pelo sistema penal. Contudo, pode-se afirmar

---

<sup>725</sup> GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 52.

que esse meio de prova também é um dos menos confiáveis pelo fato de que pode ser facilmente manipulável e/ou distorcido. Como os depoimentos dados pelas testemunhas referem-se a fatos do passado e, conseqüentemente, ao resgate na memória humana do fato ocorrido, tem-se que esse depoimento está dependente de todas as falhas pertencentes a esse processo de captação de informação, percepção e interpretação do acontecimento. Tem-se assim uma possível deficiência na formação probatória de cunho pessoal e, com isso, entende-se que a condição de validade probatória dessas provas é serem produzidas na oralidade e imediação numa tentativa de amenizar essas deficiências por meio do debate em contraditório perante o julgador da causa.

2.14 Distingue-se, nessa senda, a participação do juiz *na* prova e participação do juiz *sobre* a prova: na primeira, o julgador participa na formação ou produção da prova chamada de testemunhal (v.g. testemunhas, vítimas) e das outras fontes de provas que forem produzidas durante o curso do processo judicial (provas constituídas). Por outro lado, a participação do juiz *sobre* a prova tem-se quando a prova já foi produzida, cabendo ao juiz a decisão sobre a possibilidade de sua admissão ou não. Assim, a imediação e a oralidade atingiriam apenas a participação do juiz *na* prova, ou seja, nas provas que sua produção se pretende ainda fazer.

2.15 Por outro lado, com a evolução dos métodos de investigação àquilo que foi praticado na fase preliminar de caráter pré-constituído tenha uma relevância indubitável, ao ponto que em muitos casos serão somente esses elementos que não apenas irão determinar a abertura do processo, mas a própria decisão condenatória. Assim, por sua própria natureza oculta, não há participação da parte imputada em sua formação. Não obstante, para que seja preservado o debate, já que o contraditório não pôde ser cumprido no momento de produção da prova, esses elementos pré-constituídos devem ser introduzidos no juízo oral. Em muitos casos, sobretudo as provas periciais realizadas por órgãos oficiais, a fase de juízo oral se limita a validar o que consta informado pelos peritos e se não existe nada em sentido contrário à prova de certos fatos já vem determinada pelo que foi produzido na fase de investigação. Desse modo, a confiabilidade absoluta nos órgãos que emitem essas provas documentais e a necessidade de otimizar tempo e recursos, acabam fazendo com que essas provas tenham valor probatório somente pelo fato de serem introduzidas por escrito na audiência, isto é, o juízo oral se

limitaria a introduzir por escrito o resultado da diligência produzida na investigação, sem nem sequer ouvir o responsável oficial por produzir a prova.

2.16 Desse modo, tem-se o conceito de *cadeia de custódia*, que é justamente a designação pela qual é conhecido o instituto que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios. Trata-se de um procedimento utilizado para manter e documentar a história cronológica dos elementos de informação, e deve resultar em documentação formal no interior do processo. Assim, pode-se afirmar que a cadeia de custódia é um mecanismo de prospecção e de preservação das provas de maneira a torná-las disponível para as partes, ao passo que sua violação dá ensejo à nulidade do ato. Consta-se que o cuidado que envolve a formação probatória deve levar em consideração as questões de ordem prática que abrange a manipulação indevida do elemento probatório com o intuito de incriminar ou isentar alguém de responsabilidades criminais. Em outros termos, a cadeia de custódia da prova visa perseguir uma melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação indevida, assegurando, assim, a fiabilidade do elemento probatório (seja de caráter pessoal ou documental), ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória, ao passo que a comprovação da quebra dessa cadeia de custódia impõe uma exclusão destes elementos – e dos que deles derivem – de dentro dos procedimentos judiciais.

3. Na tentativa de mudar o cenário autoritário e modificar o cerne da persecução penal da fase de investigação para colocar a fase de juízo como a principal durante todo o procedimento, a oralidade torna-se um instrumento importante na qual tenta-se superar a tradição escrita e potencializar as garantias processuais. No entanto, deve-se tomar cuidado com o que se apresenta como oralidade, uma vez que oralidade é diferente de verbalização e é muitas vezes posta como sinônimo de *eficiência* e *celeridade*. Muitos autores se apegam a esses termos advindos do processo civil para conceituar a oralidade no processo penal, deixando de lado as suas particularidades. É o que se pode verificar no modo como se conceitua a oralidade no Brasil, sobretudo nas palavras de CAMPOS – principal idealizador do Código de Processo Penal vigente até os dias atuais – de modo que, para ele, a oralidade comina ao processo uma espécie de instrumento público, substituindo a concepção duelística pela concepção autoritária de processo. Contudo, isso não passa de um reducionismo do conceito de procedimento oral, afinal, o que se

pretende com a oralidade é a efetivação das garantias de um processo penal acusatório em que as partes tenham protagonismo na formação probatória e que o debate entre elas parta de uma paridade no contraditório para que ambas possam ter a chance de influenciar na decisão final, bem como preservar a imparcialidade do julgador que não poderá ter acesso a nenhuma ata escrita advinda das fases pré-debate, mantendo a sua originalidade cognitiva.

- 3.1 Não é à toa, com isso, que a maioria das convenções internacionais de direitos humanos se inclinam, ainda que implicitamente, pelo sistema oral na justiça penal pelo fato desse sistema ser mais eficaz na proteção e tutela dos direitos do homem. São eles: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; a Declaração do Direitos do Homem; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem; o Projeto de Regras Mínimas das Nações Unidas para o procedimento penal – Regras de Mallorca; e o Código Processual Penal Modelo para a Ibero-América.
- 3.2 Em um processo penal constituído na oralidade existem alguns princípios que deverão ser observados para que não ocorra uma burla no momento da produção da prova na audiência e ela acabe se tornando um mero espetáculo de legitimação de atos já produzidos em fases anteriores ao processo. Com isso, a audiência torna-se o principal lugar de formação probatória e depuração de informações para a tomada de decisões pelos julgadores. É importante salientar que a oralidade em si não pode ser considerada um princípio, mas um instrumento facilitador dos princípios políticos básicos de uma república e das garantias que estruturam o sistema penal. São esses princípios políticos e garantias que o procedimento oral visa tornar eficaz, transformando-se assim em uma virtuosa técnica de coleta probatória, sendo os principais conhecidos por: imediação, concentração, identidade física do julgador, publicidade e contraditório.
- 3.3 Os países latino americanos entraram a partir da década de 80 do século XX em um período de reformas totais de seus processos penais, que pode ser comparado com a transformação ocorrida na Europa continental no século XIX. Essas reformas, como um todo, não se trataram de meras reformas parciais em um sistema já posto e vigente – como a reforma ocorrida no Brasil entre 2008 e 2011 –, mas senão de uma verdadeira modificação e *refundação* do sistema segundo uma outra concepção do processo penal. O objetivo comum e fundamental da

reforma continental é abandonar, ou ao menos começar um processo firme de abandono, o sistema inquisitivo impregnado nas entranhas culturais da região. Dessa forma, a reforma da justiça penal deverá compreender todos os âmbitos onde se tenha instalado a cultura inquisitiva, de forma que refunde todas as instituições para que ocorra uma mudança brusca onde se instala e se reproduza o modelo inquisitivo. Assim, a finalidade compartilhada entre todas essas reformas é a tentativa de estabelecer um modelo judicial de juízo oral pleno, ou seja, que a decisão seja dada por um juiz imparcial que tenha recebido de forma direta e imediata a prova em um debate verdadeiramente público e contraditório.

3.4 O Brasil foi o único país da América Latina que não modificou de forma global o seu Código de Processo Penal, preferindo reformar de forma parcial o código, de forma que manteve a estrutura e o núcleo ideológico do código de 1941 inspirado no código fascista italiano de 1930.

3.5 Na Itália, no entanto, desde depois que o regime fascista caiu em 1944, entrou-se em discussão a reforma do *Codice Rocco* na tentativa de adequar o processo penal italiano aos anseios democráticos. A superação do autoritarismo manifestado pelo Código Rocco, portanto, estava diretamente ligada a efetivação dos direitos constitucionais que tutelavam a liberdade e a defesa no processo penal, e os juristas sabiam que tinham que “construir um sistema normativo livre das antinomias de um ordenamento marcado por um ‘garantismo inquisitório’, isto é, por uma estrutura intrinsecamente autoritária melhorada apenas de fachada pela concessão de algumas garantias”<sup>726</sup>. O primeiro código inteiramente reformado na República Italiana traz uma contribuição cultural que traçou a sua disposição global, surgindo daí um modelo original de processo acusatório. Como exemplo emblemático tem-se o caso das provas. O código contém pela primeira vez no ordenamento processual continental um verdadeiro direito às provas penais inseridos em uma posição autônoma. Para isso, o código prezou por uma separação clara entre a investigação preliminar – fase em que a acusação e a defesa realizam suas buscas das provas de forma unilateral – e o *dibattimento* – fase em que as provas são formadas pelas partes em contraditório perante o juiz que irá julgar a causa –, colocando em evidência a ideia de um contraditório em sentido forte, haja vista a garantia de que as declarações de testemunhas e

---

<sup>726</sup> AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999, p. 14-15.

imputados somente valem como prova se produzidas por meio do método do *cross examination*, enquanto as que não forem não poderão ser utilizadas como prova para fundamentar decisões (com exceção daquelas pré-constituídas e irrepetíveis).

- 3.6 Contudo, o afastamento dos intelectuais da academia no período pós promulgação do Código de Processo Penal italiano fortaleceu os nostálgicos do rito inquisitório, representados majoritariamente pelos magistrados que viram o aumento da participação da acusação e da defesa na formação da prova enquanto eles não poderiam se intrometer. O resultado prático disso no processo penal italiano é que quando a testemunha depõe em julgamento, as declarações antes feitas na fase de investigação ao Ministério Público ou a polícia permanecem inutilizáveis somente no caso de a testemunha a reproduzir de forma fiel. No caso dela silenciar ou fazer declarações distintas às declarações precedentes, o *fascicolo* (inquérito) é transportado para o julgamento. Com isso, o juiz poderá efetuar uma escolha entre as duas diferentes versões dos fatos, uma “secreta” e outra “pública”, da mesma forma que ocorre nos sistemas mistos. O efeito sobre o sistema é que o inquérito acaba por influenciar o juízo oral, ou, em outras palavras, os atos utilizados na fundamentação da decisão do julgador poderão ser os que foram realizados fora da presença do juiz da causa na audiência em contraditório, ou seja, aqueles produzidos unilateralmente pelo Ministério Público ou pela polícia
- 3.7 Diz-se, assim, haver um “inconsciente inquisitório”, formado por essa ideologia e que está presente nos atores do sistema penal fazendo com que as suas práticas ainda estejam inseridas no contexto anterior às mudanças inseridas pela nova legislação. Entende-se que a simples alteração legislativa – fetichismo normativo de BINDER – não tem a capacidade de modificar um sistema preponderantemente inquisitório fundado em uma ideologia autoritária, que se mantém vivo há cerca de 800 anos, em um modelo acusatório de forma simples e rápida. O problema é mais profundo, o sistema inquisitório está na mente – consciente ou inconscientemente – de todos os atores do sistema penal e é preciso lutar para que ocorra uma mudança na cultura inquisitória presente na ideologia política contemporânea
- 3.8 O Brasil não adotou a estratégia de reformar o CPP por completo, mas o reformou de forma parcial, mantendo a estrutura e as ideias do código de 1941. Essa opção

diferenciada em relação aos outros países latino americanos distancia o Brasil do cenário reformista do continente, pois não acompanha o desenvolvimento da oralidade – mantendo aqui uma concepção atrasada e reducionista do instituto –, além de uma hipertrofia da atividade policial, conservando-a como a principal formadora das provas no processo penal.

3.9 Há, no entanto, uma tentativa de reformar de forma global o CPP brasileiro e acabar com as reformas pontuais que estão remendando o vigente código desde 2008. Depois de muitas audiências públicas e debates, foi elaborado e encaminhado ao Senado o anteprojeto que recebeu o nº 156/2009 (PL 156), mas que hoje tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010. Sobre as principais inovações do projeto, destaca-se a opção expressa pela estrutura acusatória e a vedação à iniciativa probatória do juiz na fase de investigação no intuito de “preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”. Com isso, reconhece-se à função jurisdicional a importante função destinada a ela de zelar pelos direitos fundamentais e liberdades individuais. No entanto, nesse anteprojeto ainda estão mantidos os poderes instrutórios por meio de atuação *ex officio* do julgador (art. 4º). Na própria Exposição de Motivos do Anteprojeto afirma-se que “instaurado o processo, provocada a jurisdição, *poderá o juiz, de ofício*, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional”. Com isso, pode-se entender que a proposta de reforma global do CPP brasileiro não deveria se contentar com alterações superficiais com boas concepções técnicas, porém com bases de continuísmos. Isso quer dizer que sem uma intransigente modificação na estrutura de temas como a investigação criminal, da funcionalidade legítima das cautelares e, fundamentalmente da opção definitiva da oralidade como técnica e método processual – o que significa refundar o processo penal como um todo, trazendo uma nova cultura operacional e uma nova estrutura de saber institucionalizado – corre-se o risco de que a nova legislação tenha vindo para que tudo permaneça como está.

3.10 No intuito de haver uma mudança na cultura jurídica no Brasil, o estudo das instituições é de suma importância, mormente as que participam do processo penal. Para isso, é importante olhar para os acertos e os erros dos países que estão nesse processo de modificação e aprender com eles. Um dos possíveis acertos que



se pode absorver é a necessidade de separar as funções administrativas da jurisdicional por parte dos membros do Poder Judiciário. Essa separação determina que os magistrados não tenham mais o papel de se encarregar de toda estrutura administrativa e que se concentrem de forma exclusiva em resolver na audiência os conflitos que se apresentam. Para isso, portanto, uma das principais mudanças que os novos modelos de gestão apreciam é a incorporação de administradores e técnicos à função judicial, com a finalidade de eles assumirem todo esse conjunto de tarefas administrativas e, com isso, liberar tempo para os julgadores exercerem sua função precípua, bem como deixar a cargo de profissionais especialmente capacitados a gestão dos tribunais.

- 3.11 Outra parte importante das reformas que ocorreram na América Latina foram no tocante as novas funções do Ministério Público, que no novo modelo processual passou a constituir o órgão encarregado de gerir a persecução penal. Onde antes as funções da instituição possuíam um estrutura burocrática, afastada da investigação, que era conduzida pela polícia ou (até mesmo) pelo julgador, no novo modelo o Ministério Público passa a ser responsável pela investigação preliminar, e à necessidade de estabelecer escolhas de política criminal para a persecução penal.
- 3.12. Na tentativa de implementação de um processo penal acusatório-democrático, a oralidade juntamente com a imediação aparecem como uma técnica que poderá potencializar o devido contraditório, desenvolvendo o procedimento probatório – sobretudo em relação as provas constituídas – sob a forma de diálogo entre as partes e um julgador destituído de poderes de instrução e sem contaminações extradebates, isto é, com originalidade cognitiva. Sob determinado aspecto, o binômio oralidade-imediação aparece como uma modalidade de interação comunicacional, isto é, com a possibilidade de uma ativa interação entre as fontes e os meios de prova. Com isso, o sobredito binômio se torna um forte aliado da participação das partes em contraditório mediante a paridade de armas e o direito ao confronto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, P. V.; BATISTA, V. M. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Volume I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Che cos'è un dispositivo?** Roma: Nottetempo, 2006.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y derecho procesal (introducción)**. 2. Ed. Madrid: Edersa, 1997.

ALSCHULER, Albert W. "Plea Bargaining and Its History". **Columbia Law Review**, vol. 79, Columbia, 1979.

AMARAL, Augusto Jobim do. "Mal de Polícia" – À propósito de uma criminologia radical. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 111, p. 263-291, São Paulo: RT, nov./dez., 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85 - 115, jan./jun. 2013.

AMARAL, Augusto Jobim. Sobre a Acusatoriedade no Processo Penal – Algumas linhas iniciais. In: COUTINHO, J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil**, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

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

AMARAL, Augusto Jobim do. A ostensividade da soberania policial. In: GLOECKNER, R. J.; FRANÇA, L. A.; RIGON, B. S (Orgs.). **Biopolíticas: Estudos sobre política, governamentalidade e violência**. Curitiba: iEA Academia, 2015.

AMARAL, Augusto Jobim do e ROSA, Alexandre Morais da. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. ed. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Marcial Pons: Madrid, 2008.

AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 25, p. 9-22. São Paulo: RT, jan./mar. 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimção e a expansão. **Revista Sequência**, no 52, p. 163-182, jul. 2006.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!**: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

ANITÚA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais penais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Trad. Augusto Jobim do Amaral, Brunna Laporte e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita**: um estudo comparado. Tradução de Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, G.N.; GAUER, G. J. C.; ANZILIERO, D. L. Memória(s) e testemunho: um enfoque interdisciplinar. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer; ÁVILA, Gustavo Noronha (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. O controle pelo ministério público das Políticas de segurança pública. In: Conselho Nacional do Ministério Público. **O Ministério Público e o controle externo da Atividade Policial**: Dados 2016. Brasília: CNMP, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito a um 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. 343-360. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juizimparcial- como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html> Acesso em: 18 abr. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: orgs. Lerner, Daniel Josef, et. al. coordenação Eneas Romero de Vasconcelos; Ezequiel Malrino; Kai Ambos. **Polícia e investigação no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito-1.html>. Acesso em 18 de abril de 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal. **Boletim do IBCCRIM**, n. 200, 2009-2010.

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan./abr. 2018.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 6, p. 131-148, 2008.

BARROS, Flaviane Magalhães; MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUTISTA, Juan Carlos Urazá. **La Cadena de Custodia em el Nuevo Código de Procedimiento Penal**. Disponível em: <http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>. Acesso em: 11 de jun. de 2018.

BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. **Litigación penal**: juicio oral y prueba. México: FCE, 2005.

BERCLAZ, Márcio Soares. Um Ministério Público sem política de persecução penal. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência do direito administrativo de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.  
BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di diritto e procedura penale**. 7ª ed. Pádua: CEDAM, 2000.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDER, Alberto M. **La justicia penal en la transición a la democracia em américa latina**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal, 2003.

BINDER, Alberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. **Política Criminal Bonaerense**, n. 1, 2003.

BINDER, Alberto M. **Análisis Político Criminal**: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Buenos Aires: Astrea, 2011.

BINDER, Alberto M. La justicia penal en la transición a la democracia en américa latina. Alicante: **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**, 2005.

BINDER, Alberto. **Iniciación al proceso penal acusatórios**. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000.

BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

BINDER, Alberto M. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. de Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto M. **Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal**. Buenos Aires: AdHoc, 2000.

BINDER, Alberto M. **Política Criminal de la formulación a la praxis**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

BINDER, Alberto M. **La implementación de la nueva justicia penal adversarial**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

BINDER, Alberto M. **La reforma de la justicia penal**: entre el corto y el largo plazo. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5254/binder-ref-justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 de agosto de 2018.

**Black's Law Dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999.

BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOFF, Leonardo. Prefácio. *In*: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BOVINO, Alberto, La persecución penal pública en el derecho anglosajón, **Revista latinoamericana de política criminal**, Ed. Del Puerto/Inecip, Buenos Aires, 1997, N° 2.

BOVINO, Alberto. **Problemas del derecho procesal penal contemporáneo**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

BOVINO, Alberto. “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”. *In*: MAIER, Julio B.; BOVINO, Alberto (comps.) **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de Motivos do Código de Processo Pel**. 1941.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CAFFERATA NORES, J. I. **La prueba en el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set./out. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, 2002, v. 21, p. 255-260, mar. 2002.

CAPPELLINI, Paolo. ‘L’inconscio inquisitório’ e regime autoritari: um collegamento ‘necessario’? *In*: GARLATI, Loredana. **L’inconscio inquisitório: l’eredità del Codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: e outros ensaios**. 2ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Principi del Processo Penale**. Napoli, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, Dúvida e Certeza. Trad. Eduardo Cambi. **Folha acadêmica**, n. 116, a. LIX, p. 5, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3ª ed. Leme: EDIJUR, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA. **Reporte sobre el funcionamiento de las Oficinas Judiciales en Neuquén**. Santiago: CEJA, 2014, p. 13. Disponível em <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5490> . Acesso em 20 de setembro de 2018.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA. **Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina**. Santiago: CEJA, 2006.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre a segurança pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 22, p. 139-181, São Paulo: RT, abr./jun., 1998.

CHIODI, Giovanni. “Tornare All’ Antico”: il código di procedura penale Rocco tra storia e attualità. In GARLATI, Loredana. **L’Inconscio Inquisitorio: l’eredità del código Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 78, p. 232-248, mai. 1939.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos processuais: uma discussão (ainda) necessária? **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 01, n. 01, p. 15-16, 2011/02.

CHOUKR, Fauzi. H. **Transição e Consolidação da Democracia**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial: novas tendências e práticas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 84, novembro, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências Inquisitivas e Refundação do Processo Penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália – vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do código de processo penal: Uma refundação garantista? In: MARQUES, Mateus (Org.). **Temas atuais sobre processo penal**. Porto Alegre: Liquidbook, 2018.

COLAO, Floriana. Processo Penale e Pubblica Opinione: dall'età liberale al regime fascista. In GARLATI, Loredana. **L'Inconscio Inquisitorio**: l'eredità del código Rocco nella cultura processual penalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Bogotá: Temis, 2000.

CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais**, ITEC, Porto Alegre, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. **Revista de Estudos Criminais**. Ano 4, n. 14, 2004.

COUTINHO, Jacinto de Miranda. Estado de Polícia: Matem O Bicho! Cortem A Garganta! Tirem O Sangue. In: COUTINHOS, Jacinto de Miranda (Coord.) **Direito e Psicanálise**: intersecções e Interloquções a Partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais penais no Brasil. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; COSTA DE PAULO, Leonardo. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

CUNHA MARTINS, Rui. **A Hora dos Cadáveres Adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.



DAMASKA, Mirjan R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**: análisis comparada del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 2000.

DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study, In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, n. 121, p. 506-589, 1972-1973.

DAMASKA, Mirjan. “Aspectos globales de la reforma del proceso penal”. In: **Sistema acusatorio y juicio oral**. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2014.

DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do rio de janeiro**, 2017, p. 77.

Disponível

em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf> Acessado em 07 de junho de 2018.

DELEUZE, Gilles. “‘Post-scriptum’ sobre a sociedade de controle”. In: **Conversações** (1972-1990). Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs**: capitalismo e esquizofrenia. Vol. 3. Tradução Aurélio Guerra Neto, Ana Lúcia de Oliveira, Lúcia Cláudia Leão e Suely Rolnik. São Paulo: Ed. 34, 1996.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. **Rizoma**: introducción. Trad. José Vásquez Pérez e Umbelina Larraceleta. Valencia: Pre-textos, 2013.

D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DOTTI, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 24, p. 179-208. São Paulo: RT, out./dez., 1998.

DOTTI, René Ariel. **Um novo e democrático Tribunal do Júri (I)**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64682,21048-Um+novo+e+democratico+Tribunal+do+Juri+I> . Acesso em 04/09/2018.

EASRTERBROOK, Frank H. Criminal procedure as a market system. **Journal of Legal Studies**, v. 12, p. 289-332, 1983.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba en los procesos penales acusatorios latinoamericanos, Actualidad Judicial. **Revista del Poder Judicial del Estado de Zacatecas**, núm.1, p. 36 y ss., 2007.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. In: **Revista de Instituciones Europeas**. Vol. 7, nº 2, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual – RED**, v. 3, n. 3, p. 89-108, jan./jun., 2009.

FASSLER, Lawrence J. **The Italian Penal Procedure Code: an adversarial system of criminal procedure in continental europeu**. J.D. Candidate, Columbia, 1991.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FENOLL, Jordi. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set-dez, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. **Jueces para la democracia**, n. 4, Madrid, set. 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. Terza edizione. Bologna: Zanichelli, 2012.

FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. 2017.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel. **Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra, 1992.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Obrar Mal, Decir la Verdad: la función de la confesión en la justicia**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18ª ed. Trad. R. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población**. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald e Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GALEANO, Eduardo. Procura-se um inimigo. In: Instituto Carioca de Criminologia. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**. n. 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Joannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e a ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascomento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, Rodrigo; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. O Inquérito Policial em Questão – Situação atual e a percepção dos Delegados de Polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal. **Revista Sociedade e Estado** - Volume 26 Número 1 Janeiro/Abril, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 1, n. 1. Porto Alegre, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo pena**. Crises, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIL, Fernando. **Tratado da Evidência**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996.

GIL, Fernando. **Provas**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1986.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal**, t. II, vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987.

GIMENO SENDRA, José Vicente. Prólogo. In GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro – vol. 1**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Sraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Juspodivm, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástase do sistema inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, ano 23, p. 263-286, São Paulo: RT, nov./dez., 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidade do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: In: COUTINHO, J. N. M.; PAULA, L. C.; SILVEIRA, M. A. N. (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogo sobre Processo Penal entre Itália e Brasil**, vol. 2. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 130, p. 177-200, São Paulo: RT, abr., 2017.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

- GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.
- GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- GOLDSCHMIDT, Werner. **La imparcialidade como principio básico del proceso: la parcialidad y la parcialidad**. In: Monografias de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Série 2ª, n. 1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950.
- GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. Imprensa: São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GOMES FLHO, Antônio Magalhães. “Provas – Le 11.690, de 09.06.2008”. In ASSIS MOURA, Maria Teresa Rocha de (Coord.). **As Reformas no Processo Penal: As novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: RT, 2008.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Minas Gerais: Del Rey, 2012.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. La prueba em los procesos penales centroamericanos (Guatemala, El Salvador, Costa Rica). **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, marzo, n. 17, 2000.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. **Revista de Ciencias Penales**, n° 11, Año 8, julio, ABC Ediciones, 1996.
- GONZÁLEZ, L.; GARAVANO, G.; FANDIÑO, M. **Evaluación del impacto del nuevo Modelo de Gestión Fiscal del Ministério Público de Guatemala**. Santiago: CEJA, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GRINOVER, Adda Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, jul./set. 1999.
- HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Paulo Giachini. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da Transparência**. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**. Neoliberalismo e novas tecnologias de poder. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 2015.

HAYEK, Friederick. **Direito, Legislação e Liberdade. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Trad. Ana Maria Copovilla. São Paulo: Visão, 1985.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 15 ed. Trad. Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes. 2005.

HEUMANN, Milton. **Plea bargaining**. The experiences of prosecutors, judges and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica). **Jueces para la democracia**, n. 46, p. 57-66, 2003.

ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. 6ª ed. Bologna: Zanichelli 1984.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KHALED JR, Salah Hassan. **A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LACCHÈ, Luigi. “Sistemare il Terreno e Sgombrare le Macerie”: gli anni della “Costituzione Provvisoria”: alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e de código di procedura penale (1943 – 1947). In GARLATI, Loredana. **L'Inconscio Inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana**. Milano: Giuffrè, 2010.

LACOVIELLO, Francesco M. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione**. Milano: Giuffrè, 1997.

LANDSMAN, Stephan. Brief survey of the development of the adversary system. **Ohio State Law Journal**, n. 44, 1983.

LANDSMAN, Stephan. The rise of the contentious spirit: Adversary procedure in eighteenth century England, In: **Cornell Law Review**, Ithaca, n. 75, p. 497-609, 1990.

LANGBEIN, John. **The origins of adversary criminal trial**. New York: Oxford University Press, 2003.

LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LANGBEIN John H. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. **Revista “Nueva Doctrina Penal”**, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/A.

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 11-42, 2015.

LANGER, Máximo. Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 37, p. 4-51, 2017.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LEIVA, Erick Ríos. **Gestión de Fiscalías**: consideraciones sobre los modelos y herramientas de gestión de las fiscalías. Santiago: CEJA, 2012.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignacio. **Quem vigia os vigias? – um estudo sobre controle externo da polícia no Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LINDGREN, Henry Clay. **Introducción a la psicología social**. Trad. Nuria Parés; María Inés de Salas. México: Editorial Trillas, 1978.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 22, n. 111, p. 227-260, nov./dez. 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Ed. 2. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, n. 49, ano XVII, jul., p. 148-168, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Confiança**. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996.

LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MAIER, Julio B. J. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, junio 1991, nº 4.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

MAIER, Julio B. J. ¿Es la intermediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs Composición. En: Un apunte de conclusiones Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). **Jueces para la democracia**, No. 46, p. 65-85, marzo 2003.

MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: AdHoc, 2000.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: Influência na legislação processual brasileira (1937-1941), in: **Autoritarismo e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 96, p. 279-309. São Paulo: RT, maio/jun., 2012.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar; ROSA, Alexandre Morais da. **O processo eficiente na lógica econômica**: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim Informativo IBRASPP**, São Paulo, ano 03, n. 04, p. 16-18, 2013/01.

MARINHO MARQUES, Leonardo. O Princípio da Oralidade e a Descentralização da Informação Relevante no Processo Penal. **Revista de Estudos Criminais**, n. 46, v. 10, p. 157-170, 2012.

MARINHO MARQUES, Leonardo. O princípio da oralidade como componente racional de gestão democrática do processo penal. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, ano 06, n. 06, p. 506-520, 2012.



MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.  
MASSA, Michele. **Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado**. Milano: Giuffrè, 1976.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAYA, André Machado. **A prevenção como regra de exclusão da competência no processo penal**: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos e da corte constitucional da Espanha. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MAYA, André Machado. **A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal**. Porto Alegre: PUCRS, 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS, 2015.

MAZZONI, Giuliana. **Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta, 2010.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GOLZÁLEZ, L. (Dir.). **Desafiando a Inquisição**: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Brasil. Justiça Federal. In: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. **La justicia penal adversarial en America Latina**. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2018.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Mentalidade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí**, vol. 4, n. 1, p. 84-99, 2018.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**: O contraditório como significante estruturante do processo penal. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social** - Vol. 3 - no 7 – jan./fev./mar., p. 35-50, 2010.

MISSE, Michel. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Revista Sociedade e Estado** – Vol. 26, n.1, Jan./Abr. 2011.

MISSE, Michel; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, César Pinheiro; NERI, Natasha Elbas. **Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)**. Rio de Janeiro: NECVU; BOOKLINK, 2013.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

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.

MONTERO AROCA, Juan. **La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad**. Valencia: Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, 2000.

MORA MORA, Luis Paulino. La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, n. 5junio 1992.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 132, p. 117-138, jun. 2017.

MORAES PITOMBO, Sergio Marcos. “O indiciamento como Ato de Polícia Judiciária”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 577, nov. 1983.

MORENO CATENA, Victor. **La Defensa en el Proceso Penal**. Madrid: Civitas, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. **Revista penal**, n. 23, p. 73-114, 2008.

NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da UFF, 2012.

NEDER, Gislene. **Illuminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: obediência e submissão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 3 ed., 2011.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, V. 37, n. 2, p. 253-275, 1994.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v.5, n. 29, maio/jun. 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. Especial, p. 13-29, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno**: uma reflexão sobre a tortura. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2009.

ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ORLANDI, Renzo. “*Operazione Mani Pulite*” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ORTEGA LEÓN, Darina. La Oralidad: ¿Una necesidad en los sistemas de enjuiciamientos penales contemporáneos? **Revista Pensamiento Penal**, 2015. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40575-oralidad-necesidad-sistemas-enjuiciamientos-penales-contemporaneos> . Acesso em 02 de agosto de 2018.

PASTANA, Débora Regina. **Justiça Penal no Brasil Contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. **Revista USP**, mar.-abr.-maio 1991.

PINTO, Luciano Haussen; STEIN, Lilian Milnitsky. Nova ferramenta de entrevista investigativa na coleta de testemunhas: a versão brasileira da *Self-Administered Interview*. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo v. 11, n. 1, 110-128, fev./mar. 2017.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

POLI, Camilin Marcie de. **O Inquérito Policial e sua utilização na fase processual penal**: (des)conformidade com o devido processo penal. Curitiba: UFPR, 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**. O sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina – vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

POSTIGO, Leonel González. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. **Direito & Justiça**, v. 39, n. 1, p. 116-120, jan./jun. 2013.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **Boletim IBCCRIM**, vol. 262, set. 2014.

PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Decisão Judicial**: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. MADRID: Marcial Pons, 2012.

PRANDO, Camila. **O Saber dos Juristas e o Controle Penal**: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940). Rio de Janeiro: Revan, 2013.

QUEIROZ, David. **A permeabilidade do processo penal**. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Porto Alegre: PUCRS, 2016, 197 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4<sup>a</sup> ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSENBERG, Leo. **La Carga de la Prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Traduzido por Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

RUIZ, Francisco López. El principio de inmediatez en el proceso penal: una crítica epistemológica. In: CADENAS, Manuel C.; ARIAS, Just. F.; JUNOY, Joan P. **Justicia: Revista de derecho procesal**, Núm. 1. Ciudad de México: Bosch Editor, 2016.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Expansão do direito penal e relativização de seus fundamentos. In: POZZEBON, F. D. A.; ÁVILA, G. N. (Org.). **Crime e interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

SAMPAIO, André Rocha. Profanando o dispositivo “inquérito policial” e seu ritual de produção de verdades. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 134, p. 351-383, 2017.

SAMPAIO, André Rocha. Um dispositivo chamado “Inquérito Policial”. **Boletim Informativo IBRASPP** - Ano 03, nº 05, p. 39-41, 2013.

SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. **Olhares Plurais – Revista Eletrônica Multidisciplinar**, Vol. 2, n. 13, 2015.

SAMPAIO, André R.; MELO, Marcos Eugênio V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 879-905, set./dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCARANCE FERNANDES. **Processo Penal Constitucional**. ed. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHREIBER, Simone. O juiz de garantias no projeto do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, p. 02-03, 2010.

SCHUNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SCHUNEMANN, Bern. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adverbial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: GRECO, Luís (org.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Carlos Eduardo Cunha Martins. **A difusão do medo e a banalização das prisões provisórias**: Quando a exceção torna-se a regra do jogo. Rio de Janeiro: PUC, 2011. 189 f. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 46 n. 183 jul./set. 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Crônicas forenses contemporâneas: quando a oralidade pode ser pior que do que o processo escrito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália” – Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**, vol. 5, n. 2, p. 179-186, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? – decido conforme a minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto? – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SYKES, Gresham M.; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. **American Sociological Review**, Vol. 22, No. 6, p. 664-670, Dec., 1957.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**: el juez y la construcción de los hechos. Trad. Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana**: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva. Temis: Bogotá, 2008.

TARUFFO Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**, vol. 110, p. 141, abr., 2003.

THAMAN, Stephen C. Aspectos *adversariales*, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, n. 168, fev., 2009.

TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. São Paulo: Record, 2015.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TRUJILLO, Isabel. **Imparcialidad**. México: UNAM, 2007.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. **Revista Sociedade e Estado**, vol. 26, n. 1, p. 77-96, jan./abr. 2011.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. La nueva generación de reformas procesales penales en latinoamérica. **URVIO - Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad**, n. 3, p. 33-47, 23 jan. 2014.

VARGAS VIANCO, Juan Henrique. **Sistema Procesal por Audiencias**: Requerimientos Organizacionales y Administrativos. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5398/cl-audiencias-jev.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em 12/09/2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Ingraterra, y en Europa Continental. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Processo penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. **Revista da Faculdade de Uberlândia**, v. 39: 133-168, 2011.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatórios**. Marcial Pons: Madrid, 2008.

YOMHA, Diego G.; MARTINEZ, Santiago. **La etapa preparatória en el sistema adversarial**. Buenos aires: Del Puerto, 2014.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: EDIAR, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SLOKAR, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal, vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

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

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Quem tem medo do “juiz das garantias?”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 18, n. 213, edição especial CPP, p. 21-23, ago./2010.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

ZIMERMAN, David. Uma resenha simplificada de como funciona o psiquismo humano. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millenium, 2002.

ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real!** Cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Coleção Estado de sítio. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.





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)