

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

EDUARDO SAMOEL FONSECA

O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo/SP
2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

EDUARDO SAMOEL FONSECA

O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

São Paulo/SP

2019

Autorizo, exclusivamente, para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos fotocopiadores ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: _____

e-mail: _____

FONSECA, Eduardo Samoel

O Processo Penal no Estado Democrático de Direito / Eduardo Samoel Fonseca.
São Paulo, 2019.

99f.; 30cm

Orientador: Marco Antonio Marques da Silva.

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito Processual Penal, 2019.

Área de concentração:

1. Democracia e participação. 2. Processo Penal Acusatório. 3. Construção da decisão judicial. 4. Legitimidade. 5. Estado Democrático de Direito. 6. Escopos. I. SILVA, Marco Antonio Marques da. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Direito Processual Penal. III. O Processo Penal no Estado Democrático de Direito.

EDUARDO SAMOEL FONSECA

O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Aprovado em _____ de _____ de 2019.

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Penal Julgadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Prof^o Dr^o Marco Antonio Marques da Silva.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva (Orientador)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Minha gratidão especial...

À Maria Lúcia Samoel Fonseca, fonte de inspiração, de amor e de carinho. Exemplo ímpar na luta por liberdade e efetividade dos direitos em períodos turbulentos. Este trabalho é para você, mãe.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior-Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos irmãos Douglas, Isabel, Ricardo e Mauricio pela amizade e pelas constantes reflexões filosóficas, políticas, econômicas e educacionais, sobretudo por serem (sempre) pautadas pelo máximo de respeito e consideração ao próximo, o que confirma o traço de criação e orientação de nossa mãe, Maria Lucia Samoel Fonseca, mulher de LUTA.

Ao Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva, que me acolheu desde os primeiros dias de aula no curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito. Além do seu mais absoluto domínio da Ciência do Direito, o professor me ensinou que é possível encontrar inúmeros caminhos na trajetória de nossas vidas, pois independentemente do ângulo que se pretenda ver, o importante é que tenhamos em conta a condição do outro, num verdadeiro exercício de cidadania.

Aos professores Dr. Roberto Ferreira Archanjo da Silva e Dr. Claudio José Langroiva Pereira, que contribuíram de forma ímpar na construção do presente estudo. Além dos professores Doutores Willis Santiago Guerra Filho e Pedro Estevam Serrano, pela profusão crítica do conhecimento científico.

Ao professor Dr. José Emílio Medauar Ommati, da PUC-Minas, orientador do curso de Especialização em Ciências Criminais (2016) e grande incentivador deste estudo.

Aos funcionários Secretaria Acadêmica (Rui de Oliveira e Rafael de Araújo), pela atenção, auxílio e amizade construída ao longo dessa jornada.

Aos meus companheiros de curso Régis Munari Furtado, Sean Hendrikus Kompier Abib e João Victor Esteves Meirelles, acadêmicos dedicados e atentos com o Futuro do Direito. Tenham certeza de que aprendi muito com cada um de vocês.

Aos meus amigos de vida, Emerson, Thiago, Bruno, Gilney, Marcos, Cris e Anderson, pelo incentivo constante e por me ajudarem a desacelerar nos momentos de maior tensão.

Aos estimados Ricardo Mamoru Ueno, pelos motivos que só você sabe, e ao Marcio Valentim Corrêa, pela parceria e pelas revisões atentas.

Ao grande amor da minha vida: Jéssika. Você fez e faz meus dias mais felizes. Para além de auxiliar no enfrentamento das dificuldades no transcorrer da conclusão do curso de pós-graduação, você é companheira essencial na construção de nossas vidas na certeza de que em breve seremos uma família. Te amo com toda intensidade.

Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
sino estelas en la mar.
(António Machado)

O primeiro dever do bom inquisidor é o de
suspeitar antes dos que te parecem sinceros.
(Umberto Eco)

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo identificar e descrever a pertinência e adequação de escopo(s) atribuído(s) ao Processo Penal acusatório à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Na atualidade, o Processo Penal é caracterizado pela participação (efetiva) dos sujeitos na construção do provimento jurisdicional (sentença) e funciona como instrumento limitador da interferência do Estado na liberdade do indivíduo. Objetivando a preservação e efetividade de tais garantias constitucionais, busca-se a exposição e superação da cultura inquisitória ainda tão inserida na mentalidade processual penal brasileira, a qual acaba produzindo monólogos judiciais. Em função disso, trata-se de apontar as características de cada um dos conceitos de sistemas (inquisitório, acusatório e misto), declinando-se, ao final dessa parte, o modelo que guarda exata compatibilidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, no presente trabalho, adota-se a concepção de processo (procedimento em contraditório) defendida por Elio Fazzalari, de sorte a permitir que as partes possam influir diretamente na construção da decisão judicial, conferindo-lhe, assim, o máximo de legitimidade. Por fim, há a descrição do(s) escopo(s) compatível/compatíveis com o Processo Penal democrático.

Palavras-chave: Democracia e participação. Processo penal acusatório. Construção da decisão judicial. Legitimidade. Estado Democrático de Direito. Escopos.

ABSTRACT

This dissertation aims to identify and describe the relevance and appropriateness of the scope assigned to the Accusatorial Criminal Justice System in the light of the Democratic State's paradigm. Currently, the Criminal Process is characterized by the (effective) participation of the subjects in the construction of the jurisdictional provision (verdict) and works as an instrument limiting the State's interference in the individual's freedom. Aiming the preservation and effectiveness of such constitutional guarantees, it is pursued the exposure and the overcoming of the inquisitorial culture yet so present in the mentality of the Brazilian criminal procedure, which ends up generating judicial monologues. As a result, it is necessary to point out the characteristics of each system's concept (inquisitorial, accusatory and mixed), declining, at the end of this part, the model that is exactly compatible with the constitution of the Federative Republic of Brazil from 1988. In addition to that, the present work adopts the concept of a process (contradictory procedure) defended by Elio Fazzalari, in order to allow the parties to have a direct influence on the construction of the judicial decision, thus conferring on it the greatness of legitimacy. Finally, there is a description of the compatible scope(s) with the Democratic Criminal Procedure.

Keywords: democracy and participation. Accusatorial Criminal Justice System. Construction of the judicial decision. Legitimacy. Democratic state. Scopes.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DIREITO, DEMOCRACIA E PROCESSO PENAL	14
2.1	Os fundamentos do Estado Democrático de Direito	14
2.2	Os elementos estruturantes do Processo Penal Constitucional	23
3	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI	28
3.1	Características históricas dos sistemas	28
3.2	Distinção entre os sistemas inquisitório, acusatório e misto	43
3.3	Modelo adotado pelo constituinte originário de 1988	51
3.4	Processo enquanto procedimento em contraditório	55
3.5	Superação do binômio cientificação e possibilidade de contraposição	60
3.6	Giro axiológico: processo penal enquanto limitação do poder e não como palco do exercício, exclusivo, do <i>ius puniendi</i>	62
3.7	A construção e a legitimação da decisão judicial através da participação (influência) democrática das partes	68
4	ESCOPO(S) DO PROCESSO	72
4.1	A instrumentalidade e a teoria da relação jurídica no processo penal	72
4.2	O lugar da verdade no processo penal	82
4.3	(Re)discutindo o(s) escopo(s) do processo penal no Estado Democrático de Direito	87
5	CONCLUSÃO	91
	REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo investigar a existência de escopo(s) atribuído(s) ao Processo Penal na perspectiva do Estado Plural e Democrático de Direito, e o(s) seu(s) reflexo(s) em caso de confirmação. Para tanto, adota-se, desde o início, o paradigma da consagração das liberdades individuais como ponto de ruptura da antiga ordem (política) e na dimensão de elemento fundante da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Estruturado em quatro capítulos, inicia-se pela definição do conceito de *democracia* estabelecido na Antiguidade Clássica, perpassando aos dias atuais. Identificada a soberania popular como fator preponderante das democracias modernas, busca-se compreender – a partir de estudos especializados – os elementos que conferem legitimidade ao processo penal democrático.

Superada a questão da legitimidade (via participação), procura-se apresentar as estruturas rudimentares do Processo Penal Constitucional e a sua tarefa no Estado Democrático de Direito. Aliás, a compreensão do *dinamismo* democrático – através da abordagem especializada da literatura constitucional – revelou-se essencial para o desenvolvimento do trabalho.

Ao fim dessa parte, aborda-se a mudança de percepção do *status* de liberdade, denominado de *linguistic turn* por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹, no sentido de que cabe ao Estado-Poder justificar (sempre) a sua interferência na vida do indivíduo e merecedor de consideração, tudo na mais absoluta consonância com o postulado da Dignidade da Pessoa Humana.

Na etapa seguinte (terceiro capítulo), ocasião em que já se terá definida a concepção de Processo Penal enquanto instrumento limitador da interferência do Estado na liberdade do indivíduo, há, ainda que de forma breve, uma abordagem dos sistemas processuais pensados ao longo da história.

Com a identificação dos modelos inquisitório, acusatório e a (des)construção do que se convencionou chamar de misto, debruça-se para apontar os elementos caracterizadores de cada um deles, valendo-se, para tanto, das importantes contribuições da literatura processual penal nacional e internacional.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018 (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1).

Em consequência da abordagem histórica e dos elementos próprios de cada um dos sistemas, objetiva-se a identificação do modelo adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1941 e aquele concebido – e vigente – pela Constituição Federal do Brasil de 1988. Nesse ponto, evidencia(m)-se a(s) eventual/eventuais problemática(s) no panorama do processo penal brasileiro.

Evitando a incursão em anacronismos, há a análise das práticas de tortura e do uso da confissão como rainha das provas (*regina probationum*), o que foi amplamente consagrado no sistema surgido no seio da Igreja católica no século XIII, por se tratar de métodos para a obtenção da verdade no contexto processual da época.

No passo seguinte, e de acordo com os movimentos históricos, depara-se com o abandono do acúmulo de funções (acusar e julgar) numa só pessoa para o caminhar rumo ao sistema que se convencionou chamar de acusatório. Nesse ponto, pretende-se compreender o conceito e as características da gestão das provas e a função de cada um dos sujeitos do processo penal.

Para implementação da sistemática acusatória, busca-se compreender a teoria elaborada por Elio Fazzalari², o qual compreende processo enquanto procedimento fundado no contraditório. Nesse particular, procura-se analisar a compatibilidade da referida teoria com a Constituição Federal do Brasil e eventuais pertinências de tal estudo.

No quarto capítulo, há uma exposição da problemática da teoria da relação jurídica tão propagada no âmbito da doutrina nacional por Cândido Rangel Dinamarco³, resultando na atribuição de inúmeros escopos ao processo penal, tais como realização de pacificação social, segurança pública, justiça etc.

Amparados por reflexões acadêmicas, entende-se pela incompatibilidade dessa teoria na perspectiva constitucional, uma vez que a função do juiz, nos termos da Carta Magna, não pode mais ser pensada na qualidade de “super-partes” e muito menos na condição de capitaneador isolado dos valores comuns numa sociedade marcada pelo pluralismo. Além disso, há uma análise sobre a possibilidade da concessão de poderes instrutórios ao juiz pode eliminar a possibilidade do diálogo entre os protagonistas do processo (partes), sem prejuízo de eventual constatação da eliminação da (im)parcialidade jurisdicional.

² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

Com apoio na leitura de ensaios científicos, procura-se entender a eficácia das formas no processo penal, especialmente à luz das garantias constitucionais tais como contraditório, ampla defesa, dever de fundamentação, divisão de tarefas etc.

Aponta-se, ainda, como problemática na proposta de pesquisa ora realizada, analisar a possível compatibilidade da teoria do processo penal enquanto procedimento em contraditório com os ditames da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como com o sistema processual por ela adotado.

Em caráter conclusivo, chega-se ao final do quinto capítulo buscando-se compreender as funções do processo penal acusatório, além de traçar as atribuições de cada um dos possíveis atores e protagonistas do palco processual.

Para consecução do presente estudo, adota-se a técnica de documentação indireta – o que compreende pesquisa documental e bibliográfica –, revelando-se possível acessar o conteúdo científico das estruturas do processo penal brasileiro. E, justamente em função da acolhida do método empírico-dialético, com exposição de pensamentos ordenados em teses e antíteses é que se faz aceitável a confirmação ou rejeição das hipóteses previamente suscitadas no curso da pesquisa.

2 DIREITO, DEMOCRACIA E PROCESSO PENAL

2.1 Os fundamentos do Estado Democrático de Direito

É impossível pensar em direito – e o seu exercício – fora do ambiente que não seja o democrático. Sem a democracia, as situações que propiciam privilégio, desigualdade ou discriminação estão fadadas à imutabilidade, o que implica em rebaixar o homem à categoria de coisa, de súdito e jamais sujeito de direitos⁴.

Na visão de José Afonso da Silva, a “*democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história*”⁵. Isto é, não se trata de uma concepção acabada, pois a sua forma de apresentação muda de acordo com determinado contexto histórico. Justamente por isso é que a democracia existente na Antiguidade Clássica não é a mesma da Contemporaneidade, a qual passou por influxos inclusive em virtude das novas definições de povo, cidadão, território etc.

Ainda que na história da humanidade não se tenha experimentado nenhuma passagem perfeita, acabada e permanente de governo, de acordo com Paulo Bonavides, “*o governo da lei legitimado pela soberania popular será sempre um valor superior ao governo do arbítrio, materializado em proveito de minorias ou de um só déspota, que mantém acorrentada e arrastada em ferros a esmagadora maioria da Sociedade*”⁶. Dessa forma, a democracia constitui o exercício da atividade governativa, de modo que a vontade soberana do povo define – de forma direta ou indireta – todas as questões atinentes ao governo. O povo, nessa perspectiva, é detentor exclusivo do legítimo poder.

Não é por outra razão que Simone Goyard-Fabre sustenta que a democracia é inerente à natureza humana, pois o seu alicerce está fincado na esperança da liberdade. E é precisamente em virtude do seu exercício que floresce a imperfeição do homem.

⁴ Na busca de justificação e legitimação da democracia direta, Paulo Bonavides alerta para o fato de que “*uma sociedade desigual será invariavelmente uma sociedade injusta, e não há justiça onde os homens padecem na ordem econômica os mais iníquos desníveis de renda; onde a classe média destrocada cede lugar a uma falsa democracia formal; onde a pobreza dos desgraçados sela a união frouxa, coercitiva e instável da camarilha de opressores com a multidão de oprimidos*”. Daí porque “*a democracia unicamente dissolve privilégios e faz eficaz o princípio da igualdade. Só esse título já suficiente para alçar-lhe a supremacia sobre qualquer outra forma de governo*”. Ou seja, a democracia é o legítimo – e único – antídoto contra a tirania e o arbítrio. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 130.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 22.

Isto “porque a liberdade tem limites e esses limites [...] são difíceis de traçar de modo duradouro”⁷. Daí porque absolutamente possível (e sustentável) a afirmação de que a democracia será (sempre) imperfeita e inacabada.

Segundo Norberto Bobbio, a única forma de se chegar a uma definição de democracia, pensada de forma contrária aos governos que se estabelecem dentro da tirania, é tratá-la enquanto um conjunto de regras que define quem está legitimado a tomar decisões em nome do grupo social e que seja por meio de determinados procedimentos⁸. Todavia, é fundamental que se reconheça a necessidade de um terceiro pressuposto, pois a simples existência de um elevado número de pessoas legitimadas a tomarem decisões e a (pré)existência de regras de procedimento não são suficientes para assegurar a mínima definição de democracia. É primordial, também, que as pessoas convocadas a decidir – ou a eleger aqueles que irão por elas decidir – tenham condições reais e alternativas de escolhas⁹.

Na concepção constitucionalista de José Afonso da Silva, “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em detrimento do povo”¹⁰. Vale dizer, os regimes

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 349. Ainda nas palavras da citada autora, “a democracia é, em sua própria essência, habitada por um déficit que é inerente à sua natureza e que se traduz por um estado de instabilidade e de crise que a ambivalência da natureza humana impõe a suas maiores obras. Ela se alimenta sempre das mais elevadas esperanças e ela é, sem trégua, minada pelas mais angustiantes crises; mas ela não é nem a utopia de uma Cidade do Sol, nem o mito do Inferno. Obra humana a ser sempre repensada e recomeçada, ela remete a condição humana, diante de toda a história, a seu sentido mais profundo e mais perturbador: sempre imperfeita, essa grande aventura humana é um fardo pesado de carregar”, GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 349.

⁸ Na obra em que discute o *Futuro da Democracia*, que não se trata de um exercício de futurologia, mas sim de uma profunda e autêntica reflexão dos regimes democráticos e de suas contradições, Norberto Bobbio sustenta que “todo grupo social está obrigado a tomar decisões que vinculem o conjunto de seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isso, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos”. BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 13.^a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 35.

⁹ Para Norberto Bobbio, “é necessário que os chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. – os direitos à base dos quais nasceu o Estado Liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte; isto é, do Estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ‘invioláveis’ do indivíduo. [...] Disto segue que o Estado liberal é pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático. [...] Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais”. BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 13.^a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 38.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros

democráticos se sustentam em virtude da manifestação do princípio da soberania popular. Portanto, ainda que as instituições funcionem por meio da representação do soberano nas tarefas de governo, o fato é o que o poder decisório – e direto – é sempre do povo¹¹.

Em consequência disso, revela-se como característica central das democracias modernas não apenas o acolhimento expressado pela maioria (soberana), mas, fundamentalmente, como aponta Elías Díaz, pelo máximo de acolhimento e preservação dos direitos e liberdades das minorias:

La democracia es, pues (se seguirá hablando de este tema en este y otros capítulos), doble participación de todos en decisiones y resultados como aspiración siempre revisable, inacabada y perfeccionable, expresada a través de la regla de las mayorías, acogiendo al máximo los derechos de las minorías y procurando siempre los más amplios consensos posibles. [...] Sólo así se hace más real y efectiva esa doble participación de todos en decisiones y resultados. Mayorías, minorías y consenso constituyen, pues, los ingredientes necesarios, los elementos básicos para avanzar en democracia, también por las vías del Estado y del Derecho, hacia la consecución de una sociedad más eficiente y más justa para todos y cada uno de los ciudadanos¹².

As definições de democracia até aqui introduzidas fazem parte de estudos contemporâneos. Isso, nem de longe, significa que o seu surgimento é obra da modernidade. Tem ela, ao contrário, sua origem fincada nas civilizações antigas, pois quando a filosofia ocidental “*raiou sobre o mundo grego, descobriu uma pluralidade de comunidades humanas mais ou menos extensas e mais ou menos organizadas nas quais [...] a dimensão pública da existência prevalecia sobre a dimensão privada*”¹³.

Em virtude dessa estruturação e do primado da prevalência dos interesses (amplos, para não se falar público) das comunidades sobre a esfera privada, é que se pode – com base nos registros históricos – apontar a cidade grega (polis) como o seio da política e protagonista da democracia, conforme destaca Pierre Vidal-Naquet:

Editores, 2001, p. 130.

¹¹ Ao homenagear José Joaquim Gomes Canotilho, na obra intitulada *Constituição e Democracia*, Fábio Konder Comparato trata a democracia enquanto um poder absoluto de controle do poder pelo povo. A democracia, em suas palavras, “*é, antes de tudo, um poder permanente e inalienável de controle (ou controle, como preferem dizer os portugueses) das atividades de governo*”. COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade da Constituição, in **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho**, Malheiros, 2006, p. 87.

¹² DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1988, p. 100.

¹³ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14.

Quios talvez não tenha sido a mais antiga democracia do mundo. Mas, em Atenas pelo menos, temos, a partir do final do século VII, documentos diretos, leis de Drácon, poemas de Sólon, relatos históricos de Heródoto, de Tucídides e de Aristóteles, textos mencionando outros textos. Todos eles, e muitas inscrições, nos apresentam a cidade de Atenas em ação, concluindo tratados, afirmando sua identidade ao invocar não apenas no presente, mas também no futuro: esse *aéi* (sempre) que, para além dos cidadãos e dos magistrados de hoje, compromete os magistrados e os cidadãos de amanhã. Assim como o rei medieval ou moderno, a cidade democrática não é suscetível de ‘morrer’.

Mas temos algo mais e ainda melhor: temos documentos que fazem contraste e também esclarecem, quero dizer, aqueles que nos informam sobre o funcionamento das cidades que foram, no século V, as antagonistas da Atenas democrática, particularmente Esparta.¹⁴

Embora fique claro o reconhecimento da origem da democracia no berço das civilizações antigas, há que se ter em mente que não se tratava de um governo de todos¹⁵, mas sim de um governo formado por indivíduos que ostentavam a condição de cidadão, “*o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, estrangeiros domiciliados em Atenas*”¹⁶.

Ou seja, a dimensão do exercício da participação democrática na vida da comunidade difere – e muito – das concepções e definições contemporâneas, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual reconhece que todo ser humano nasce livre, dotado de dignidade e possuidor de direitos.

No que é pertinente ao presente estudo, o preâmbulo da Constituição Federal do Brasil de 1988 registra que os representantes do povo se reuniram com a finalidade de instituir o Estado Democrático (de Direito), voltado a assegurar o exercício das liberdades individuais. Todavia, a sua primeira aparição histórica, conforme registra Willis Santiago Guerra Filho, dá-se “*nas sociedades europeias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado*

¹⁴ VIDAL-NAQUET, Pierre. **Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio**, tradução Jônatas Batista Neto, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 172.

¹⁵ No que diz respeito ao não cidadão da *polis*, Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli esclarecem que “*o Bárbaro é um ser pseudopolítico: não diz a Lei enquanto tal, não diz a Cidade. A afirmação grega da polis é a gênese do direito. E esta gênese não é senão a do homem, digno desse nome, por fim associado ao Grego. Uma vez que a Cidade é o princípio e o fim, ela precede e excede o indivíduo, noção pouco loquaz neste universo comunitário. O ser desprovido de Cidade (apolis) será, em Aristóteles, o inverso do humano: o ser infra-humano, como o animal, ou sobre-humano, como Deus*”. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Instituto Piaget: Lisboa, 2001, p. 22.

¹⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

*de Direito, como também das formulas políticas autoritárias*¹⁷”.

Antes, porém, de entrar propriamente na discussão acerca de uma definição de um modelo de Estado Democrático de Direito, faz-se necessária uma incursão – ainda que breve – nos modelos liberal e social, pois são eles, em essência, as molas propulsoras do Estado Democrático de Direito.

Os alicerces da democracia liberal estavam apoiados na filosofia do século XVIII, manifestando-se especialmente no horizonte da civilização ocidental (Inglaterra, Estados Unidos e França). Apesar de apregoar ideias de liberdade individual e limitação do poder político, o Estado Liberal não se apresentava propriamente como democrático, pois embora de um lado houvesse o reconhecimento da propriedade como um direito fundamental, como defende Simone Goyard-Fabre, por outro, ainda na ótica da mesma autora, “*sublinha intensamente que o uso da propriedade cria inevitavelmente desigualdades (aceitando, assim, o postulado aristocrático que será o capitalismo do século XIX)*”¹⁸, resultando, de modo conclusivo, no choque entre liberdade e igualdade.

Ao tratar da passagem do *Estado Liberal para o Estado Social* e dos alicerces próprios de um Estado Democrático de Direito, Paulo Bonavides chega a mesma conclusão anteriormente apresentada por Simone Goyard-Fabre, no sentido de que a “*ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito*”¹⁹. É ele, antes disso, “*uma negação da soberania estatal, por mais disfarçada que seja sua indumentária no pensamento dos filósofos liberais*”²⁰.

Vale dizer, a liberdade prevalece sobre a igualdade, pois nessa concepção, conforme assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*mais importante é alargar e defender a esfera autônoma de cada um, para que todos sejam verdadeiramente livres, do que assegurar a participação no governo*”²¹.

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7.^a ed. São Paulo: SRS Editora, 2017, p. 23.

¹⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 227.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50. A impossibilidade de satisfazer os interesses dos proletariados, como destaca Antonio Enrique Pérez Luño, impulsionam os conflitos de classe e a transição para o Estado Social de Direito, já que “*el individualismo, así como el apoliticismo y neutralidade del Estado liberal de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad y igualdad reales de los sectores social y economicamente más deprimidos*”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 9.^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 229.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

²¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 37.^a ed. São Paulo: Saraiva,

Desse modo, a passagem de um estado (liberal) para o outro (social) surge das contradições provocadas justamente no interior do liberalismo político, o qual submetia, através do domínio econômico, “os *fracos à sanha dos poderosos*” na medida em que houve, “*com a liberação do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar*”²².

Ao analisar o acesso à justiça e suas dimensões no modelo liberal, Marco Antonio Marques da Silva chama atenção para o fundamento essencialmente individualista do sistema, uma vez que “*ao Estado não cabia, dentro de uma ideologia liberal, preocupar-se com a efetiva possibilidade do indivíduo de reconhecer os seus direitos e defendê-los, bastava assegurá-los formalmente*”²³.

Por força dessas contradições é que o Estado passa por um processo de desprendimento (ainda que não total, de início) do controle burguês. Assim, nas palavras de Paulo Bonavides, o Estado começa a ser “*Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital, [...] nasce, aí, a noção contemporânea de Estado social*”²⁴.

Nesse sentido, Paulo Bonavides alude que as conquistas amealhadas no Estado social foram frutos de intensas disputas entre capital e trabalho. Dentre elas, o sufrágio universal foi a que mais custou àqueles que buscavam a preservação da teoria liberal, pois “*no campo da batalha social, os indivíduos ferrenhos e privilegiados da velha burguesia capitalista tiveram que depor a arma poderosa de sua conversão política – o sufrágio censitário*”²⁵.

Jorge Miranda também aponta as conquistas obtidas não só no campo dos direitos políticos na passagem do estado liberal para o social, mas igualmente de direitos sociais, econômicos e culturais, tudo a provar que o exercício da liberdade (tão apregoada pelos pensadores do liberalismo) não se limitava apenas a satisfazer os interesses da burguesia²⁶.

2011, p. 128.

²² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 59.

²³ SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 75.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 185.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 188.

²⁶ Conferir, a respeito, MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 5.^a ed. Coimbra,

Nota-se, portanto, que a evolução do direito – e mais propriamente dos direitos fundamentais – não pode ser pensada numa perspectiva reducionista de gerações de direitos, mas como adverte Jorge Miranda, enquanto “*um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades*”²⁷.

Todavia, nem mesmo a busca por esses ideais de bem comum foi suficiente para preservar a igualdade entre os indivíduos, na medida em que se aniquilava um fator fundamental: a individualidade numa sociedade plural. Daí decorreu as maiores barbáries da história da humanidade, como o nazismo alemão²⁸, e a produção de espólio estimado entre 40 a 52 milhões de mortos entre 1939 a 1945.

Era necessária, pois, tal incursão histórica, já que o Estado Democrático de Direito representa, na visão de Willis Santiago Guerra Filho, a superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social de Estado²⁹. Nessa ótica jurídica e filosófica, inúmeras são as definições de Estado Democrático de Direito. Entretanto, o presente trabalho não tem como objetivo apresentar todas elas, mas sim apenas auxiliar na compreensão de um modelo de processo penal democrático.

Ao relacionar Estado (Democrático), sociedade (de pessoas livres e iguais) e o Direito (elemento integrador), Jorge Miranda exalta a amplitude da dimensão do Estado de Direito Democrático, sustentando que a dinâmica das contradições é algo próprio das democracias, de sorte que as respostas aos processos antagônicos surgem necessariamente da máxima observância da lógica constitucional estabelecida:

2014, p. 37.

²⁷ Para refutar o equívoco da terminologia geração, Jorge Miranda argumenta que “*os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições*” MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 5.^a ed. Coimbra, 2014, p. 30.

²⁸ Se, por um lado, é inegável que a história registra inúmeras passagens em que se negou a condição de tratamento e reconhecimento do indivíduo enquanto pessoa (conferir ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renan, 2007, p. 18); por outro, há sempre uma resposta positiva no sentido de reconhecimento de direito, conforme leciona Marco Antonio Marques da Silva, “*após a Primeira Guerra Mundial, da qual teriam surgido ideias de negativismo e desânimo, seguiram-se dias piores, com a crise econômica e o aparecimento do fascismo, do nazismo e, então, da Segunda Guerra Mundial. Dessa desastrosa experiência, com os horrores conhecidos, houve uma resposta afirmativa em escala mundial, na qual resultou a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 225.

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7.^a ed. São Paulo: SRS Editora, 2017, p. 23.

Não é uma harmonia pré-estabelecida que se pretende conservar a todo o custo, é uma sociedade imperfeita que se pretende transformar no respeito de certas regras e com vistas a certos objetivos. Não se negam os contrastes, os conflitos e os antagonismos de classes, de grupos, de gerações, de setores, e de regiões; mas inserem-se tais contrastes numa visão dinâmica do processo social em que se espera a sua separação através de níveis crescentes de participação e desalienação – tudo dentro de um rigoroso quadro constitucional e na permanência dos valores que imprimem caráter e razão de ser à comunidade política³⁰.

O ponto central deste subcapítulo, portanto, encontra amparo nas lições de Jorge Miranda por duas razões: a uma porque reconhece as imperfeições da sociedade, o que também encontra eco nas definições de Simone Goyard-Fabre, no sentido de que é extremamente difícil estabelecer limites (imutáveis) de exercício de liberdades; a dois porque detecta os antagonismos produzidos no interior do sistema e ainda assim busca sua conformação – através de um processo de “desalienação” – dentro da própria ordem constitucional.

Seria plenamente possível a finalização da presente temática com as contribuições de Jorge Miranda, isso porque ela nos fornece a precisa dimensão do quanto complexa e inacabada são as ideias de um Estado Democrático de Direito, o qual, embora reconheça o antagonismo nas suas entranhas, busca a conformação de todos (pluralismo). No entanto, vale aprofundar-se em outras leituras, tudo a confirmar a dimensão desse terreno tão fértil que é o Estado Democrático de Direito.

Assim, mais uma vez, fazem-se valer os pensamentos de Simone Goyard-Fabre, ao sustentar que a “*democracia é, em sua essência, habitada por um déficit que é inerente à sua natureza que se traduz por um estado de instabilidade e de crise que a ambivalência da natureza humana impõe a suas maiores obras*”³¹. E, por se tratar de obra humana, há de “*ser sempre repensada e recomeçada, ela remete a condição humana, diante de toda a história, a seu sentido mais profundo e mais perturbador: sempre imperfeita, essa grande aventura humana é um fardo pesado de carregar*”³².

Debruçando-se acerca da Teoria Geral do Direito, mais precisamente da figuração da exceção no interior da rotina democrática, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano descreve o Estado Democrático – na dimensão real – enquanto o projeto humano e político incompleto:

³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 5.^a ed. Coimbra, 2014, p. 253.

³¹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 349.

³² GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 349.

No plano da realidade, porém, percebe-se que o Estado de direito é um projeto humano e político, uma concepção abstrata que nunca se realizou completamente em nenhuma sociedade histórica conhecida. Por mais justo que seja um país num dado momento histórico, os valores essenciais da democracia não foram estabelecidos de forma universal e integral em relação a todos os seres humanos residentes ou transeuntes por seu território³³.

Apontando as condições reais de existência como fator preponderante na luta e conquista de (novos) direitos, Elías Díaz ressalta o traço inacabado das democracias contemporâneas, pois:

En el fondo, de ahí deriva – sobre la base de ‘las luchas por las condiciones reales de la existencia’ – toda esa evolución histórica que yo concreto aquí en estas tres grandes fórmulas o modelo, diferenciados pero relacionados, del Estado liberal, social y democrático de Derecho: modelos que son todo menos intemporales, fijos, eternos, cerrados e inmutables. Con todo ello se trata, en definitiva, de insistir y de avanzar en esa doble participación, que es – a mi juicio – la mejor definición de la democracia y que, como proceso siempre abierto, acompaña asimismo a su institucionalización en el Estado de Derecho a largo de la historia. Democracia, pues, como participación (libre y de todos), como doble participación del siguiente significado: una, participación en las decisiones jurídicos-políticas, lo que también implica participación en tejido social; dos, participación en los resultados, medidos tanto em consecuencias más directamente económicas como en reconocimiento de derechos y libertades de muy diferente índole³⁴.

Marco Antonio Marques da Silva também destaca essa ampla e difícil tarefa de se estabelecer uma definição própria, acabada, pois segundo ele, o Estado Democrático de Direito, “*pelo seu sentido crítico, não se satisfaz com uma pura e simples interpretação a partir da norma, como uma verdade universal e perene, distante da realidade onde deve intervir*”³⁵. Na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho, “*o texto constitucional sugere que a democracia é um conceito dinâmico, postulando um processo de democratização, e não uma estrutura sistémica fechada*”³⁶.

Como dito anteriormente, é vasta a definição do Estado Democrático de

³³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**, São Paulo: Alameda, 2016, p. 15.

³⁴ DÍAZ, Elías. **Curso de Filosofía del Derecho**, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1988, p. 107/108.

³⁵ SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 5.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Princípios Fundamentais**. In: **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4.^a ed. Coimbra: Editora Revista dos Tribunais, 2007. vol. I, p.212.

Direito. Todavia, é uníssona – por tudo que foi apresentado – a ideia de um Estado Democrático de Direito inquieto, inacabado, imperfeito, que se reinventa diante de lutas e de novas necessidades vivenciadas pelos indivíduos. E isso, é o suficiente para o aprofundamento do estudo do processo penal num país com pretensões democráticas.

2.2 Os elementos estruturantes do Processo Penal Constitucional

Antes de ingressar propriamente no estudo do processo penal, faz-se necessária a incursão no eixo de sua estruturação. E isso tem toda uma razão de ser.

Ao enfrentar essa mesma problemática, José Frederico Marques argumenta que a fixação de uma sistemática é fundamental, porque permite a definição de um paradigma que orientará toda a leitura do processo penal. E na mesma perspectiva do citado autor, optou-se por uma leitura constitucionalizante do processo penal, o que implica em reconhecê-lo enquanto instrumento de concretização das garantias constitucionais:

É que a Lei Maior contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, mormente quando se coloca, com normatividade rígida, no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, tal como sucede, entre nós, desde a primeira de nossas Constituições republicanas.

Pela preeminência em que se situa na taxinomia das normas legais, a Constituição não só traça preceitos que funcionam como fontes de diversos domínios da regulamentação jurídica, como ainda se apresenta com os predicados de fonte material em que o legislador vai abeberar-se para construir regras e mandamentos destinados a disciplinar legalmente relações de vida e fatos sociais submetidos aos incoercíveis imperativos da ordem estatal³⁷.

Segundo James Goldschmidt, as políticas de processo penal adotadas por uma nação funcionam de acordo com o modelo de Estado³⁸. Em outras palavras, o processo penal será democrático num Estado democrático e, autoritário, num Estado autoritário. Daí por diante.

Essa relação entre processo e Estado foi tema de estudo feito por Antonio Scarance Fernandes³⁹, o qual divide em três etapas históricas a política de orientação do processo penal. Na primeira, o processo penal é de controle exclusivo do Estado, de

³⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 75/76.

³⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1961, p. 110.

³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.^a ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

sorte que o indivíduo é visto e tratado como mero objeto de inquisição, pois não goza de nenhuma consideração por parte do poder discricionário do julgador. Na segunda, o indivíduo passa a ser dotado de direitos que não podem ser ignorados pelo Estado. Assim, ainda que o Estado possa – e deva – punir, o indivíduo tem, antes, todo o direito de se defender e afastar a pretensão do Estado. Na terceira fase, a qual restou caracterizada como sendo Estado de Direito Social, o processo é orientado pelos interesses da comunidade. Dito de outra forma, o processo não é visto como um simples caminho para aplicação da pena. É ele, antes disso, o espelho do sistema político da nação.

Se o paradigma do processo penal é a Constituição, a qual consagra e enuncia um sistema democrático de direito, fica definido o ponto de partida, assim como destaca Marco Antonio Marques da Silva, pois “*em uma sociedade democrática o processo é visto como um dos modelos de atuação política*”⁴⁰.

Nesse panorama, a leitura do processo penal deve ser orientada e realizada sob a perspectiva da preservação das liberdades individuais, pois nas palavras de Afrânio Silva Jardim, “*a relevância dos valores tutelados pelo processo penal impõe que a própria Constituição Federal consagre os princípios reitores a serem adotados necessariamente pela lei ordinária, como garantia da rigidez constitucional*”⁴¹.

Vê-se, portanto, que as garantias do acusado no processo penal são elevadas ao patamar constitucional. E mais importante do que alçá-las a essa condição, é compreender que o Direito constitucional, por força de sua dimensão, representa o pilar de sustentação de cada um dos ramos das ciências jurídicas, como adverte José Frederico Marques:

É que o Direito Constitucional, sem invadir, propriamente, o campo particular de cada uma das Ciências Jurídicas, representa para elas, segundo SANTI ROMANO, ‘uma espécie de intróito’, porquanto conduz até os limites em que se manifestam suas diversas peculiaridades, para deixa-las livres desse ponto em diante, sem todavia perdê-las de vista um só momento⁴².

Em razão dessa leitura constitucionalizante, o processo penal assume posição essencial no Estado Democrático de Direito, tendo como tarefa funcionar na condição

⁴⁰ SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 201.

⁴¹ JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307.

⁴² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, p. 75.

de verdadeiro escudo das liberdades. Essa passagem do processo penal para o processo penal constitucional foi observada por Antonio Scarance Fernandes, o qual exalta o seu emprego em defesa das liberdades fundamentais:

[...] com a evolução do direito processual constitucional, deixam as normas constitucionais do processo de ser vistas, como ‘simples princípios pragmáticos, meras diretrizes dirigidas ao legislador ordinário que não é a este podia afeiçoar a sua vontade, suposto que fosse formada pelo processo constitucionalmente previsto’. Hoje, ‘tende por quase toda a parte a ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que proíbem a lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do núcleo essencial daquele direito’.

Fala-se, por isso tudo, em um Direito Processual Constitucional, que definem Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco como sendo a ‘condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo’. Abrange, ‘de um lado (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdicional’. À ‘tutela constitucional do processo correspondem as normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias’, e a ‘jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, como o uso dos remédios constitucionais-processuais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular’. [...] Constitui, então, nesta obra, o processo penal constitucional em um método de estudo do processo penal à luz da Constituição Federal⁴³.

Em razão da envergadura constitucional do processo penal – já que funciona como legítima garantia do cidadão contra os poderes de intervenção do Estado –, Marco Antonio Marques da Silva destaca a sua função limitadora e protetora das liberdades:

Em um Estado Democrático de Direito o processo penal cada vez mais se apresenta como garantia do cidadão contra abusos do poder público, em especial no que diz respeito aos limites do poder punitivo do Estado. [...] Com a democratização do Estado o processo passa a ser tido como um instrumento concedido ao cidadão com *status* de garantia constitucional. Em uma sociedade democrática o processo é visto como um dos modos de atuação política. O processo deve ser tido, especialmente numa democracia participativa, como instrumento de atuação política, ou seja, uma forma de provocar uma atuação do Estado ou de particulares para uma efetivação dos objetivos definidos pela comunidade⁴⁴.

⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.^a ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17.

⁴⁴ SILVA, Marco Antonio da. À guisa de apresentação. In: **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 15.

Hermínio Alberto Marques Porto e Roberto Ferreira da Silva também apontam essa função visão (de)limitadora do processo penal, cuja tarefa é dar prevalência aos direitos fundamentais dos indivíduos⁴⁵. Em consequência disso, nenhum bem (liberdade ou patrimônio) pode sofrer qualquer tipo privação sem a exata sujeição ao devido processo legal. Vale dizer, a liberdade do indivíduo e a preservação de seus direitos vigoram na qualidade de regra, de sorte que somente será admitida a restrição de tais bens de forma excepcional, observando-se (sempre) o devido processo, como adverte José Frederico Marques:

O segundo princípio fundamental da justiça penal que se extrai da Constituição é, portanto, o de que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Isso implica a adoção do procedimento contraditório, na plena igualdade entre acusação e defesa no controle jurisdicional prévio sobre a pretensão punitiva.

Certo é que o Estado, para o exercício da tutela penal, está armado de poderes vários que o autorizam a investigar administrativamente a respeito da prática de delito e respectiva autoria, função que é exercida pelos órgãos da Polícia Judiciária. Mas essa tarefa prévia de *informatio delicti* não pode ferir a liberdade do indiciado, não autorizando medidas acautelatórias de coação, a não ser consoante vem expresso no art. 141, § 20, da Constituição, na hipótese de prisão em flagrante delito. Contra a violação desses preceitos, há *remedium juris* específico previsto na própria Constituição, e que é o tradicional *writ* do *habeas corpus* (art. 141, § 24)⁴⁶. Ou seja, o devido processo reclama a materialização rigorosa do procedimento penal, observando-se as formalidades normativas (ampla defesa, contraditório, paridade de armas entre acusação e defesa etc.), pois como adverte Roberto Ferreira Archanjo da Silva, “a violação de um desses direitos fundamentais haverá violação do amplo e vago devido processo legal, sendo o ato carecedor de legitimidade constitucional”⁴⁷.

Uma vez reconhecido o ponto de sustentação do processo penal, orientado pelo paradigma constitucional, não é a liberdade do indivíduo que demanda justificação, já que ela é uma decorrência natural dos Estados Democráticos de Direito – que igualmente observa o postulado da dignidade da pessoa humana –, mas sim a

⁴⁵ Porto, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. Fundamentação Constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 591.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, p. 83/84.

⁴⁷ SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do Direito Penal: organização sistêmica**. São Paulo: Tese de doutorado defendida em 2009 à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na sub-área de Direito Processual Penal.

intervenção estatal que demanda exata motivação.

Embora pareça simplista a afirmação de que a liberdade não dependa de nenhuma legitimação, o fato é que, como observou Aury Lopes Junior, “*a perigosa viragem discursiva que nos está sendo (im)posta atualmente pelos movimentos repressivistas e as ideologias decorrentes faz com que, cada vez mais, a liberdade seja provisória (até o CPP consagra a liberdade provisória...)...*”⁴⁸.

Contudo, a perspectiva da abordagem da liberdade deve ser outra. E a que nos parece mais adequada é aquela articulada por Aury Lopes Junior, por guardar direta ligação com a leitura constitucional, no sentido de que:

[...] o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. Mais, essa legitimação não poderia resultar de uma situação autoatribuição do Estado (uma autolegitimação, que conduza a uma situação autopoiética, portanto). [...] A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos. Essa é uma premissa básica que norteia toda a obra: questionar a legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor *primevo* do processo penal⁴⁹.

O processo penal é, portanto, instrumento constitucional – e legítimo – de defesa das liberdades no Estado Democrático de Direito, sendo certo que o poder de intervenção e punição do Estado deve sempre ser precedido de justificação. Além disso, a (re)leitura do processo penal a partir de uma filtragem constitucional, o transforma em verdadeiro escudo em favor da liberdade, renunciando, assim, a sua função meramente instrumental.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo Penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, p. 2016, p. 33.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo Penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, p. 2016, p. 33.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

3.1 Características históricas dos sistemas

Pela abordagem feita anteriormente, pode-se dizer que o Processo Penal brasileiro deve ser lido, orientado e estruturado segundo o marco constitucional – com estrita observância às garantias individuais, posto que seja justamente ele, o processo, o limitador do poder de interferência do Estado na vida e na liberdade do indivíduo – e, fundamentalmente, sob a perspectiva e consagração do Estado Democrático de Direito.

Sendo essas, portanto, as premissas de sustentação do presente estudo, torna-se necessária a confirmação (ou não) da existência de um sistema estruturado capaz de dar concretude aos comandos constitucionais. Além disso, é igualmente importante compreender, em caso positivo, se o sistema vigente guarda estreita compatibilidade com os reclamos constitucionais. É o que será discutido nas próximas linhas.

Segundo a definição do Dicionário Jurídico, o termo “sistema” pode ser entendido como um “conjunto de elementos dependentes uns dos outros, de modo a formar um todo organizado”⁵⁰. Ainda que essa definição possa dar uma superficial noção do significado de sistema⁵¹, o que leva(ria) a compreender a possibilidade de algo que deve ser pensado enquanto conjunto organizado e sistematizado de uma determinada teoria e norma do direito, isso não é o suficiente para a confirmação da existência, ou não, de uma estrutura processual penal no panorama brasileiro.

É somente a partir dos estudos avançados do processo penal que se torna possível encontrar um arcabouço teórico que permite avançar na temática do(s) sistema(s)⁵². Na Antiguidade, os grupos não eram dotados de um modelo estruturado e convencionado para a resolução de conflitos penais surgidos no seio das tribos. Por se tratar de sociedade embrionária, a realização do direito estava estritamente ligada aos costumes morais e religiosos.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 428.

⁵¹ Em estudo sobre os sistemas processuais penais, Mauro Fonseca Andrade parte da concepção de que “sistema jurídico pode ser inicialmente definido como a reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente”. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 38/39.

⁵² Para que não incorramos em um anacronismo, é apenas partir da definição de KANT, consoante ensina Camilin Marcie de Poli (2016, p. 187), que “sistema é unidade de conhecimentos variados ordenados por uma ideia fundante (princípio reitor/unificador, a priori), a qual possibilita que os elementos se juntem e formem um todo orgânico”. POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 187.

No caso de transgressão praticada por integrantes da própria tribo⁵³, cabia ao sujeito a reparação do dano provocado, desde que a conduta (penal) não fosse, por óbvio, irreparável e nem colocasse em risco a própria existência do grupo.

Confirmado, todavia, um comportamento que pudesse pôr em risco a própria sobrevivência da tribo, isso implicava em certeza de vingança (punição) ao autor, amparada e justificada na vontade dos deuses, sob pena de jamais se recompor a tranquilidade da coletividade, como forma de castigo eterno.

As manifestações mais organizadas⁵⁴ no que diz respeito ao processo e julgamento dos delitos graves surgiram no Egito, de modo que o Poder Judiciário era exercido e controlado pelos sacerdotes. Já nos casos de delito mais leves ocorrido nas províncias, existia um juiz – algo semelhante à figura do prefeito –, responsável pelo processo e com poderes de repressão, inclusive por meio do uso da violência.

Conforme afirma Geraldo Prado, o modelo historicamente utilizado pelos egípcios pode ser tido como o nascedouro do procedimento inquisitório, pois como o controle era exclusivamente sacerdotal, a persecução tinha impulso oficial, prevalecendo às seguintes características: “a) a acusação como dever cívico das testemunhas do fato criminoso; b) polícia repressiva e auxiliar da instrução, a cargo das testemunhas; c) instrução pública e escrita; d) julgamento secreto e decisão simbólica”⁵⁵.

Na Grécia antiga, é possível notar a existência de uma jurisdição criminal estruturada:

⁵³ Ao discorrer sobre a identificação de um sistema de punição da antiguidade, Geraldo Prado registra que “No tocante ao ato de hostilidade praticado pelo integrante de outro clã, a agressão era reputada como violência à própria tribo, havendo de ser indistintamente reprimida por uma espécie de vingança coletiva, que de ordinário implantava um estado de guerra”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 83.

⁵⁴ Mesmo no caso de Atenas que é considerada o berço do sistema acusatório, o fato é que a estrutura inquisitória foi a primeira a efetivamente vigorar. Segundo Mauro Fonseca Andrade, “as lições deixadas por Aristóteles (384-322 a.c) nos ensinam que a sociedade ateniense, anterior a Drácon, estava primeiramente organizada em uma base oligárquica, onde não havia espaço para qualquer tipo de participação popular em seus destinos. A classe social mais elevada era dona das terras, e exigia a satisfação de determinadas condições para que os membros da classe social mais pobres pudessem cultivá-las. (...) o processo estava organizado sob um modelo inquisitivo, onde os magistrados eram encarregados de iniciar, instruir e julgar o processo. Por outro lado, a magistratura era exercida por pessoas notáveis e ricas, cujas funções estavam distribuídas entre as figuras do rei, do polemenco e do arconte, sendo este último o que mais notabilidade recebeu”. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 59.

⁵⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 84.

O Tribunal dos Heliastas, ou Hélión, assim conhecido porque se reunia em praça pública e sob o Sol, era composto de cidadãos, cujas decisões eram consideradas proferidas pelo povo, e sobressaiu-se entre os demais principalmente por força de sua ampla competência (a rigor, de início, não julgava os homicídios involuntários ou não premeditados, da competência dos Efetas, e todos os crimes sancionados com pena de morte e os homicídios premeditados e incêndios, da competência do Areópago), pela publicidade da sua atuação e porque composto por cidadãos honrados, maiores de trinta anos, eleitos anualmente por sorteio⁵⁶.

Em Atenas, a legislação tratava de duas dimensões de delitos: a primeira, voltada a consagrar os interesses públicos, destinados à manutenção da paz da comunidade e a ordem; a segunda, de caráter privado, voltada a reprimir as infrações.

O modelo de acusação ateniense reunia as seguintes características: i) tribunal popular (amparado na soberania do povo); ii) acusação popular (de sorte que qualquer pessoa pudesse dar início ao processo criminal em face do autor da conduta delitiva); iii) igualdade entre acusador e acusado (o suspeito, via de regra, permanecia solto durante o curso do processo); iv) ampla publicidade e presença constante da oralidade (travamento do debate entre acusador e acusado, tudo realizado na presença do povo); v) uso da tortura e invocação do plano divino; vi) liberdade de convicção do julgador; vii) limitação do direito de acusar nos casos de delitos que não atingiam a coletividade; viii) impossibilidade de recorrer das decisões.

Já em Roma⁵⁷, o modelo procedimental era conhecido como *cognitio*, de natureza pública (uma vez que o magistrado atuava na qualidade de representante do rei, de sorte que exercia a instrução sem a presença das partes), o que revelava o seu viés inquisitivo (*inquisitio*). Nos casos de apelação do acusado para o povo (*provocatio*), o recurso era dotado de efeito suspensivo, o que ficou conhecido como *aquisitio*.

Por se revelar insuficiente no combate à criminalidade, buscou-se a criação de um novo modelo, designado de *accusatio* ou *judicium publicum*, o que se revelava mais apropriado à apuração de crimes relacionados à preservação da ordem pública.

Essa prerrogativa concedida aos indivíduos e, fundamentalmente, ao ofendido de deduzir uma acusação em face do autor do suposto delito, foi o que consolidou uma das

⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 86.

⁵⁷ O estudioso Mauro Fonseca Andrade chama atenção para um dado importante nesse período histórico. Para o referido autor, “o processo penal romano sofreu, ao longo de vários séculos, diversas idas e vindas entre os sistemas inquisitivo e acusatório, fenômeno absolutamente em razão de sua própria história, que passou por nada menos que três sistemas políticos distintos: o monárquico, o republicano e o imperial (ou principado)”. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 76.

exigências da acusação, o chamado *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*. Em outras palavras, nenhuma pessoa poderia ser levada a juízo sem que existisse uma acusação formalizada.

Nesse período histórico, as provas eram de produção exclusiva das partes, consagrando-se abertamente o contraditório, como registra Geraldo Prado:

Tratava-se de um modelo de processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central, dos quais derivava o fundamento da decisão. Neste paradigma processual as partes tinham, via de regra, a disponibilidade do conteúdo do processo, competindo ao Estado tão-só o conhecimento e julgamento da ação criminosa, em se tratando de *delicta publica*. Julio Maier destaca como mérito histórico desse sistema o fato de ter substituído o sentido subjetivo, mítico da prova, pelo conhecimento objetivo, histórico, encarando-se a prova como forma de reconstrução histórica de um acontecimento⁵⁸.

Com o declínio da República⁵⁹, dando espaço para a consolidação do Império, a acusação não era exercida por um acusador privado. Todavia, dava-se abertura para a figura do *curiosi* ou *nunciatores*, o qual passava a fornecer elementos aos juízes sempre que ausente a comunicação do fato delitivo por parte do ofendido ou por quem lhe devia prestar. Era, por assim dizer, a verdadeira figura da polícia judiciária.

Com a ampliação dos poderes dos magistrados, inclusive cumulando funções atualmente distribuídas entre juízes e órgãos de acusação, com uma ampla cobiça pela revelação da verdade, Geraldo Prado enumera a existência de inconvenientes em virtude desse formato processual, tais como: i) impunidade do delinquente; ii) produção de falsas acusações; iii) desamparo aos menos favorecidos; iv) depravação da verdade; v) a não conclusão dos procedimentos; vi) a impossibilidade, em boa parte dos casos, de execução da sentença⁶⁰.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 90.

⁵⁹ Nos apontamentos de José de Assis Santiago Neto, na Alta República romana surgiram dois formatos de processo penal: a *cognitio* e a *accusatio*. Para o referido autor, “a *cognitio* outorgava poderes ao magistrado que poderia esclarecer os fatos da forma que entendesse melhor (...). A *accusatio* provocou profunda mudança no Direito Processual romano, nela a acusação era assumidamente por um cidadão do povo e, quando se tratasse de *delicta publica*, a persecução penal e o exercício da ação penal eram atribuídos a um órgão diverso do juiz e não pertencente ao Estado, um acusador representante da comunidade”. SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 116.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 91.

Ou seja, essa nova fase da *cognitio* se revela com a ampliação dos poderes⁶¹ do magistrado, o qual não só ordenava a investigação de ofício, como também a produção de provas e, caso fosse necessário e segundo o seu entendimento (convicção), o uso legítimo da tortura.

Com a invasão do império romano pelos bárbaros, alteram-se as características do processo, uma vez que “o antigo direito germânico não distinguia entre ilícitos civil e penal, operando-se o que Fiorelli designou como *assimilação das causas criminais pelos crimes que ofendiam diretamente os particulares às causas cíveis*”⁶², apesar da forte tendência em não haver relação do direito entre os povos, conforme destaca Mario Giuseppe Losano:

O ano de 395 d.C. presenciaria a divisão do Império Romano em duas partes, cada uma confiada a um dos filhos de Teodósio. [...] De fato, as compilações romano-bárbaras do Império do Ocidente tiveram uma relevância cultural limitada (até porque o direito romano e o dos bárbaros tendiam a não se misturar: cf. IV, 6 e VI, 23), enquanto as questões jurídicas do Império do Oriente assumiram dimensões grandiosas⁶³.

Justamente a partir dessa relação entre direito romano e germânico que, posteriormente, floresce a ideia de que todo delito representava a quebra da paz pública, daí o surgimento do direito de guerra contra o autor do delito, de sorte que o sujeito e toda sua família deixava de contar com a proteção comunitária.

Em consequência disso, surge a figura da reparação, representada pela possibilidade do pagamento pelo reestabelecimento da paz ou mediante indenização paga ao ofendido. No que diz respeito à forma, as sessões de julgamentos eram públicas, pautados pela oralidade e pelo contraditório, o que levou Geraldo Prado a registrar a forte influência dos germânicos para além do direito romano:

⁶¹ Na *cognitio*, conforme defende José de Assis Santiago Neto, adotou-se “uma forma embrionária do sistema inquisitório, com o magistrado concentrando os poderes de investigação, acusação e julgamento de todos os delitos que fossem levados ao seu conhecimento. Porém, a concentração de poderes nas mãos do magistrado provocou temor de que o regime republicano pudesse ser convertido em um regime tirânico”. SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 116.

⁶² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 94.

⁶³ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. 1.^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35-36.

[...] os povos germânicos não só influenciaram o direito do restante do continente europeu, inclusive e principalmente a área antes dominada pelo Império Romano, chegando a Portugal e Espanha, como sofreram a influência da cultura e do Direito romano, de sorte que, do seu sistema predominantemente acusatório, passaram, lenta mas vigorosamente, à recepção e assimilação do Direito Romano-Canônico e à introdução da Inquisição. Nessa via começou-se por admitir a indicação do juiz presidente do tribunal, que ainda era popular, pelo rei, com a participação de outros funcionários por ele também indicados, cuja função consistia em propor a sentença, chegando, em alguns casos extremos, à perseguição oficial (Rügeverfahren). Claro está que o caminhar nessa direção pressupôs o nascimento e fortalecimento de um poder estatal, personificado pelo rei e fundado no surgimento de fontes jurídicas escritas, no denominado período Franco (482 a 843 da nossa era)⁶⁴.

Em momento posterior à formação dos feudos (pequenas comunidades), nota-se a redução daquilo que posteriormente se convencionou chamar de jurisdição, o que resulta no surgimento de espaço para a formação de uma justiça eclesiástica⁶⁵, isso porque *“a Igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação das culpas”*⁶⁶.

Com a expansão dos domínios da igreja, o simples arrependimento já não produzia os mesmos efeitos de antigamente. Passa a ser fundamental a penitência, o que acaba por alargar ainda mais o poder de fiscalização da Igreja. Conforme afirma José Santiago de Assis Neto, *“nesse período o objetivo do procedimento não era apenas punição dos hereges, mas sua conversão e emenda”*⁶⁷.

É nesse ambiente que floresce um dos traços mais marcantes do modelo inquisitivo, a busca obsessiva pela verdade absoluta. Geraldo Prado observa que a

⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 95.

⁶⁵ Esse crescimento do poder da Igreja católica tinha como objetivo impedir a expansão de outras religiosidades. Na percepção de José Santiago de Assis Neto, *“durante esse período, no seio da Igreja Católica, o procedimento inquisitório tomou a forma que conhecemos atualmente, tomando corpo em resposta defensiva ao desenvolvimento às chamadas ‘doutrinas heréticas’, o que, segundo aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO, 2009b, p. 256) foi o ‘maior engenho jurídico que o conheceu; e conhece. O crescimento da Igreja Católica durante a idade média e sua necessidade de consolidação como religião oficial determinou o seu objetivo de impedir o avanço de outras manifestações religiosas, sobretudo com o uso da violência através da caça aos hereges’*. SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 118.

⁶⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 97.

⁶⁷ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 119.

perseguição pela verdade passa a substituir o procedimento probatório a que estavam obrigados os indivíduos, revelando-se, assim, uma clara relação de poder e dominação. E tudo isso representa uma evidente mudança de mentalidade⁶⁸, como bem observou o referido autor:

Naturalmente, altera-se o eixo do procedimento e o acusado que no sistema acusatório era sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades, passa a objeto da investigação.

Da busca da ‘verdade real’ renascem os tormentos pelas torturas, dispostas a racionalmente extraírem dos acusados a sua versão dos fatos e, na medida do possível, a confissão, fim do procedimento, preço da vitória e sanção representativa da penitência.

Distintamente das ordálias, dos povos germânicos, que presumiam uma manifestação das divindades por intermédio de um sinal físico facilmente observável, a iluminar o caminho a seguir para se fazer justiça, a tortura impunha-se como procedimento de investigação baseado no conhecimento, meio, portanto, considerado à época mais evoluído.

A prisão durante o processo torna-se a regra, firme na tese de que todo acusado obstaculiza a investigação da verdade⁶⁹.

Trata-se de uma verdade absoluta, incontestável. O seu traço marcante é que decorre de um pronunciamento divino, cujo monopólio é primado da Igreja. E apenas através dela (da Igreja) é possível encontrar a salvação e o caminho para eternidade, conforme destaca Leonardo Boff no prefácio destinado ao Manual dos Inquisidores:

Por isso, nessa visão, o portador da verdade é intolerante. Deve ser intolerante e não tem outra opção. Caso contrário a verdade não é absoluta. Só os que não possuem a verdade podem ser tolerantes. Consentir a dúvida. Permitir a busca. Aceitar a verdade de outros caminhos espirituais. O fiel, este é condenado à intolerância.

Os inimigos da verdade e da reta doutrina (ortodoxia), os hereges verdadeiros ou presumidos devem ser perseguidos lá onde estiverem e exterminados. Deve-se esquadrihar suas mentes, identificar os acenos do coração, desmascarar as ideias que possam levar à heresia. Contra o mal absoluto – a heresia – valem todos os instrumentos e todas as armas. Pois se trata de salvaguardar o bem absoluto – a salvação eterna, apropriada pela adesão irrestrita à verdade absoluta como vem proposta, explicada e difundida pela Igreja. Fora da Igreja

⁶⁸ Segundo Aury Lopes Jr., “o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos”. LOPES JR., Aury. *Sistemas Processuais Penais*: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 32/33.

⁶⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 98.

não há salvação, porque fora dela não existe revelação divina e por isso verdade absoluta. Podem existir verdades fragmentadas, não *sic tu oportet ad salutem consequendam* ('como devem ser para se conseguir salvação'), mas incapazes de abrir caminho pelo matagal das confusões humanas e aceder à destinação eterna. Por isso a igreja é imprescindível⁷⁰.

Paralelamente, a tortura ganhava espaço. Segundo José de Assis Santiago Neto, *“a tortura era amplamente utilizada na procura doentia pela confissão (...) na Europa da idade média o acusado tinha o dever de responder a todas indagações que lhe eram formuladas, não se aplicando o princípio nemo tenetur detegere”*⁷¹. Dito de outra maneira, a tortura era uma prática entendida como meio legítimo de obtenção da pretendida confissão.

Na passagem histórica, é esse o ápice do sistema inquisitório⁷². O indivíduo visto como objeto da investigação, a obsessão pela verdade, o uso desenfreado da tortura como método para consecução da confissão, além da prisão ser adotada enquanto regra no curso do processo. Bem por isso, Jacinto Nelson de Miranda

⁷⁰ EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco de. **Manual dos Inquisidores**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 11.

⁷¹ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 121.

⁷² Nesse sentido, Geraldo Prado detalha a evolução e expansão do sistema inquisitório na Europa, o que chama atenção para o uso desmedido da violência com absoluto apego religioso: *“Na Espanha, o processo inquisitorial chega com a revogação formal da legislação visigótica (Fuero Juzgo), mediante a outorga da Lei das Sete Partidas, de Alfonso X, no século XIII, expandindo-se por meio do Ordenamento de Alcalá (1348), até que, sob o reinado dos Reis Católicos, adquire inolvidável vigor. De se notar que na Espanha católica instaurou-se, ao lado da justiça comum, o tribunal religioso denominado Santo Ofício, tido indiscutivelmente como o mais cruel e violento da época da Inquisição, com a qual muitas vezes é confundido como se fosse seu exemplo mais perfeito e difundido. O Santo Ofício alcançou a América Espanhola e só foi abolido definitivamente, enquanto tribunal de inquisição, em 1834. Na Alemanha, por sua vez, sob a jurisdição do Império Romano-Germânico, depois da recepção do Direito Romano, conforme anteriormente sublinhado, após a instalação do Tribunal de Câmara Imperial (1495) e em virtude do reconhecimento do desejo de criação de um direito imperial unificado, foram editadas a Constitutio Criminalis Bambergensis (1507) e a Constitutio Criminalis Carolina (1532), esta alcançando praticamente todos os domínios do Império. Trata-se do ingresso legal indiscutível da Inquisição na Alemanha e demais áreas de influência, sem embargo de remotos princípios do antigo sistema germânico, de índole acusatória, mediante uma regulação que se pretendia uniforme, inclusive no tocante à disciplina da tortura. A França, da mesma forma, suportou o sistema inquisitório, especialmente a partir da Ordenação de 1254, de Luis IX, editada sob a influência do Direito Romano Canônico, com a disposição da apuração das infrações penais de ofício e a imposição da jurisdição real em todo território. Maier salienta, todavia, que foi a Ordenação Prévia, de 1535, o diploma que definitivamente incorporou a Inquisição, fazendo sucumbir o modelo acusatório, enquanto Franco Cordero aduz que é com a Ordenação de 1670 que a Inquisição chega ao seu apogeu na França. Pietro Fredas destaca, por sua vez, que a ordenação criminal de Luis XIV, de agosto de 1670, ordenou o procedimento criminal na França e apresentou-se como a codificação completa e última do procedimento inquisitório, pretendendo por fim ao caos então vigente na administração da justiça”*. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 101.

Coutinho registrou detalhadamente essa fase da histórica do processo penal:

O Sistema Inquisitório aparece no âmbito da Igreja Católica e tem seu marco histórico (1215) em face do IV Concílio de Latrão. [...] No início do século XIII, então, presente o problema, Inocêncio III reúne a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão e, ali, em 1215, decide-se (faz-se uma opção) pela força. É o nascimento de um novo modelo processual, ao qual não interessava aquele que estava em vigor, ou seja, os chamados Juízos de Deus, adotado (ou domesticado?) dos invasores ‘bárbaros’ vindos do norte para demolir o império romano.

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

Tudo se consolida com uma Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniamu*), de 1231, donde se delinea o arcabouço técnico; e com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252, estendida ao mundo em 1254, pela qual abriu-se o espaço definitivo para os métodos utilizados na Inquisição, de modo que *Inquisidor* e *Socius* se absolvessem mutuamente por eventuais demasias, dentre elas a tortura⁷³.

Nota-se, portanto, a exclusão das partes, do sujeito em si mesmo. O réu é visto como um pecador, cuja verdade deve ser obtida, ainda – e quase com total exclusividade – que necessário o emprego da tortura. Daí o porquê da confissão ser elevada à categoria de rainha das provas (*regina probationum*).

Entretanto, não se pode negar que, em alguns casos, os indivíduos eram absolvidos em razão de resistirem firmemente ao apelo à tortura. É fato que isso era quase impossível diante do método brutal empregado, pois “*a verdade estava dada ex ante e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição*”⁷⁴. Para euforia do público, vitorioso era o sujeito (inquirido) que resistia bravamente o emprego da tortura, ainda que a fogueira fosse o seu destino seguinte.

De modo geral, pode-se pensar o sistema inquisitório enquanto uma posição absolutista de Estado, na medida em que o delito era tido como um ataque à ordem

⁷³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 114/115.

⁷⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 116.

social, cuja consequência, necessariamente, demandava uma resposta autoritária, a ponto de ignorar absolutamente a figura do indivíduo, tido como objeto da acusação, como sintetiza Leonardo Boff:

A ‘Santa’ Inquisição é expressão de um componente neurótico-obsessivo do corpo clerical e cristaliza a dimensão de pecado que existe nas relações internas da Igreja. Pois, a própria Igreja-comunidade-fiéis se confessa santa e pecadora. Se assim é então aqui é o pecado institucional que ganha a cena e ocupa durante séculos. Seu espírito vaga assustador até os dias de hoje. E devemos nos precaver contra ele. Antes, ajudar a própria instituição eclesial a ser fiel à sua utopia originária e a ser um lugar de exercício de liberdade e de experimentação da graça humanitária de Deus⁷⁵.

Seguido pelos movimentos históricos, inicia-se, por volta do século XII na Inglaterra, o sistema conhecido atualmente como *common law*. Ou seja, os costumes são quase que exclusivamente a única fonte do direito, “*dividindo-se em costumes locais anglo-saxônicos, costumes das novas cidades e costumes dos mercadores, denominados, de um modo geral, lex mercatoria*”⁷⁶.

Como aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, é nesse período o emprego do máximo esforço para eliminar totalmente os julgamentos divinos, “*assim, todos os que se sentissem prejudicados poderiam reclamar ao rei e o faziam através de petições*”⁷⁷. Em decorrência disso, expande-se o controle jurisdicional e a autoridade dos reis sob os territórios anteriormente controlados pelos senhoriais.

Por força da formação de juízes profissionais, foram criados mecanismos para resolução de casos, o que ficou registrado como precedentes (*cases*). Todavia, por volta do século XV, o emprego da técnica passou a não acompanhar a evolução econômica, dando abertura para a introdução de um processo escrito e a confirmação do absolutismo.

Os resquícios do sistema inquisitório não desapareceram definitivamente da história do processo penal. Por volta dos séculos XVII e XVIII, sob forte inspiração dos movimentos iluministas⁷⁸, iniciou-se uma nova fase de administração da justiça, de

⁷⁵ EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco de. **Manual dos Inquisidores**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 27/28.

⁷⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 106.

⁷⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 118.

⁷⁸ A revolução francesa, como registrou Geraldo Prado, teve grande influência nas alterações havidadas na

sorte que isso reestabeleceu a publicidade e a oralidade no lugar do sigilo.

Um dos visíveis reflexos da transição da monarquia para a república foi justamente a eliminação do uso da tortura⁷⁹, pautando-se, a partir de então, pela “*oralidad, publicidad, participación de los legos en la administración de justicia y la introducción del ministerio público — ésas fueron, en el ámbito del proceso penal*”⁸⁰.

Embora seja notável a prevalência por um sistema essencialmente inquisitório, não se pode negar, como cunhou Geraldo Prado, a paulatina luta por um procedimento acusatório e pela valorização do homem:

Atualmente, a situação é a que será a seguir exposta, com a ressalva de que o século XX foi marcado, na Europa, em um determinado momento, pelo império de regimes totalitários, que abraçaram a discricionariedade na repressão penal, mais aproximada do modelo inquisitório extremado, e provocaram, como reação, conseqüentemente ao seu desaparecimento, o desejo mais ou menos comum de uma nova introdução do sistema acusatório, movimento ainda não completamente ultimado no último decênio.

Vale asseverar, seguindo o trajeto histórico dos sistemas processuais das duas principais famílias jurídicas que nos interessam — as do direito europeu continental e do Common Law —, que, na França, o processo penal evoluiu desde 1808, época da edição do Code d’instruction Criminelle, no sentido de se reforçar a estrutura de tipo misto, mantendo-se no atual Code de Procédure Pénale, que entrou em vigor em 1959, uma etapa de instrução escrita e secreta (artigo 11), dirigida por um juiz-instrutor responsável pela aquisição das provas,

história do processo penal, especialmente no que diz respeito à separação dos poderes, pois “*se a Revolução Francesa de 1789 foi o marco político inquestionável, as condições ideológicas e filosóficas que viabilizaram a eclosão da Revolução devem muito ao triunfo das ideias humanistas de Beccaria (Dei delitti e delle pene, 1764), Thomasio (De origine processus inquisitorii), Montesquieu (Esprit des Lois, 1748), Voltaire (Prix de la justice et de l’humanité, 1777), Bentham (Introduction to the principles of morals and legislation, 1780), Pufendorf e Wolf, além, naturalmente, de Rousseau (Contrat Social, 1764), quer no tocante à secularização do direito penal, ousando separar o Direito da Religião, quer quanto aos fins da pena, quer, ainda, pela sistematização da ideia da separação dos poderes. É relevante ressaltar que a crítica tenaz ao modelo de processo penal, e porque não dizer, principalmente, ao modelo de direito penal então vigente, ressabiava a contestação ao sistema político do Ancien Régime, do qual os mecanismos punitivos nada mais eram do que instrumentos de manutenção da ordem classista e desigual, em vigor, cabendo ao judiciário daquele momento, de uma forma geral, o triste papel de garantidor de um status quo de injustiças. Maier assinala com precisão que os filósofos iluministas, partindo do reconhecimento da necessidade de substituir o sistema absolutista monárquico pela república, postularam um novo modelo que, a rigor, recolocaria a oralidade e a publicidade no lugar da escrituração e do segredo, assegurando-se a defesa e a liberdade de julgamento pelos jurados, com a proscrição do sistema de provas legais*”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 109.

⁷⁹ Na visão histórica, “*somente no século XVIII, pela Revolução Francesa que trouxe consigo suas novas ideologias e postulados de valorização do homem, acabaram levando a um gradual abandono dos traços mais cruéis do sistema inquisitório*”. SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 121.

⁸⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 110.

com maior liberdade e independência, distinta da etapa de julgamento. Prevalece a tendência de se excluir a defesa da fase de investigação preliminar (l'enquête), muito embora participe efetivamente da fase de juízo. A ação penal é deflagrada pelo Ministério Público, sendo indisponível e irretratável, muito embora, quanto à iniciativa, sujeita a alguma discricionariedade do órgão do parquet, e, quanto ao seu objeto, sujeita à obediência ao deliberado pela câmara de instrução, no fim desta fase (artigos 202, 204 e 205 do CPP)⁸¹.

Avançando um pouco mais, porém sem a pretensão de esgotar todas as etapas evolutivas dos sistemas processuais penais ao longo da história da humanidade, há a necessidade de destacar uma série de movimentos transformadores marcados por conquistas humanas, como por exemplo a Itália, em 1988, que realizou inúmeras alterações processuais, substituindo o Código Rocco, que era de 1930⁸².

Tais alterações foram impulsionadas, em grande escala, em resposta às ações terroristas, buscando-se, a um só tempo, a defesa da coletividade e a preservação das garantias fundamentais, com forte inclinação para o modelo inquisitório.

Nessa nova sistemática, a fase antes tida como preparatória passou a ser vista de caráter investigatório, cuja condução era coordenadamente realizada pela polícia e pelo ministério público, inaugurando-se a ação penal de caráter público. E isso representou uma absoluta mudança para o processo, limitando-se a função investigatória do juiz.

Essa inspiração por um processo acusatório acabou por retirar a possibilidade de formação da culpa na investigação preliminar, consagrando-se, portanto, o contraditório como uma condição de validade da relação jurídica, a qual era dividida em duas fases: audiência preliminar e julgamento.

Assim, a prova era de produção majoritária das partes, cabendo, excepcionalmente, ao Tribunal a sua colheita, desde que fosse após a realização da primeira fase (audiência preliminar). Com efeito, Geraldo Prado aduz que o magistrado, na fase seguinte (de julgamento), não podia funcionar como se fosse um simples *“espectador da disputa que se desenvolve em audiência entre a acusação e a defesa. O juiz pode, depois de terminado o ‘esame diretto’ e o ‘controesame’”* conduzidos pelas

⁸¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 113.

⁸² Segundo estudo realizado por Mauro Fonseca Andrade, *“o trabalho de preparação para o abandono da influência inquisitiva no processo penal italiano – até então apresentado pelo Código de Processo Penal de 1930, também chamado de Código Rocco – levou nada menos que duas décadas. Os estudos que levaram à efetiva reforma tiveram início na metade dos anos setenta, cujo esboço foi aprovado em âmbito parlamentar através da Lei Delegada 108, de 03.04.1974”*. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 117.

partes, indicar às mesmas em termos de prova”⁸³.

Ou seja, a produção da prova concentra-se nas mãos das partes. No entanto, preserva-se – mesmo que de forma reduzida – a possibilidade de o juiz produzir provas, reperguntar as testemunhas, o que mantém viva a ideia da busca da verdade real.

Já Portugal, em 1976, edita sua Constituição Federal, após o estabelecimento da democracia oriunda da revolução dos Cravos. Dentre outras disposições, aquele texto constitucional diz que o processo criminal deve ser revestido de uma estrutura acusatória⁸⁴, de modo que o julgamento dos processos e a realização dos atos devem ser pautados pelo princípio do contraditório.

Exatamente em função disso que, em 1987, instituiu-se o Código de Processo Penal Português⁸⁵, orientando-se pela ampla defesa, contraditório, publicidade, oralidade, correlação entre a imputação contida no processo. Entretanto, o Tribunal seguia livre na descoberta de provas pertinentes para a revelação da verdade⁸⁶.

O processo penal argentino⁸⁷, criado pela Lei n.º 23.984 de setembro de 1992,

⁸³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 118.

⁸⁴ Bem por isso que, ao aprovar o novo código de processo penal, “o Governo deveria obedecer ao mandato constitucional que determinava – e ainda determina – a adoção de um processo penal com estrutura acusatória. Por isso, a Assembleia da República traçou várias diretrizes que deveriam ser seguidas, entre as quais se pode destacar: a) estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo; b) o incremento do que chamou de igualdade material de armas entre acusador e acusado; c) monopólio da acusação nas mãos do Ministério Público; d) liberdade de atuação para o defensor; e) fortalecimento dos princípios da oralidade, imediação, celeridade, concentração, contraditório e publicidade; f) nulidade dos atos que não respeitem as formas estabelecidas; e g) o caráter excepcional e provisório da prisão preventiva. Levando em consideração todos os aspectos anteriormente delineados pela Assembleia portuguesa, o Dec.-lei 78/87, de 17 de novembro, aprovou o novo Código de Processo Penal, revogando o anterior”. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 116/117.

⁸⁵ Esse movimento de ora pender para o modelo inquisitório, ora para o acusatório, pode ser notado no código de processo penal Português, como explica Geraldo Prado, já que “entre 1999 (com a lei de proteção de testemunhas) e 2004 (com a lei de prevenção e repressão do branqueamento) Portugal oscila, inclinando-se ora em direção à cultura inquisitorial do passado, ora na linha da estrutura acusatória que a Constituição da República consagra”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165.

⁸⁶ Ao estudar essa temática, Geraldo Prado esclarece que “o tribunal, no sistema português, é livre para adquirir os meios de prova que entender necessários à descoberta da verdade, observando-se, naturalmente, os limites impostos pelas leis e pela Constituição. Como a maioria da doutrina portuguesa explica, adota-se aí um processo acusatório mitigado ou temperado pelo princípio da investigação”. Ou seja, ora pendia para um modelo acusatório (consagrado na constituição), ora por uma tentação inquisitória, como adverte o referido autor, pois “entre 1999 (com a lei de proteção de testemunhas) e 2004 (com a lei de prevenção e repressão do branqueamento) Portugal oscila, inclinando-se ora em direção à cultura inquisitorial do passado, ora na linha da estrutura acusatória que a Constituição da República consagra”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 164.

⁸⁷ Conquanto o sistema processual argentino tenha suas bases assentadas no modelo inquisitório, isso por força de sua origem fascista, Geraldo Prado detalha a luta pela implementação do modelo acusatório “[...] há algum tempo já está sendo implementado em Córdoba e outras províncias um sistema jurídico

não obstante tenha desenhado as funções do ministério público, ainda convive com uma forte presença do juiz, fruto das contradições da adoção do modelo italiano.

O modelo chileno, por sua vez, desperta atenção não pelo seu formato anterior (que seguia a linha inquisitória⁸⁸), mas sim pela promulgação do Código de Processo Penal de 2000. É a partir de então que são criadas as figuras do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Nesse modelo chileno, extingue-se o juiz de instrução, outorgando-se a tarefa de preparação do processo para o Ministério Público. Cria-se a figura do juiz de garantias, responsável pelo controle da legalidade dos atos.

Lançado luzes sobre o tema, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho chama atenção para uma das principais mudanças do sistema chileno, qual seja o afastamento do juiz do controle da prova. E essa mudança de lugares, arremata o referido autor, “*dá ao Ministério Público um papel de protagonista verdadeiro, ou seja, de provar que tem um caso e que procede a acusação, quanto a ele, em relação ao réu ou réus*”⁸⁹.

Além do deslocamento do juiz⁹⁰ no que diz respeito ao controle da prova, o réu,

*aproximado ao modelo acusatório. Isso, em Córdoba, por exemplo, decorre da coordenação entre a Constituição Provincial, a Lei Orgânica do Poder Judiciário e o novo Código de Processo Penal, sancionado como Lei no 8.123. No ano de 1999 é sancionada a lei n. 8.802, que cria o Conselho da Magistratura Provincial. Com efeito, na lei de Córdoba a instrução judicial ou formal é substituída pela investigação do Ministério Público, nos crimes de ação pública, sem prejuízo do exercício da defesa em todas as etapas da persecução, enquanto no diploma federal permanece o juízo de instrução, escrita e reservada, com limitada intervenção das partes. A organização da justiça penal prevê tribunais de controle de garantias. Em ambos os casos a fase seguinte carece da iniciativa do acusador, de um modo geral o Ministério Público, desenvolve-se a audiência de debate, contraditória e pública, cabendo à parte, na estrutura provincial, o empreendimento dos interrogatórios de quem haja arrolado para depor, ao tempo em que, no Código da Nação, são os três juízes que compõem o tribunal que começam a inquirição, que conduzem de tal modo, a ponto da doutrina enxergar na providência um desestimado ato de natureza inquisitorial. Em Córdoba funcionam três tipos de tribunais, que variam entre o modelo unipessoal e o composto por três juízes”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 166.*

⁸⁸ Geraldo Prado, ao tratar os magistérios de Duce e de Riego, adverte que “*sem embargo de a doutrina tradicional do Chile afirmar que desde 1906 o modelo chileno era de tipo misto, influenciado pelo paradigma francês, o processo penal chileno na prática era inquisitorial. Várias reformas parciais foram empreendidas, em 1927, 1942 e 1989 todavia sem pretensão de transformar o processo em seu eixo, mas apenas modernizá-lo e torná-lo mais célere*”. PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 167.

⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 80.

⁹⁰ Não foi apenas a gestão da prova que foi retirada do controle do magistrado, também “[...] *retiram dele a função administrativa e, portanto, deixaram-no fora do controle burocrático dos tribunais/juícios. Isso foi um choque para os brasileiros. Afinal, a princípio não cabia no entendimento de ninguém o fato de tribunais/juícios serem administrados por economistas, engenheiros, administradores e outros profissionais alheios ao poder jurisdicional. Mas, sendo assim, logo foi possível perceber que aquilo era algo não só muito produtivo como – mais importante – desejado pelos próprios juízes que, como alegaram, sem perder nada do poder que detêm, livraram-se do fatigoso trabalho burocrático, o que não é pouco. Como disseram eles, quando o assunto é gerir os tribunais/juícios, nada melhor que os*

no processo penal chileno, não tem nenhum ônus probatório, mesmo sendo plenamente possível que leve ao processo argumentos que possam lastrear a sua tese.

No Brasil, tem-se um Código de Processo Penal em vigor desde 1941, inspirado por ideias autoritárias do anterior código italiano. De outro lado, a Constituição Federal de 1988 consagra um processo penal baseado na ampla defesa, no contraditório, na divisão de funções, na fundamentação das decisões, na presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal etc. Ou seja, de natureza acusatória⁹¹, questão que será aprofundada nos capítulos seguintes.

Por ora, e isso é o que basta para o presente estudo, pode-se dizer que a ideia de uma sistematização do procedimento (de natureza penal ou não) sempre esteve presente na sociedade, ainda que de forma (mais) embrionária em determinados períodos históricos. Isto é, a história evolutiva da sistematização do processo acompanha a história da própria humanidade⁹².

Dessa forma, a compreensão dos modelos de *sistemas* demanda uma leitura associada ao contexto histórico e político de determinado tempo e espaço, daí porque se revelou fundamental essa breve exposição antes de buscar o traço caracterizador de cada um deles, o que será feito a seguir.

especialistas”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 80/81.

⁹¹ Na doutrina nacional, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é um dos maiores entusiastas – e combativo defensor – do sistema acusatório. Para ele, “a opção pela base do Sistema Acusatório é uma prestação de contas com a realidade, principalmente depois de 1988 não faz mais sentido – começando pela inconstitucionalidade – nenhum ordenamento que se coloque de forma incompatível com a Constituição. Desde esse ponto de vista, o princípio republicano, o princípio da isonomia, o princípio do devido processo legal e o princípio da fundamentação de todas as decisões (dentre outros) formam um quadro onde não há espaço para o predomínio da base do Sistema Inquisitório”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 129.

⁹² Analisando os sistemas processuais penais, Camilin Marcie de Poli alerta para a necessidade compreensão dos movimentos históricos, na medida em que “*não são poucos os que sustentam que todo conhecimento e todo fato é histórico, pois são frutos de uma determinada época e de um determinado momento da sociedade. Partindo disso se pode dizer que para a devida compreensão do sistema processual penal brasileiro, necessário se faz um resgate histórico. O direito, assim como os demais ramos do saber, está presente na sociedade, está introduzido no tempo e, por isso, não pode ser desprendido da história. Nenhum saber e nenhuma ciência se impõem por si só: eles fazem parte de um todo, de um conjunto. Estão inevitavelmente ligados com as práticas, experiências, interesses, complexidades, conflitos, fatores, e acontecimentos históricos. Assim, não podem ser vistos de maneira isolada, como um saber puramente dogmático, estático e meramente descritivo, até porque como não existe uma caminho único para o conhecimento histórico, também não pode existir um caminho único para o saber*”. POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 25.

3.2 Distinção entre os sistemas inquisitório, acusatório e misto

Percebe-se que o processo penal não é outra coisa senão o verdadeiro termômetro⁹³ do modelo político autoritário ou democrático de uma nação. Desse modo, a revelação da pendência para um lado – ou para outro e de acordo como o momento histórico –, passa necessariamente pela identificação do sistema processual eleito.

Nessa linha de reflexão, vale dizer que o surgimento dos sistemas não se dá enquanto fator natural, mas sim, na esteira da argumentação deduzida por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, como “*opções políticas, tanto na Igreja Católica (quando do nascimento do Sistema Inquisitório, (...) quanto na Grã Bretanha de Henrique II, onde nasce, como hoje estruturado, o Sistema Acusatório*”⁹⁴.

Para José Frederico Marques, os sistemas processuais atuam como princípios políticos do processo, “*trata-se de uma operação de síntese crítica, onde as regras jurídicas são focalizadas à luz das finalidades e objetivos do próprio processo, e em face de sua coordenação a princípios legais vigorantes em outros setores do direito*”⁹⁵.

Salah Khaled Jr. argumenta que “*a correlação entre o sistema político imperante e o conteúdo do direito processual penal é mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico*”⁹⁶. Em idêntico sentido, Aury Lopes Jr. defende que “*os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época*”⁹⁷.

Sendo, por assim dizer, uma escolha política, resta-nos enfrentar o seguinte questionamento: quais são as características essenciais de cada um dos sistemas?

Sustenta-se que, no sistema inquisitório, o juiz ocupa – a um só tempo – o posto

⁹³ Nesse ponto, cumpre a transcrição literal dos ensinamentos de Goldschmidt, “[...] *los principios de la política de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. (...) El predominio de uno u otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro*” GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1961, p. 109/110.

⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 120.

⁹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, vol. 1, p. 61.

⁹⁶ KHALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. 1.^a ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2016a, p. 22.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 32.

de inquisidor, acusador e julgador. Nessa estrutura, o juiz atua de ofício em busca da verdade (real) e o indivíduo é tratado como objeto da investigação/acusação.

No sistema inquisitivo, na visão de José Frederico Marques, “*o órgão tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo*”⁹⁸.

Aury Lopes Jr. argumenta que nesse sistema existe uma batalha (desigual⁹⁹) estabelecida entre o juiz/inquisidor e o acusado. E essa desigualdade decorre porque o juiz abandona sua condição de terceiro imparcial, assumindo a posição de inquisidor e acusador. Em razão dessa atuação, o acusado deixa de ser visto como sujeito do processo e passa a ser percebido e considerado simples objeto da investigação, de modo que a prisão se torna uma quase regra.

Ao expor os traços do modelo inquisitório, Salah H. Khaled Jr. aponta para dificuldade de superação da ambição pela verdade, pois é justamente dessa busca alucinada que decorre a eliminação por completo do contraditório, produzindo-se “*um conhecimento monológico, potencialmente desastroso e movido muitas vezes pelos juízos morais do julgador*”¹⁰⁰.

Na visão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho a característica primordial do sistema surgido no seio da igreja católica está na concentração da prova na mão do juiz, ao argumento de que “*a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação*”¹⁰¹.

Vê-se, portanto, que não há espaço para o contraditório. Isto é, o juiz, compromissado que é com a busca da verdade (real), aniquila a possibilidade de realização do contraditório e, na qualidade de senhor absoluto da prova, sai à sua procura amparado no juízo previamente realizado acerca do fato.

Esse acúmulo de funções típico do sistema inquisitório em uma única pessoa

⁹⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, p. 65.

⁹⁹ Isso não poderia ensejar outra coisa que não o seu próprio fim, consoante aponta Aury Lopes Jr., já que “*o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar*”. LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 39.

¹⁰⁰ KHALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. 1.^a ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2016a, p. 37.

¹⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 42.

também foi objeto de registro feito por Geraldo Prado. Aponta o mencionado autor, como característica peculiar da estética inquisitória, o fato da concentração das três funções (investigar, acusar e julgar) em uma única pessoa, o que conduz “*a um processo unilateral de um juiz com atividade multiforme, relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (rectius, da persecução penal)*”¹⁰².

Outras características que conformam (e integram) esse sistema fundado na Idade Média – também conhecido como período das trevas – estão no fato de o procedimento ser “*extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz-acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares*”¹⁰³, já que compromissados com a descoberta da verdade absoluta.

Nota-se, mais uma vez, que o indivíduo (objeto da investigação) não tem a menor possibilidade de influir na produção da prova e muito menos no resultado final (sentença), daí porque se aniquila de forma absoluta qualquer chance de exercício do contraditório. O juiz atua em posição de superioridade em relação ao acusado.

No sistema inquisitório, como adverte Camilin Marcie de Poli em detalhado estudo, “*é o juiz quem investiga, dirige, acusa e julga, em uma posição de superioridade face ao acusado; a acusação se dá ex-officio, e se admite denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e não contraditório (...) e a prisão é a regra*”¹⁰⁴. Isto é, o juiz reina de forma soberana no procedimento inquisitório. É ele quem perquire a prova, valora os elementos colhidos e decide sobre aquilo que colheu.

Não é tarefa da presente dissertação esgotar a exposição de toda literatura produzida acerca do *sistema inquisitório*. Todavia, pode-se dizer que, em termos de estudos aprofundados e altamente referendados na dogmática processual pátria, o traço agudo do modelo inquisitório reside na concentração da prova nas mãos do juiz, o qual, a um só tempo, está encarregado de investigar, acusar e, ao final, julgar. E o seu agir se funda na revelação da verdade (real)¹⁰⁵. Em decorrência da eliminação plena do

¹⁰² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105.

¹⁰³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 105.

¹⁰⁴ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 109.

¹⁰⁵ Na essência, a ambição não é propriamente pela verdade, mas sim pela condenação a todo custo. Isto porque, “*a questão é que a estrutura inquisitória não almeja propriamente a verdade, mas sim a condenação, que é obtida mediante a produção de uma verdade inteiramente fantasmagórica. Para*

contraditório, o *sistema inquisitório* se revela também por considerar o investigado/acusado como objeto da investigação/processo, cuja condução se faz no mais absoluto sigilo e, não raro, com a liberdade previamente restringida.

De modo diverso, o sistema acusatório se apresenta estruturado na divisão de tarefas estabelecidas entre diferentes sujeitos: acusado, acusador e julgador.

Para Cordeiro e Goldschmidt, as regras auxiliam na distinção entre o sistema inquisitório e o acusatório. Enquanto o primeiro se ocupa apenas em atingir a verdade, independentemente dos meios empregados (ignora-se por completo a forma); o segundo volta-se à proteção de garantias fundamentais do acusado frente ao poder de punir do Estado. Isto é, o processo exerce função limitadora do poder de interferência do Estado na vida do indivíduo, na esteira do que ficou registrado em notas anteriores¹⁰⁶.

Uma vez observada as regras, os atos são realizados apenas pelas partes, já que a *“gestão da prova e acusação são atividades que não dizem nada se não olharmos quem – que sujeitos (históricos) – realiza estes atos. Até porque com a identificação dos sujeitos será possível compreender os porquês das coisas”*¹⁰⁷. Vale dizer, existe uma espécie de antagonismo entre os dois sistemas. No que diz respeito às tarefas, no inquisitório o juiz persegue a prova. No modelo acusatório, o magistrado abre espaço para o protagonismo das partes, (re)alocando-se ao centro do processo, primando, assim, pela legalidade dos atos praticados por aqueles.

Ao tratar do sistema acusatório, José Frederico Marques aduz que há um exame da pretensão das partes, já que *“o juiz não deve ser senão, árbitro imparcial, e não parte, porque, do contrário, criará em seu próprio espírito as primeiras suspeitas e, por amor próprio de sua previdência, ele julgará antes de ser tempo de julgar”*¹⁰⁸.

Como explica Aury Lopes Jr., no modelo acusatório *“o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que*

Ferrajoli, o que caracteriza essa epistemologia é o decisionismo processual: o caráter não cognitivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena. Portanto, como observa ‘Carvalho, ‘se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais’. KHALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2016a, p. 33.

¹⁰⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

¹⁰⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

¹⁰⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.ª ed. Campinas: Millennium, p. 2003, vol. 1, p. 65.

perseguem interesses opostos, isto é, às partes”¹⁰⁹. Em outras palavras, o protagonismo é exclusividade das partes, as quais buscam a construção da decisão judicial através do alegado e produzido durante o transcurso processual.

Diversamente da sistemática inquisitória, fundada na concentração de poderes, a “*acusatória é baseada no modelo do actum trium personarum, uma vez que a figura do acusador passa a ser dissociada da figura do julgador, apresentando clara separação das atividades processuais (acusar e defender)*”¹¹⁰, justamente por isso que a gestão da prova resta concentrada nas mãos das partes e jamais do órgão julgador.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho também chama atenção para essa característica ontológica (fundante) desse sistema, pois “*centrado na gestão da prova, o processo penal será acusatório se ela [a prova] não couber (sua busca), nunca, ao juiz*”¹¹¹. Assim, parte-se da ideia que a melhor maneira de se apurar os fatos e se chegar a uma conclusão final (sentença) é permitindo que os sujeitos em situações antagônicas exerçam a coleta do material probatório pertinente e adequado a sustentar a linha por cada um defendida.

Justamente por força dessa distribuição de tarefas concentrada apenas nas partes, ambas com ônus, faculdades e deveres, que se assenta a estrutura acusatória. Daí a importância da desvinculação da figura do acusador e julgador em uma só pessoa. Todavia, não é o bastante a simples eliminação desse acúmulo de funções para a conformação do modelo acusatório. É preciso mais.

Nessa perspectiva, o sistema acusatório também reclama absoluta imparcialidade do julgador, da sua total ausência de interesse no resultado da causa e – menos ainda – com as partes. Somente através desse distanciamento é que o juiz – após ampla contraposição de argumentos travados pelas partes – terá melhores condições de decidir fundamentadamente. A sentença, nessa ótica, revela-se ainda mais legítima, pois acusado(s) e acusador alegam e produzem suas provas, as quais, ao final, são rechaçadas ou acolhidas na exposição do pronunciamento jurisdicional fundamentado.

Essa falta de interesse do julgador no resultado final do processo representa uma das mais importantes características desse sistema, como asseverou Geraldo Prado:

¹⁰⁹ LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. 1.ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 45.

¹¹⁰ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1.ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 129.

¹¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 99.

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural — garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição — que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo. Com efeito, o juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal (que em algumas hipóteses sequer foi objeto de pretensão do interessado), na prática torna dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes, comportamentos processuais que devem ser realizados publicamente e em contraditório¹¹².

Vale dizer, o processo penal faz sentido apenas na hipótese de não existir nenhuma resolução para o caso antes do exercício do contraditório realizado pelas partes, garantindo-se a ampla produção da prova. Um juiz imparcial, nessa estética, prima pela exata observância da legalidade, exercendo função de árbitro.

Por sua vez, a publicidade dos atos também é característica marcante da perspectiva acusatória, pois o segredo é traço marcante do inquisitório. Dito de outra maneira, não só serve como forma de garantir ao público a correta e pertinente participação na coisa pública, mas também como forma de observar as respostas dadas pelo Estado/Juiz, evitando-se, inclusive perseguições ou favorecimentos.

Na percepção de Mauro Fonseca Andrade, a “*possibilidade de que o povo –, em uma linguagem mais atual, o cidadão – saiba o que ocorre nos julgamentos, constitua-se no verdadeiro conceito de publicidade*”¹¹³.

É muito em função da publicidade que se pode dizer, como já o fez Geraldo Prado, que o processo penal é procedimento público em contraditório. De sorte que a não observância da publicidade, ressalvado apenas os casos excepcionalmente previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, não produz efeito jurídico, haja vista que “*o processo penal democrático necessita da publicidade dos seus procedimentos e assegurá-la pode impedir que se coloque no seu lugar a publicidade espetacular dos atores que deles tomam parte, além de facilitar o controle e coibir os excessos*”¹¹⁴.

¹¹² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129.

¹¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 133.

¹¹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**.

Trata-se, portanto, de um mecanismo de controle da exata observância das garantias fundamentais do cidadão. Uma forma direta de se evitar abusos ou favorecimentos.

Outro ponto essencial diz respeito à liberdade do indivíduo. Na estética acusatória, a liberdade é a regra e a sua restrição somente pode ser admitida de forma excepcional e desde que observado o devido processo legal (ampla defesa, contraditório etc). Assim, a liberdade, “*por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais*”, revela-se “*um pressuposto para o Estado Democrático de Direito*”¹¹⁵.

Ou seja, o Estado é quem precisa – e deve – justificar, no modelo acusatório, o porquê da restrição da liberdade, já que ela, a liberdade, é pressuposto essencial e necessário do Estado Democrático consagrado pelo texto constitucional.

Na esteira do que foi apresentado, pode-se dizer que o sistema acusatório tem como uma de suas características marcantes a não concentração de funções (acusar e julgar) numa única pessoa. Além disso, é fundamental que as partes tenham ampla possibilidade de alegação e produção de provas (tarefa gestora), contando-se, ainda, com a existência de um órgão julgador desinteressado no resultado final (sentença), mas atento o bastante para resguardar o exercício do contraditório, da ampla defesa, da publicidade dos atos, de modo que a liberdade do indivíduo funcione como regra, cabendo sua restrição de forma excepcional e de acordo com a mais absoluta legalidade.

Avançado um pouco mais, há quem sustente a existência de uma terceira via, que seria um sistema misto¹¹⁶.

Na visão de Guilherme de Souza Nucci, o modelo adotado no Brasil é o misto, ainda que não declarado oficialmente. Para o referido autor, isso se justifica porque, não

2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 184.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33.

¹¹⁶ No que diz respeito ao contexto histórico, o sistema misto teria surgido após a Revolução Francesa, unindo-se “*as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. Conforme bem atesta Gilberto Lozzi, na realidade, não existe um processo acusatório puro ou um processo inquisitório puro, mas somente um processo misto, de onde se possa perceber a predominância do sistema acusatório ou inquisitivo*”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 116. Há, por fim, quem defenda que o Brasil não adotou nenhum sistema. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 473.

obstante a Constituição Federal tenha dado indicativos do acusatório, “nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva”¹¹⁷, daí porque “não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje”¹¹⁸. Em outras palavras, o sistema processual seria misto porque não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha anunciado princípios (ideais) atinentes ao modelo acusatório, ainda continua em plena vigência (realidade) o código inspirado no fascismo italiano, o que acaba por reforçar a mescla dos dois modelos (inquisitório e acusatório).

Reconhecendo o sistema acusatório como o único compatível com o processo penal brasileiro¹¹⁹, José Frederico Marques aponta o surgimento do sistema misto após a revolução francesa “*dividido o processo em fase instrutória e fase de julgamento, predomina naquela o sistema inquisitivo (sem as desumanidades, é evidente, das formas históricas deste), e no período do julgamento, o sistema acusatório*”¹²⁰.

Ora, se os sistemas, consoante defendidos anteriormente, são opções políticas, o que tornaria possível a junção de dois gêneros absolutamente antagônicos?

Ao abordar essa problemática, Aury Lopes Jr. alerta para o fato de que “o misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo”¹²¹. Isto é, não existindo um princípio misto em sua própria essência, o modelo adotado pode ter características de um e de outro sistema simultaneamente (o que lhe confere apenas a aparência de misturado). Entretanto, seu núcleo será acusatório ou inquisitório.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, um dos teóricos mais festejados na temática dos sistemas, ensina que é impossível a reunião dos elementos de dois sistemas distintos, já que isso “*epistemologicamente não se sustentaria uma somatória de gêneros, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque a própria noção*

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manuel de Processo Penal e Execução Penal**. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manuel de Processo Penal e Execução Penal**. 6.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 117.

¹¹⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, vol. 1, p. 65/66.

¹²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, vol. 1, p. 94.

¹²¹ LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 45.

de sistema não comporta algo do gênero”¹²².

De forma ainda mais contundente, Camilin Marcie de Poli diz ser impossível a existência de um sistema misto, na medida em que “*a noção de processo em dois tempos, ou seja, sistema bifásico, o qual tem um primeiro momento inquisitório e um segundo acusatório, ainda que possa seduzir alguns, repugna a razão*”¹²³, isso porque seria impossível a conciliação de modelos tão antagônicos.

Para Aury Lopes Jr., essa ideia de mistura entre dois sistemas é irracional e apenas revela a tirania do poder, na medida em que se torna(ria) *possível* à invocação de elementos colhidos na fase pré-processual (inquisitória), os quais – temperados com a argumentação de cotejo e corroboração – seriam utilizados para legitimar sentenças condenatórias¹²⁴.

Sem poupar críticas, Salah H. Khaled Junior aduz que “*a introdução da categoria ‘misto’ efetivamente borra algo que deveria ser nítido, ou seja, desfigura o sistema acusatório, mas dá a ilusão de que ele se encontra em vigor*”¹²⁵.

Nota-se, portanto, que a invocação equivocada de um *sistema misto* está ligada à manifestação, em determinados momentos, de traços dos sistemas *inquisitório* (primeira etapa do procedimento penal: inquérito policial) e *acusatório* (segunda etapa do procedimento penal: ação penal). Na essência, porém, jamais existe fusão perfeita entre os sistemas. Antes, porque são modelos absolutamente antagônicos.

Superada as características cruciais de cada um dos sistemas, tratar-se-á da estética adotada pela Constituição Federal de 1988.

3.3 Modelo adotado pelo constituinte originário de 1988

Ora, não é tarefa fácil definir uma roupagem do processo penal brasileiro, bastando notar que para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,¹²⁶ há uma opção pelo

¹²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 120.

¹²³ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 181.

¹²⁴ LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 43.

¹²⁵ KHALED JUNIOR, Salah H. **O Sistema processual penal brasileiro: acusatório, inquisitório ou misto?** Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, 2010. p. 293-308. p. 294.

¹²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1).

modelo acusatório (constitucional) e práticas inquisitórias (decorrentes do Código de Processo Penal de 1941); já Guilherme de Souza Nucci¹²⁷ defende a existência de um sistema misto, dividido na primeira fase como inquisitório (pré-processual) e, na segunda, acusatório (processual), sem, contudo, negar a opção acusatória feita pela Constituição Federal de 1988. Existindo ainda quem sustente que o Brasil não adota nenhum sistema processual penal, que o caso de Mauro Fonseca Andrade¹²⁸.

Não obstante a clara escolha política feita em 1941 – ocasião em que se adotou uma roupagem processual inquisitória (autoritária¹²⁹) –, é possível entender que a Constituição Federal de 1988 fez uma opção pelo processo penal de traço acusatório, devendo prevalecer esse não apenas por uma questão de hierarquia normativa (o que já seria motivo bastante), mas fundamentalmente por ser a única estética ajustável ao *paradigma* do Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CF), o qual enaltece e protege a participação (ativa) do cidadão em tudo que lhe diga respeito.

Entretanto, em hipótese alguma se ignora a dificuldade – e a resistência – de se abandonar a mentalidade inquisitória, aliás, essa luta epistêmica pela renúncia do modelo gestado no seio da Igreja Católica vem sendo travada, na atualidade, por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹³⁰, tudo no sentido da implementação de um modelo democrático.

Ao denunciar a fraude embutida naquilo que se convencionou chamar de *misto*, o referido autor revelou que no sistema processual brasileiro vigora uma estética essencialmente inquisitória. Isso porque o menor dos ruídos/tremores na estrutura acusatória (e não são poucos no cenário brasileiro) seria o suficiente para relegá-lo/submetê-lo ao modelo inquisitório (ou, conforme a posição assimilada, *misto*).

Fala-se em abalo ao sistema acusatório justamente porque continua em curso,

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manuel de Processo Penal e Execução Penal**. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

¹²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

¹²⁹ Mais uma vez vale conferir os ensinamentos de Salah H. Khaled Jr., um dos autores que mais tem se ocupado de expor as deficiências do modelo inquisitório, principalmente o mantra da verdade real. Para o festejado autor, “*o fetiche pela legislação infraconstitucional ainda seduz a imaginação persecutória de muitos magistrados: nosso Código de Processo Penal (de 1941) é tido como livro sagrado, continuamente apto a potencializar práticas visivelmente inquisitórias e antidemocráticas. Nada parece impedir a continuidade de sua aplicação e muitos menos que diante da perspectiva de um novo código, os juízes se manifestem temerosos com a possibilidade de retirada de poderes que lhes permitam buscar a verdade real*” KHALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. 1.ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2016a, p. 22.

¹³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1).

ainda que de forma inconstitucional, inúmeras hipóteses previstas no Código de Processo Penal que são contrárias à democracia, tais como: a requisição de diligências pelo juiz em qualquer fase da investigação/processo (art. 156, I e II, do CPP); o interrogatório do acusado em qualquer tempo (art. 196 do CPP); a inquirição de testemunhas além daquelas apontadas pelas partes (art. 209 do CPP); a medida de busca e apreensão de ofício (art. 242 do CPP); a privação da liberdade decretada de ofício (art. 310 do CPP), a alteração da classificação jurídica dada pelas partes (art. 383), o reconhecimento de agravantes e a condenação ainda que não requeridos (art. 385) etc.

Todas essas possibilidades estampadas no código inspirado no fascismo italiano revelam apenas uma única coisa: a atribuição de poderes instrutórios ao juiz¹³¹. E a atribuição de poderes ao juiz é um grave equívoco e desconfigura o pensar democrático do processo, ensejando o *“primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)”*¹³², ocasionando aquilo que ficou denominado de “quadros mentais paranoicos”.

Como se nota, tais práticas (enraizadas na mentalidade processual) são perniciosas e atentam contra os postulados democráticos. Isto é, permite (e incentiva) a participação do juiz na revelação da verdade (que ainda se crê real¹³³ e possível), afasta as partes da gestão da prova (pois, o juiz pode dirimir sua dúvida em qualquer fase antes da sentença) e, em razão disso, inibe a efetiva participação dos sujeitos processuais (partes) na construção da decisão judicial (sentença), permitindo-se, ainda, a utilização de elementos de provas coletados na fase pré-processual e, num jogo de linguagem (“cotejo”, “corroborado” etc.), como razão para inclusive condenar (art. 155 do CPP).

Daí decorrem as dificuldades de se implementar, na via prática, os comandos constitucionais que assegurem o devido processo legal (art. 5.º, LIV), a ampla defesa e o

¹³¹ Diante dessa possibilidade de realizar tudo dentro do processo penal inquisitório, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho afirma que *“(...) muitos têm o juiz como um semideus (ou quase), desideologizado, o que é inaceitável. Mas poderia ser diferente com uma estrutura técnica como a que acabamos de verificar, onde eventuais críticas dizem tão-somente com o periférico? Até que ponto seria exigível de um magistrado, com tal formação, que não se sentisse um semideus? A realidade do cotidiano tem ajudado a desmitificar tal postura ou tem contribuído para a sua exasperação? Respostas a perguntas como estas é que poderão ajudar-nos a fazer uma releitura do papel do juiz no processo penal”*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 34.

¹³² LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais**. 1.ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 48.

¹³³ FONSECA, Eduardo Samoel. **Verdade real tem servido como uma espécie de curinga no jogo processual**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-16/eduardo-samoel-verdade-real-usada-curinga-jogo-processual>, consultado em 5.9.2018.

contraditório (art. 5.º, LV), a presunção de inocência (art. 5.º, LVII), a publicidade dos atos (art. 5.º, LX), da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), da titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público (art. 129, I) etc. Enfim, todas garantias decorrentes da vertente do Estado Democrático de Direito.

Nota-se, assim, a existência de uma tensão no interior do ordenamento jurídico, como observado por Salah H. Khaled Jr., na medida em que a Constituição consagra um processo acusatório e a realidade atesta a existência de outro modelo (inquisitório), o que nos levaria equivocadamente a pensar na existência de “*um terceiro sistema que se diferencia do acusatório e do inquisitório em função das características próprias que lhe seriam supostamente peculiares*”¹³⁴.

Esse descompasso também foi denunciado por Ricardo Jacobsen Gloeckner. Na sua visão, é fundamental que se compreenda a manifestação desse fenômeno, pois trata-se do “*monstro de duas cabeças (inquisitório policial totalmente inquisitório e fase processual com ‘ares’ de acusatório [outro engodo, ensinará JACINTO na continuação]) é a nossa realidade diária, nos foros e tribunais do País inteiro*”¹³⁵.

Constatada essa tensão, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho claramente defende a mudança de cultura. E o caminho é o abandono da mentalidade inquisitória enraizada¹³⁶. Isto é, o “*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*”¹³⁷.

Observa-se, portanto, que não se trata de uma simples estampa (inquisitório ou acusatório), mas sim da única forma compatível com a democracia (vontade soberana do povo). Vale dizer, a escolha de “*um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a*

¹³⁴ KHALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. 1.ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2016a, p. 23.

¹³⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. **Sistemas Processuais Penais**. 1.ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 42.

¹³⁶ Nesse contexto, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica o porquê dessa dificuldade de superação da mentalidade inquisitória. Para ele, “*a resistência à cultura do sistema acusatório, por outro lado, decorre também daqueles que têm no sistema inquisitório o conforto de um saber consolidado, na medida do possível, previsível*”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 84/85.

¹³⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 129/130.

da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir”¹³⁸.

Sustentar a existência de uma roupagem mista (como se fosse possível a fusão de dois núcleos antagônicos) equivaleria negar a orientação democrática, do processo participativo, o que não guarda nenhuma relação de compatibilidade com a expressão oriunda do mais alto grau da pirâmide normativa: a Constituição Federal. E negar a existência de uma estética mista, por sua vez, não equivale ignorar a manifestação expressiva, no interior da ordem processual penal, de modelos tão antagônicos.

Pode-se dizer, assim, que não obstante a nova ordem constitucional tenha elegido o sistema acusatório, ainda permanece em curso, no interior da sistemática, inúmeras práticas (inquisitórias) que inviabilizam a sua plena efetivação. Apostar na manutenção desse modelo ao argumento da inexistência de uma estrutura processual (código), mesmo após a Constituição Federal (1988) de cariz democrática, significa mudar para permanecer tudo exatamente como está.

No Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, o único modelo compatível é o *acusatório* (enquanto *opção* e conformidade política), na medida em que o juiz (re)aloca-se fora dos embates que são travados exclusivamente pelas partes (leia-se, apenas aqueles afetados pelo provimento judicial). Ele, o juiz, posta-se na condição de árbitro imparcial, resguardando a legalidade e a produção de provas pelas partes (devido processo legal), as quais possuem absoluto controle da gestão probatória. Para tanto, é fundamental a superação da cultura inquisitória ainda tão inserida na mentalidade processual penal brasileira, a qual não passa simplesmente por uma filtragem constitucional, pois fosse assim, já se teria superado (de forma automática). Um dos caminhos desse giro, como dito anteriormente, é através da epistemologia crítica, pois a democracia é um exercício constante, imperfeito e inacabado.

3.4 Processo enquanto procedimento em contraditório

Para a efetiva realização do sistema acusatório, em todas as suas dimensões, faz-se igualmente pertinente a acolhida da visão de *processo* apresentada pelo jurista italiano Elio Fazzalari. E tal acolhida é oportuna, conforme a seguir será tratado, não apenas por se apresentar como novidade, mas fundamentalmente por enaltecer um traço importante na efetivação do sistema acusatório: o contraditório.

O agasalhamento dessa nova perspectiva implica, como haveria de ser, a

¹³⁸ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. 3.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 73.

renúncia¹³⁹ da definição apresentada em 1868, por Oskar Von Bülow, no sentido de que o *processo* equivale(ria) a uma relação jurídica, de modo que os sujeitos (autor, réu e Estado/juiz) – ligados em virtude da propositura da ação e cada qual revestido de poderes determinados pela lei – atuam em busca de um determinado fim (resultado).

Justamente em virtude da repetição exaustiva da relação jurídica – a qual pouco (ou nada) auxilia(va) nas definições dos conceitos de processo e procedimento – é que se inviabilizou a identificação da característica crucial do processo, o contraditório. Nas palavras do jurista italiano, “*somente ontem o processo recebeu um significado próprio (significado distinto, mas não separado da noção de procedimento: somente um passo mais adiante) e se revelou em toda sua potencialidade de emprego*”¹⁴⁰.

Esse referido passo adiante foi dado com a formação dos provimentos administrativos na Itália. Por força da Lei n.º 241 de 7 de agosto de 1990, restou “*estabelecida, como regra geral, a participação dos interessados no procedimento administrativo, o que é mais do que a mencionada ‘Parteiengedor’ que se delineia como um embrionário contraditório, colocando-se assim na área do processo*”¹⁴¹.

Delimitado o ponto de largada, será apresentada a definição de procedimento – para logo em seguida haver um aprofundamento também na de processo –, tudo a permitir a justificação e compatibilidade de tal acolhida na perspectiva do processo penal brasileiro.

É incontroverso que cada norma prescreve determinada conduta, seja uma obrigação (prestação jurisdicional do Estado), seja um direito (postular perante o Poder Judiciário). E é precisamente em face da sequência de normas reguladoras de comportamento que se obtém o procedimento. Dito de outra forma, o procedimento se apresenta como uma sequência coordenada de atos.

Na definição do processualista italiano, “*o procedimento é, enfim, visto como uma série de faculdades, poderes, deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso*”, pois uma vez que necessariamente ligadas, “*um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua*

¹³⁹ Para Elio Fazzalari, “os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno (a trave no próprio olho...), de definir o ‘processo’ (esquema de disciplina de sua competência) e permanecer ligados, ainda durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado clichê pandetístico da ‘relação jurídica processual’”. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 111.

¹⁴⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 112.

¹⁴¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113.

o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder”¹⁴².

No que diz respeito à estrutura, o procedimento pode ser tanto breve (uma notificação expedida pela administração pública ao destinatário) quanto dilatado ou complexo (abertura de um expediente com intimação, possibilidade de apresentação de requerimentos, tomada de declarações, pareceres, publicações, provimentos etc.). Além disso, o seu desenvolvimento pode se dar em primeiro grau (pondo-se fim com a obtenção do provimento em razão da observância de determinados pressupostos); ou em segundo grau (iniciando-se a partir de um provimento anterior, o qual poderá ser alternado ou confirmado em sua plenitude).

O processo, por sua vez, também é um procedimento em sua essência, na medida em que igualmente se realiza estruturado na sequência de norma. Todavia, não é a simples existência de mais de um sujeito (plurissubjetivo¹⁴³) que o qualifica, mas sim a existência de uma estrutura dialética. No caso, o contraditório.

Dessa forma, o contraditório é o elemento que eleva, qualifica o procedimento, alçando-o à categoria de processo. Isto é, o processo reclama a participação dos sujeitos destinatários do ato final desde a sua fase preparatória, em simétrica posição, cuja realização dos atos estão voltados a produzir ou impedir o provimento final (sentença).

Assim, na esteira do que preconiza Elio Fazzalari, o contraditório implica que *“cada contraditor possa exercitar um 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 dos resultados”*¹⁴⁴.

O processo, portanto, preconiza a participação não apenas do autor, mas fundamentalmente de todos os destinatários dos seus efeitos, pois o resultado final (sentença) pode repercutir e influir diretamente nos interesses dos sujeitos (autor e réu) e de toda sociedade. Daí o exercício do contraditório como característica elementar (e,

¹⁴² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p.114.

¹⁴³ Ainda sob a ótica de Elio Fazzalari, *“não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que o processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. Como ressaltado, quando se fala de procedimento ‘plurissubjetivo’, refere-se ao esquema de atividade em sequência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro e próprio processo. De resto, ninguém considera que a participação do privado consiste no pedido de licença de caça, e a participação do órgão consultivo que fornece ao autor do provimento o próprio parecer transforme o procedimento em processo. É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório”*. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

¹⁴⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p.119.

por nós, legitimadora) do processo¹⁴⁵.

Trata-se, por assim dizer, de uma estrutura dialética que não apenas auxilia na superação inadequada da definição de relação jurídica, mas essencialmente porque permite aproximar o processo (procedimento que se desenvolve em contraditório) ao horizonte democrático (participação simétrica dos sujeitos potencialmente afetados pela decisão final). Na falta dessa estrutura, “*é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexiste a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo*”¹⁴⁶.

Essa perspectiva apresentada por Elio Fazzalari, no sentido de qualificar o procedimento através da estrutura dialética foi objeto de estudos realizados por Rosa e Staffen. Para os referidos estudiosos, “*a compreensão do processo como procedimento em contraditório representa um plus em relação à velha e impotente ideia de instrumentalidade do processo*”, isso “*principalmente no que diz respeito à participação das partes em simétrica paridade de armas, a qual produz um ato final democrático na medida em que todos contribuíram efetivamente no processo*”, permitindo, assim, “*uma aproximação entre a Teoria Geral do Processo e a Constituição*”¹⁴⁷.

Assim, “*o contraditório, que para Fazzalari compreende a própria definição de processo, significa o espaço argumentativo em que as partes, em simétrica paridade, será garantida a participação na construção da decisão*”¹⁴⁸. Dessa forma, o contraditório é o traço que difere o procedimento do processo¹⁴⁹; enquanto o primeiro se apresenta como uma (simples) sequência de atos, o segundo deve – além de obedecer a referida sequência de atos – pautar-se pela observância da estrutura dialética

¹⁴⁵ Dessa forma, “*existe, em resumo, ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar*” FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p.120.

¹⁴⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. p.121.

¹⁴⁷ ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia: vol. 8, nº 8, 2010, p. 107.

¹⁴⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p. 240.

¹⁴⁹ É importante consignar, conforme o fez Elio Fazzalari, que para identificação da existência do processo (procedimento em contraditório) é fundamental que “*haja uma série de normas (e atos, e posições jurídicas) que se reportem aos destinatários dos efeitos do provimento, realizando entre eles um contraditório paritário*”. FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 121.

estabelecida pelos sujeitos (possivelmente) afetados pelo provimento jurisdicional.

Na compreensão de Aury Lopes Jr., “o processo, visto como procedimento em contraditório, supera essa visão formalista-burocrática do procedimento, até então reinante”, uma vez que a teoria fazzalariana “resgata a importância do estrito respeito às regras do jogo, especialmente o contraditório, elegido o princípio supremo”¹⁵⁰.

Amparando-se nos ensinamentos de Elio Fazzalari, Alexandre Moraes da Rosa defende que o “processo é um procedimento realizado por meio do contraditório e, especificamente no Processo Penal, entre o Ministério Público e/ou querelante, e efetiva presença do acusado com defesa técnica”, pois daí decorre “a necessidade de se entender o exercício da Jurisdição a partir da estrutura do processo como procedimento em contraditório”¹⁵¹. Nesse prisma, os sujeitos do processo, por assim dizer, são os possíveis destinatários da decisão a ser emitida pelo poder jurisdicional. Logo, gozam eles (os sujeitos) de legitimidade para agir (impedindo ou perquirindo a produção do ato final).

Para Fazzalari, a própria essência do processo reclama a existência de ao menos dois sujeitos: um exercendo a condição de interessado; e outro a posição de contra-interessado, de modo que o ato final produzirá – de acordo com as provas – resultado favorável para um, e negativo para outro. Em consequência disso, o papel do juiz é absolutamente diverso dos interessados (os quais hipoteticamente serão afetados pelo provimento jurisdicional), até porque, como bem observou Elio Fazzalari “o autor do ato final não é, ao contrário, um contraditor, sendo estranho aos interesses em contenda, não sendo parte daquela situação (como o juiz, o árbitro)”¹⁵².

Nota-se, em virtude do quanto apresentado, que a concepção de processo de Elio Fazzalari guarda estrita compatibilidade com o processo penal brasileiro¹⁵³, pois –

¹⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 224.

¹⁵¹ ROSA, Alexandre Moraes da. **O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari**. Revista Novos Estudos Jurídicos, 2006, Vol. 11, nº 2, p. 222.

¹⁵² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 123.

¹⁵³ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Débora Carvalho Fioratto comungam do mesmo pensar quanto à adequação dos contributos de Fazzalari para a (re)leitura do processo penal. Para os mencionados autores, “a Teoria de Fazzalari se adequa ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela é compreendida no papel desempenhado pelas partes, através do contraditório. Deve-se ressaltar, no entanto, que apesar do contraditório distinguir o processo do procedimento, para Fazzalari, o contraditório é a simétrica paridade de armas e, portanto, não é trabalhado na perspectiva de garantia constitucional decorrente da relação Constituição e Processo, em que a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais”. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p. 236.

pensado enquanto instrumento de limitação do poder do Estado na vida do indivíduo – cabe (sempre) garantir que os sujeitos possivelmente afetados pelo provimento futuro participem, em contraditório¹⁵⁴, da construção da decisão judicial. Essa participação (ativa) dos sujeitos de modo a influir no resultado, como será exposta no próximo tópico, representa mais do que a consolidação do modelo acusatório, cuja gestão da prova fica neles concentrada. Representa, por excelência, a própria legitimação do provimento final (sentença), pois é de democracia (participação) que se está a falar no Estado Democrático de Direito.

3.5 Superação do binômio cientificação e possibilidade de contraposição

Partindo-se da proposta de pensar o procedimento qualificado pelo contraditório (processo), há que se ter como consequência a superação de sua estrutura fragilizada e limitada de ciência e participação, pois uma vez tido enquanto mera “*bilateralidade de audiência define-se como estático, já que apesar da decisão ser construída unicamente pelo juiz, garantiu-se o contraditório pela participação aparente das partes*”¹⁵⁵.

A superação se faz necessária por força da dialogicidade, traço característico do contraditório, pois segundo a concepção formulada por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Débora Carvalho Fioratto, “o contraditório é, então, compreendido como a participação na construção da decisão, em simétrica paridade de armas, dos afetados pelo pronunciamento do juiz”¹⁵⁶. Vale dizer, o contraditório não pode ser aparente

¹⁵⁴ Ao refletirem sobre o procedimento em contraditório formulado por Fazzalari, Alexandre Moraes da Rosa e Márcio Ricardo Staffen ressaltam a característica democrática desse modo de pensar, pois “possibilita, ainda, o processo como procedimento em contraditório, desenvolvido em simétrica paridade, um acordo semântico [decisão] resultante da fusão de horizontes, como quer Gadamer, do qual decorre uma decisão substancialmente democrática, pois possibilitou a ativa participação dos destinatários do ato final e, pedagogicamente válida no intuito de prevenir novas infrações. Portanto, levar o contraditório a sério, produzido mediante a fusão de horizontes dos argumentos trazidos pelos contraditores, resulta em um julgamento socialmente integrador da ordem jurídica”. ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia: vol. 8, nº 8, 2010, p. 108. Para o constitucionalista mineiro José Emílio Medauar Ommati, “o contraditório não é apenas o dizer e o contradizer e nem mesmo a chamada ‘paridade de armas’, mas sim iguais condições e possibilidades de discussão processual da questão em análise. Portanto, somente se pode falar em contraditório se for pressuposta também a isonomia entre os participantes do debate processual. Processo sem isonomia (igualdade enquanto igual respeito e condição) é uma farsa”. OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 184.

¹⁵⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p. 245.

¹⁵⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios**

(formal), é preciso que se garanta a possibilidade de influência na decisão final.

Essa relação de igualdade e possibilidade de influência é uma característica marcante do procedimento em contraditório, pois como explica José Santiago de Assis Neto, “*as partes foram inseridas em igualdade em relação ao juiz e o processo deixou de ser um monólogo do julgador para constituir uma construção conjunta de seus sujeitos*”¹⁵⁷.

Segundo José Emílio Medauar Ommati, “*o contraditório é a condição dada a todos aqueles que serão afetados pelo provimento de apresentar seus argumentos e provas para contribuírem para a construção do próprio provimento*”¹⁵⁸. Entretanto, o contraditório não se esgota com a simples possibilidade de dizer (acusação) ou contradizer (defesa). É ele, na visão do aludido autor, “*a condição de simétrica paridade em que se encontram os destinatários do ato final (provimento jurisdicional, no caso do Poder Judiciário) para contribuir para a formação do provimento*”¹⁵⁹.

Assim, Leonardo Augusto Marinho Marques e Jânio Oliveira Donato sustentam que “*o contraditório já não é mais concebido apenas em seu sentido negativo, de resistência a uma atuação oposta ou como mera ‘contraposição mecânica de teses’, mas, sim, como garantia de influência e de não surpresa junto à atividade judicante*”¹⁶⁰.

Em outras palavras, o contraditório não mais se ajusta à simples participação das partes no processo. É preciso (muito) mais. É preciso, na leitura de Alexandre Moraes da Rosa, “*a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do ‘caso penal’, na via intersubjetiva, sem perder de vista o critério ético material (Dussel)*”¹⁶¹.

A efetivação do contraditório, na linha proposta por Fazzalari e defendida por Rosa (2006), dá-se em dois momentos: i) *informazione*, de modo que as partes possam – ao serem informadas – exercer suas posições jurídicas em face das normas processuais;

do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p. 231.

¹⁵⁷ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 265.

¹⁵⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 177.

¹⁵⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 177.

¹⁶⁰ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. **Decisão Penal no Estado Democrático à Luz da Hermenêutica Filosófica e do Modelo Constitucional de Processo**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.º 54, 2011, p. 82.

¹⁶¹ ROSA, Alexandre Moraes da. **O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari**. Revista Novos Estudos Jurídicos, 2006, Vol. 11, n.º 2, p. 222. p. 222.

ii) *reazione*, consistente na faculdade de reagir (contra-dizer) o alegado, sem que isso, contudo, se revele como uma obrigação (dever). Em consequência disso, os contraditores atuam de forma a influenciar no provimento, superando, assim, uma estrutura meramente formalista e passível de burla¹⁶².

É dentro dessa relação dialética que atuam os contraditores. Segundo Elio Fazzalari, “os destinatários dos efeitos do ato final, portanto os contraditores, são individuados em via hipotética, isto é, estimando a sua posição, no início do processo”¹⁶³. Justamente em função dessa posição hipotética é que, ao final, o ato poderá envolver os sujeitos, isto é “o ato final, a que o processo visa será criado ou não, os envolverá ou não, segundo o que – pelo desenvolvimento do processo – serão ou não serão emersos os necessários pressupostos”¹⁶⁴.

Portanto, a mera bilateralidade (ciência e possibilidade de reação) da audiência não atende os reclamos do processo penal democrático, sujeito a não surpresa. Roga-se, assim, pela efetivação dos comandos constitucionais, conforme será tratado no próximo item.

3.6 Giro axiológico: processo penal enquanto limitação do poder e não como palco do exercício, exclusivo, do *ius puniendi*

Entre nós, e ainda com alta dificuldade de se desprender de ideias medievais, o processo penal foi visto como instrumento de punição, situado no imaginário de uma mentalidade (histórica) inquisitorial.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho registra a difícil tarefa de passagem – e mudança de mentalidade – do sistema inquisitório para o sistema acusatório:

¹⁶² Fala-se em burla porque ao magistrado não é dado margem para que simplesmente ignore os argumentos trabalhados pelas partes no curso do processo, pois “No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. Dessa co-dependência, indissociabilidade, decorre a conexão entre esses princípios constitucionais que constituem o devido processo constitucional”. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p.231.

¹⁶³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 100.

¹⁶⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 122.

Os 516 anos de tradição inquisitorial no Brasil não só conformam a todos como ajudam a arraigar as bases epistêmicas, dificultando, inclusive, o pensamento e os vínculos que ele proporciona dentro do sistema acusatório. Não é tarefa simples, em definitivo, livrar-se de um modelo de pensamento, embora não seja possível e, em alguns casos (como neste, que diz com a mudança dos sistemas processuais penais) seja necessário¹⁶⁵.

E essa dificuldade de se livrar do modelo inquisitório é reforçada por um ingrediente todo especial: o Código de Processo Penal de 1941. Inspirado no fascismo italiano¹⁶⁶, a lei processual penal ainda prevê – mesmo após sucessivas alterações – a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante surgida no curso da instrução ou antes de proferir a sentença (art. 156, II, do CPP); autoriza a decretação, de ofício, da prisão preventiva (art. 310, CPP) e de medidas cautelares (art. 156, CPP); além de permitir a condenação do acusado mesmo havendo pedido de absolvição por parte do órgão de acusação (art. 385, CPP) etc.

Não é pretendido enumerar todas as hipóteses previstas no Código de Processo Penal que guardam estrita relação com o modelo inquisitório¹⁶⁷, até porque isso

¹⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 79.

¹⁶⁶ De forma detalhada, Aramis Nassif (2016, p. 161) traça, historicamente, a vertente fascista do Código de Processo Penal brasileiro, pois “*não se discute que o diploma adjetivo brasileiro teve inspiração no Código Rocco, vigente durante o governo de Mussolini na Itália, então um Estado fascista. Alfredo Rocco, que empresta seu nome ao CPP do fascismo, foi o autor das Leis Fascistíssimas, que outorgou poderes especiais a Mussolini. Essas leis terminaram com as liberdades, tornando o Estado o centro de todas as decisões, garantindo o poder permanente ao ‘Duce’.* Com isso assegurava-se a ideologia fascista a todos os órgãos e agentes do poder que deviam manter a qualquer custo. Mesmo que hoje não se trata de manter regime fascista ou o seu poder, a conduta dos operadores oficiais do direito identifica-se com a da época da elaboração do Código ou posterior, tal como no período ditatorial 1964/1985. Como é perceptível hoje na aplicação de regras processuais, elas, em especial no que diz com o absurdo número de prisões cautelares, que espantaram os membros da OEA e ONU, assim como era acolhido na antiga legislação, prevalece – ao contrário do ditame constitucional – irreconhecível o princípio da presunção de inocência que submete os juízes a decidirem pela absurda antecipação da pena ao decretarem ou manterem a constrição provisória. A simpatia ideológica do então governo brasileiro pelo regime fascista da Itália, manifesta-se nas palavras do Ministro da Justiça do Estado Novo, Francisco Campos, ao elaborar a Exposição de Motivos do Código de 1941. Passado décadas da edição do CPP, atualmente, mais que nunca, pela atuação de grande número de juízes de primeiro e segundo grau, sem excluir ministros dos tribunais superiores, mantém a postura defendida pelo sistema processual fascista, com destaque para a presunção de culpabilidade que fora defendida por Manzini, então respeitado jurista italiano, que, assim, autoriza as prisões cautelares como antecipação de pena. A identificação de um processo penal constitucional é raridade hoje, e os que defendem não raro são ridicularizados ou duramente criticados”. NASSIF, Aramis. Sistema Processual Brasileiro: a nostalgia autoritária. In PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 161.

¹⁶⁷ A discussão travada acerca da gestão da prova não é nova. Aury Lopes Junior, citando estudo de James Goldschmidt, aduz que, “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de

demandaria um enfoque exclusivo para o tema em razão de sua dimensão e profundidade. No entanto, a exposição de tais hipóteses apenas reforça a necessidade de mudança de mentalidade. E isso não é tão óbvio e fácil assim.

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a resistência travada contra a adoção de um sistema (exclusivamente) acusatório advém da facilidade de se pensar numa estrutura consolidada, cuja evidência é – sempre – previsível:

Para esses, contra todas as evidências, é sempre possível arranjar, dentro da estrutura inquisitorial, um espaço para a democracia, mormente em razão da presença (sempre existente) de *juízes democráticos*. Pensamento como este foi que levou a Itália a conviver com um sistema que se convencionou chamar de inquisitório garantista (depois da *Costituzione* de 46), o qual se mostrou, sempre, uma catástrofe, sem embargo de que juízes democráticos e que sempre respeitavam a *Costituzione* tenham deixado a sua marca, razão por que alguns desses se salvaram (em virtude da presença deles, os juízes democráticos), mas a grande massa padeceu dos abusos conhecidos e efetivados por conta da presença e atuação do sistema inquisitório¹⁶⁸.

Ainda na visão do citado autor, há um fator preponderante que anima e conforma a manutenção de um modelo inquisitório – e obcecado pela verdade –, capaz de produzir aquilo que Franco Cordero intitulou como sendo o “*primato dell’ipotesi sui fatti*”:

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

solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes. O procedimento penal se converte desse modo em um litígio, e o exame do processado não tem outro significado que o de outorgar audiência. Parte do enfoque de que a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório àqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade. Com isso, também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão”. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo Penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, p. 2016, p. 165.

¹⁶⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 85.

pelos caminhos que escolher. O crime (pecado) é dado histórico e à realidade apresenta-se multifário, razão pela qual, para reconstruí-lo – senão de forma absoluta (porque impossível), mas ao menos aceitável – seria conveniente e lógico verificar cada um dos aspectos, pelo menos principais. A lógica deformada do sistema, porém, não o permite, porque privilegia o mecanismo natural do pensamento da civilização ocidental [...], ou seja, a lógica dedutiva, que deixa ao inquisidor a escolha de premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão¹⁶⁹.

Segundo Aury Lopes Junior, vivemos um grave período de *crise da teoria das fontes*, de modo que leis infraconstitucionais acabam por negar o texto constitucional (lei maior) como fonte, em evidente ruptura estrutural da ordem jurídica. Assim, o desafio epistêmico reside justamente na capacidade de superação do preconceito no que diz respeito à eficácia da Constituição no processo penal, o que exige uma filtragem constitucional, como adverte o mencionado autor:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). [...] No processo penal, a Constituição ainda representa uma abertura, um algo a ser buscado como ideal. É avanço em termos de fortalecimento da dignidade da pessoa humana, de abertura democrática rumo ao fortalecimento do indivíduo. Nesse sentido, nossa preocupação com a instrumentalidade constitucional e o caráter “constituítor” da Carta e da CADH¹⁷⁰.

A solução para os problemas (epistêmicos) levantados tanto por Jacinto Nelson

¹⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 42.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo Penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 2016, p. 34. Em detalhado estudo sobre as fontes no processo penal, José Frederico Marques ensina que “a expressão ‘fontes do direito’ designa ‘os modos de formação da norma jurídica, ou as formas que essas normas revestem’. Elas se dividem em formais e materiais. Segundo BATAGINI, ‘fontes formais são os modos de expressão da norma jurídica positiva, isto é, as fontes no único sentido técnico possível’, enquanto as fontes materiais ou substâncias ‘são as que constituem a matéria com que é atingido o conteúdo do preceito jurídico’. Para o citado autor, a “Constituição, como lei das leis, é a fonte suprema da ordem jurídica, e assim se situa no cimo e na culminância de todas as fontes normativas. Pela posição que ocupa na hierarquia das fontes formais do Direito, a ela se subordinam todo o direito positivo e a legislação ordinária”. MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1.ª ed., vol. I, Campinas, Bookseller, 1988, p. 39.

de Miranda Coutinho (gestão da prova e ambição pela verdade) quanto por Aury Lopes Junior (crise da teoria das fontes) se encontra – como haveria de ser em todo regime que se diz democrático – na própria Constituição Federal. Nela, e nenhum outro lugar, está prevista a saída para esse giro axiológico.

Dentre outras garantias fundamentais, o legislador constituinte estabeleceu que, aos litigantes e aos acusados, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, além dos meios e recursos a ela inerentes (art. 5, inciso LV, da Constituição Federal).

Dessa maneira, há manifestação expressa da opção por um sistema que obedeça ao contraditório. E o contraditório, como não poderia ser diferente, apenas pode ser exercido pelas partes. E partes, por sua vez, são apenas aqueles afetados pelo provimento jurisdicional (futuro), os quais participam ativa e diretamente para a construção da decisão judicial, revestindo-se, assim, de plena legitimidade – inclusive e principalmente democrática¹⁷¹.

Vê-se, portanto, uma ruptura brusca com o modelo anterior, o que será chamado aqui de *giro axiológico*, que é denominado de *linguistic turn* por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

[...] a partir do chamado *linguistic turn* não se pode mais ter muitas dúvidas de que sendo a palavra protagonista por excelência, tudo que se pode fazer é trabalhar com aproximação discursiva e, assim, como parte daquilo que sucedeu, tempo atrás, como crime. Isso (que é de grande complexidade no espaço filosófico), realinha os espaços processuais e, neles, redefine a principiologia ligada ao processo, mormente aquela constitucional e, em especial, expressa no texto da CR, tratados internacionais e leis infraconstitucionais, começando pelo *due process of law*, contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade, oralidade, presunção de inocência, vedação das provas ilícitas e assim por diante. Da tessitura dos princípios e das regras – que invocam, no seu conjunto, um sistema processual antes definido como seu fundamento – surge o arcabouço a ser adotado e respeitado.

¹⁷¹ Nesse sentido, precisa é a lição de Afrânio Silva Jardim (2007, p. 307) acerca das funções do processo penal no estado democrático, já que “o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento *destinado à persecução criminal*. Pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, o Estado há de submeter a sua pretensão punitiva ao crivo do Poder Judiciário, tendo o ônus de alegar e provar determinada prática delituosa, assegurados constitucionalmente a instrução contraditória e o princípio da ampla defesa. (...) o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da jurisdicização do poder punitivo do Estado. Enquanto o Direito Penal apresenta caráter marcadamente repressivo, o Direito Processual Penal é comprometido com a questão da liberdade. [...] A relevância dos valores tutelados pelo processo penal impõe que a própria Constituição Federal consagre os princípios reitores a serem adotados necessariamente pela lei ordinária, como garantia da rigidez constitucional”. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 307.

Desde esse ponto de vista, ninguém duvida – salvo os hipócritas ou os ignorantes –, que a CR agasalhou o sistema acusatório e, por conseguinte, não recepcionou a estrutura que com ela era incompatível, ou seja, a inquisitória. Eis porque os tribunais já deveriam ter declarado a inconstitucionalidade de tudo o que fosse incompatível com a CR, mas não é tarefa simples. Os órgãos jurisdicionais apostam, sem dúvida, que o Congresso nacional vai fazer a sua parte e, assim, legislar devidamente, no tempo adequado, algo que não acontece.

De qualquer forma, uma mudança radical se faz premente e necessária, de modo a tornar o processo penal compatível com a Constituição da República. E tal reforma há de ser, sem dúvida, na direção do sistema acusatório/adversarial¹⁷².

Outro fator preponderante para a (re)leitura do processo penal decorre da consagração da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o indivíduo não pode ser visto pelo Estado como um objeto. Em sentido absolutamente contrário, deve ser tratado como sujeito de direitos e merecedor de respeito e consideração, assim como adverte Jorge Miranda, “*a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte*”¹⁷³.

Ao estudar a temática da dignidade humana, Marco Antonio Marques da Silva ressalta a necessidade de sua observância e as suas implicações frente ao Estado:

O termo dignidade remete a ideia de brio, daquele que é merecedor de respeito; entretanto, a conformação de seu conteúdo, em razão de sua intensidade, não é tarefa fácil. [...] A dignidade humana existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas, no ato da comunicação, e se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado. Tais direitos são inerentes, conhecidos pelas pessoas, não podendo, portanto, o Estado desconhecê-los. A este cabe, ainda, criar condições favoráveis para uma integral realização dos mesmos. [...] A partir dessa ideia, a dignidade humana está ligada a três premissas essenciais: a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua pessoalidade e os direitos a ela inerentes, chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo¹⁷⁴.

¹⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 83.

¹⁷³ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 170.

¹⁷⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado**

De tudo que foi apresentado na perspectiva da dignidade humana, pode-se dizer que o Estado não só deve reconhecer e considerar o indivíduo e o seus direitos (no que é pertinente para o presente trabalho, o direito de ser processado segundo as normas de regência do sistema acusatório, cuja gestão da prova é das partes e não do juiz), como também deve ainda criar condições para a sua efetiva realização.

Se num dado momento histórico o processo penal é orientado pela busca da verdade (real) e serve como instrumento de legitimação, exclusiva, do *ius puniendi*; no outro, e isso graças aos desdobramentos de um Estado Democrático de Direito e sob a perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana, deve ser visto como garantia do cidadão contra os abusos e interferências do Estado, pois na perspectiva de Marco Antônio Marques da Silva: “*a partir da consagração das liberdades públicas com consequente imposição de limites ao agir do Estado, o processo passa a ser um instrumento posto formalmente nas mãos do cidadão para assegurá-lo na defesa de seus direitos*”¹⁷⁵.

3.7 A construção e a legitimação da decisão judicial através da participação (influência) democrática das partes

Ao se pensar no processo penal inserido nessa estrutura dialética fazzalariana, busca-se identificar o elemento legitimador da decisão judicial, tomando-se por base o modelo de Estado Plural e Democrático de Direito. Nesse contexto, torna-se um dever tratar de um dos reclamos mais indicados por Paulo Bonavides¹⁷⁶ na crise democrática: a participação do sujeito.

Com efeito, toda e qualquer investida do Estado em face do cidadão deve sempre ser precedida do devido processo (ampla defesa, contraditório, presunção de inocência etc.), oportunizando-se o gozo de influência na decisão judicial ao indivíduo que – ao final – poderá sofrer privação ou algum tipo de mitigação de seus direitos. Vale dizer, na perspectiva democrática, a decisão judicial que não observa essa prerrogativa é absolutamente ilegítima por falta de participação. Por conta disso, não é razoável que se exija observância e obediência do indivíduo para com o resultado

Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 224.

¹⁷⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. À guisa de apresentação. In: **Processo Penal e Garantias Constitucionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 15.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

judicial que sequer teve presença simplesmente decorativa.

Consoante ao ensinamento dos catedráticos mineiros Leonardo Augusto Marinho Marques e Jânio Oliveira Donato, “*a legitimidade das decisões judiciais em um Estado que se afirma ‘Democrático’ e de ‘Direito’ deve necessariamente resultar, desse modo, da ampla participação de todos os intérpretes do processo*”¹⁷⁷, isso muito em função de que “*não pode ser tomada somente como uma aptidão de aceitação de decisões ou de preparação para se recuperar de eventuais prejuízos, mas sim como poder de influência qualitativa sobre a motivação judicial*”¹⁷⁸.

Bem por isso que, ao refletir sobre a participação dos sujeitos no processo, José Santiago de Assis Neto afirma que no processo penal democrático não há espaço para juiz protagonista, viciado na sobreposição das hipóteses sobre os fatos. Precisamente por isso que, nas palavras do mencionado autor, “*o juiz deve deixar às partes a atuação ativa, apenas interferindo para fins de assegurar a isonomia entre os sujeitos*”¹⁷⁹.

A participação, como se nota, é condição preponderante do processo penal democrático. Em razão disso, não há espaço para decisão surpresa, que ignora o debate simetricamente travado entre os contraditores.

Ao tratar da estrutura dialética do processo, Eugênio Pacelli de Oliveira argumenta que magistrado “*não pode e não deve decidir segundo suas preferências e convicções pessoais, mas sim, a partir do diálogo da interlocução mantida no processo com as partes*”¹⁸⁰, pois ao seguir essa trajetória, “*obtem-se algo mais próximo do que, em doutrina, se afirmar tratar-se do justo processo, encerrado por uma decisão democraticamente construída*”¹⁸¹.

Do ponto de vista democrático, Dierle José Coelho Nunes afirma que não mais é possível a realização de interpretações que não tome por base o modelo constitucional de processo e “*sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das*

¹⁷⁷ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. **Decisão Penal no Estado Democrático à Luz da Hermenêutica Filosófica e do Modelo Constitucional de Processo**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.º 54, 2011, p. 84.

¹⁷⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. **Decisão Penal no Estado Democrático à Luz da Hermenêutica Filosófica e do Modelo Constitucional de Processo**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.º 54, 2011, p. 84.

¹⁷⁹ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 214.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18.ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98.

normas constitucionais”¹⁸², de sorte a “(...) permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas. Inaugura-se uma concepção garantística do processo em contraponto e superação com a concepção publicística e socializadora”¹⁸³.

Justamente por isso que a participação, característica central do contraditório, “garante que as partes, ao participar na construção da decisão, influenciem através de seus argumentos, a própria sentença, que ao refletir a argumentação efetivamente debatida entre os legitimados, será legítima e racional”¹⁸⁴.

Dito de outra maneira, não se trata apenas de poder apresentar versões e alegações acerca da questão meritória do processo. Numa perspectiva maior, reclama-se que a participação possa influir e alterar o resultado final do provimento (sentença), o que poderá ser controlado através do necessário dever de fundamentação¹⁸⁵. E tal capacidade de influência revela-se mais do que justa na medida em que poderá afetar diretamente os interesses dos sujeitos processuais, como sentenciou José Santiago de Assis Neto:

O Estado Democrático de Direito é marcado pela participação dos afetados na construção das decisões às quais serão submetidos. Pela participação busca-se limitar a atividade do Estado e a sua intervenção na sociedade, além de possibilitar a construção de projetos individuais

¹⁸² NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, edição especial, 2008, p. 2.

¹⁸³ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, edição especial, 2008, p. 2.

¹⁸⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p. 247.

¹⁸⁵ Em memorável estudo, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Débora Carvalho Fioratto tratam da questão do controle da decisão judicial através do dever de fundação. Para eles, “O princípio da fundamentação é, portanto, uma garantia constitucional que ‘desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produzida pela Revolução Francesa, resguarda a sociedade contra o autoritarismo e o arbítrio que se manifestavam em nome da lei’ (GONÇALVES, 1992, p. 167). Essa garantia oportuniza o controle das decisões pelas partes, já que ao serem proferidas pelos órgãos jurisdicionais deverão estar fundamentadas em argumentos jurídicos. Essas decisões devem ser o produto da argumentação das partes e não da interpretação única e subjetiva do juiz, sob pena de controle de constitucionalidade e interposição de recursos. Na atualidade, sempre enfatizado no âmbito do direito processual constitucional, referido princípio impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos decisórios, com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juizes) ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários, por meio da interposição de recursos (BRÊTAS, 2005, p. 147-161). Verifica-se a relevância dessa garantia para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Logo, para integral compreensão desse princípio, comparar-se-á sua aplicação no ordenamento jurídico italiano, francês e alemão”. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p. 247.

de vida. Porém, a participação, por si só, não seria suficiente, é imprescindível que sejam utilizados meios para o controle da participação visando garantir que esta se dê de maneira a assegurar que todos tenham iguais oportunidades e que a decisão não seja fruto da vontade do mais forte sobre o mais fraco, ou do mais esperto sobre o mais tolo. Dessa forma, o processo vem a atender à necessidade de participação isonômica dos sujeitos na construção do provimento¹⁸⁶.

A (efetiva) participação do indivíduo no processo penal acusatório, por assim dizer, representa o verdadeiro escudo democrático frente à possibilidade de interferência do Estado na vida do indivíduo. Portanto, pode-se dizer que, no âmbito do processo penal, sem participação não há legitimidade. E sem legitimidade não há provimento jurisdicional democrático, revelando-se a essência do arbítrio.

¹⁸⁶ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 265.

4 ESCOPO(S) DO PROCESSO

4.1 A Instrumentalidade e a teoria da relação jurídica no processo penal

Em momento anterior, foi sustentada a compatibilidade entre a tese desenvolvida por Elio Fazzalari (processo enquanto procedimento em contraditório) e o processo penal brasileiro, o qual deve ser lido segundo o texto constitucional de 1988. Apesar de apresentadas as razões de tamanha acolhida, torna-se pertinente a exposição da fragilizada teoria da relação jurídica¹⁸⁷ e os seus desdobramentos. E isso se justifica na medida em que, apesar da consagração de uma sociedade plural estampada no preâmbulo da Magna Carta, a invocação e a atribuição de uma gama de escopos ao processo penal ainda encontra eco e inúmeros adeptos na doutrina brasileira.

Conforme adverte James Goldschmidt, é desde Oskar Von Bulow que a teoria dominante define o processo como uma *relação jurídica* – conceito este também estendido ao âmbito do processo penal. Para o aludido autor, “*se constituye la relación jurídico-procesal-penal por el ejercicio de la acción penal, comprendida como un derecho abstracto y formal*”¹⁸⁸, figurando como sujeitos da relação o acusador, o acusado e o juiz.

Segundo José Frederico Marques, a teoria da relação jurídica enseja a promoção de “*uma atmosfera de mútuos e recíprocos direitos e obrigações, que se exercitam ou podem ser exercidos, enquanto o processo se desenvolve através do procedimento. Daí o entendimento moderno de que o processo é uma relação jurídica*”¹⁸⁹. Relação jurídica essa pensada por Oskar Von Bulow e que ganhou inúmeros adeptos no mundo jurídico, conforme adverte o mesmo José Frederico Marques:

Foi do Direito Processual Civil que a doutrina do processo penal recebeu, no século passado, as bases teóricas para a renovação científica de seus estudos dogmático-jurídicos. A teoria da relação

¹⁸⁷ Ainda que seja de fundamental importância à superação da teoria da relação jurídica, não se pode deixar de reconhecer os seus avanços para a consolidação do processo penal democrático. Na linha defendida por Aury Lopes Jr., a teoria da relação “*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 (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição)*”. LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 195.

¹⁸⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1961, p. 72.

¹⁸⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, p. 434.

processual, formulada por Bulow, na Alemanha, constitui o marco inicial da orientação sistemática que se imprimiu ao Direito processual, transformando profundamente os seus métodos e diretrizes. No mundo latino, o apostolado benefício de Giuseppe Chiovenda propagou rapidamente as novas conquistas doutrinárias da ciência do processo. [...] A doutrina da relação processual fora levada, na Alemanha, para os trabalhos de Direito Processual Penal. [...] Todavia, a sua definitiva implantação nos textos do Direito Processual Penal só se firma, em realidade, quando o próprio Augusto Von Kries publica, em 1892, O Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts. Em 1900, Benneck e Belling publicam ‘livro que durante muito tempo se considerou a obra prima do Direito Penal’, e em 1928, com a morte de Benneck, dá a lume Ernest Belling, sozinho, ao Deutsches Reichsstrafprozessrech’, ‘que no ha sido también superado desde entonces’. [...] James Goldschmidt combate a teoria da relação processual e concebe o processo como *situação jurídica*. Além dos trabalhos que publicou em alemão, escreve ele, durante seu exílio na Espanha, os Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal (Barcelona, 1936), muito difundido no mundo jurídico latino¹⁹⁰.

Na perspectiva de Aury Lopes Jr., Bulow pensava o processo na condição de “conjunto de direitos e obrigações recíprocos, isto é, uma relação jurídica. Tal relação é pública, pois os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos”¹⁹¹, desenvolvendo-se (o processo) através de uma sequência de atos interligados e relacionados.

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, também destaca a tradição desse modo de pensar o processo, pois “em 1868, Oskar Von Bulow proclamou em termos sistemáticos a existência de uma relação jurídica toda especial entre sujeitos principais do processo – juiz, autor e réu”¹⁹². Dito de outra maneira, o processo começa a ser entendido na qualidade de vínculo estabelecido entre sujeitos em que um passa a exigir do outro uma determinada prestação, uma determinada conduta, sendo que a posição de mando é exclusivamente da autoridade judicial, como adverte Hélio Tornaghi:

O juiz está na relação processual, como foi dito, numa posição de mando; ele exerce um poder que se atua sobre todos os demais sujeitos da relação. Mas ao lado desse poder ele tem deveres, não só em face do Estado, do qual é órgão, mas também perante o acusador e o acusado que podem exigir dele determinadas prestações. É ilusório supor que os poderes do juiz são apenas do âmbito do Direito Constitucional ou do Administrativo. As partes são titulares de

¹⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.^a ed. Campinas: Millennium, p. 2003, p. 434. 122/123.

¹⁹¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 195.

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 18.

direitos subjetivos públicos que vinculam o juiz. As obrigações dele perante o Estado são genéricas e permanentes; seus deveres perante cada uma das partes são específicos e transitórios¹⁹³.

Justamente em virtude dessa relação jurídica, o processo é tido como um instrumento à disposição da jurisdição, assumindo, assim, uma série de tarefas e metas. No Brasil, por exemplo, há quem defenda que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, além de outras metas políticas, na medida em que é “*imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei*” e educacionais, “*ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo*”¹⁹⁴.

Dessa forma, nota-se que ao processo é transferida uma carga absolutamente elevada de escopos (fins)¹⁹⁵. Por conta disso, o juiz fica mais do que autorizado a perseguir meta(s), inclusive diversa(s) daquela(s) travada(s) entre as partes, restando, em último exame, obrigado a alcançar metas (de natureza social, econômica, educacional etc.).

Numa primeira visão, a busca por determinados fins pode parecer absolutamente benéfica, pois naturalmente todas sociedades almejam a concretização da cidadania, das metas educacionais, do desenvolvimento econômico e consolidação de políticas públicas para erradicação da pobreza e efetivação da segurança pública, por exemplo. Entretanto, e é aqui que reside o ponto central da atribuição de metas-extrajurídicas, há um absoluto esvaziamento da atuação dos verdadeiros protagonistas do processo: as partes. E ao se esvaziar – e até mesmo inviabilizar a participação dos sujeitos do

¹⁹³ TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 143.

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.^a edição, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 361/362.

¹⁹⁵ Ao buscar estabelecer as metas do processo, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes sustentam que “*é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da consciência dos objetivos a serem alcançados mediante seu emprego – sabido que todo instrumento deve ser preordenado a um objetivo, como todos os meios só têm significado e relevância quando predispostos a um fim. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes jurisdicionais que o utilizam. Os escopos do processo são de natureza social, política e jurídica. O primeiro escopo social, que é o principal entre todos eles, é a pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça. É essa em última análise a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade. Outro escopo social é o de educação das pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus – o que, em última análise, é o que hoje se costuma indicar como exercício da cidadania*” DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 20.

processo –, aniquila-se por completo os núcleos essenciais do processo penal democrático, marcados pelo contraditório e poder de influência no provimento jurisdicional.

Nem se diga, por outro lado, que o prévio estabelecimento de escopos ao processo seja uma questão que exclusivamente afeta o processo civil¹⁹⁶, já que a teoria geral do processo tem repercutido diretamente no processo penal. Ao tratar da temática da relação jurídica, José Frederico Marques aduz que:

Entre nós, apesar do caráter rotineiro e praxista dos estudos de processo penal, a doutrina da relação processual está aceita por Sadi Cardoso de Gusmão, Hélio Tornaghi e Roberto Lira. Este último, ao demais, tem belíssima exposição da relação processual executivo-penal, nos comentários que descreveu sobre a parte do Código de Processo Penal que trata da execução. Hélio Tornaghi enriqueceu a literatura jurídica brasileira com uma esplêndida monografia intitulada *A Relação Processual Penal*¹⁹⁷.

Um dos exemplos mais expressivos do acolhimento da teoria da relação jurídica pelo processo penal brasileiro decorre da obra intitulada “*A relação Processual Penal*”, de Hélio Tornaghi. Nela, o referido autor sustenta que “*a teoria dos pressupostos processuais irmanada com a da relação processual foi introduzida em todas as exposições do Direito Judiciário Penal*”¹⁹⁸. Em razão disso, destaca a importância da teoria do processo (penal) enquanto uma relação pública:

Só no século passado, surgiram as primeiras obras em que o processo foi considerado relação jurídica.

(...) Quem, por primeiro, afirmou ser o processo relação jurídica foi Bulow em *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen, 1868 (‘A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais’), sem, entretanto, desenvolver a tese.

Mostrou Bulow que nunca se pôs em dúvida que ‘o processo (refere-se ao processo civil, mas o que diz é aplicável também ao penal) determina as faculdades e deveres que cabem às partes e ao juiz e os põe em relação uns com os outros. Por esse meio também se afirma que o processo é uma relação jurídica, de direitos e deveres recíprocos

¹⁹⁶ Para que fique registrado, não se tem a pretensão de esgotar o exame acerca da teoria geral do processo, mas fundamentalmente expor os argumentos que revelam a incompatibilidade da teoria da relação jurídica com o processo penal democrático. Para melhor compreensão das escolas e da evolução do processo, conferir LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 191 em diante.

¹⁹⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2.ª ed. Campinas: Millennium, p. 2003, p. 437.

¹⁹⁸ TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 5.

(...). O fato de que os direitos e os deveres processuais existem entre autoridades do Estado e cidadãos e a circunstância de tratar-se, no processo, de função desempenhada por um servidor do Estado e também de as partes serem levadas em conta apenas em sua relação e na sua cooperação com atividade funcional do juízo, soam no sentido de que a relação pertence ao Direito Público; o processo é uma relação de Direito Público¹⁹⁹.

Apoiado nas lições gerais de Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Scarance Fernandes também busca justificar a atribuição de escopos ao processo penal. Na sua visão, “*o processo penal, como qualquer outro, tem como missão social a realização da justiça e, comumente, se apontam outros objetivos específicos: a paz social, a segurança social, a garantia da liberdade*”²⁰⁰.

Trata-se, como se nota, de metas estabelecidas antes mesmo da existência de uma ação penal (relação jurídica). A finalidade do processo, na linha pensada por Antonio Scarance Fernandes, precede inclusive o debate travado pelos sujeitos que serão afetados pela decisão judicial:

Como dissemos, em artigo anterior, o estudo da efetividade do processo é estudo sobre o papel que dele se espera no meio social, como instrumento de realização da justiça, de asseguarção do bem comum, de pacificação social.

A realização de sua missão social é a principal finalidade do processo. Para que isso seja possível, deve ele, todavia, perseguir determinados escopos. Assim, quando se aponta como finalidade do processo a busca da verdade, está-se, na realidade, encenando com um dos seus escopos. Este e outros escopos somente se justificam em face do objetivo ultimo do processo, de sua missão social. Quanto mais a busca da verdade faz com que, na maior medida possível, estejam os resultados de condenação e de absolvição próximos da realidade, melhor servirá o processo para a realização da justiça, para a obtenção da paz.

Como se verá, são ideias que refletem importante corrente do pensamento jurídico nacional, como se pode depreender da análise de duas significativas obras: uma de Cândido Rangel Dinamarco sobre os escopos da jurisdição, outra de Eros Roberto Grau a respeito da função social do direito.

[...] Em nossa pesquisa, trabalhamos com a ideia de que a efetividade do processo penal resulta do equilíbrio entre interesse do Estado na segurança social e o interesse de liberdade do indivíduo. Será esse equilíbrio que, ao nosso ver, realizará a justiça e assegurará a paz social²⁰¹.

¹⁹⁹ TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 5/7.

²⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, Processo Penal e Dignidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 532.

²⁰¹ FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, Processo Penal e Dignidade. In: MIRANDA, Jorge;

Não haveria prova maior da existência de escopos previamente estabelecidos ao processo (penal) do que os ensinamentos extraídos da obra de Fernando da Costa Tourinho Filho, o qual aduz que “*não se pode negar o caráter instrumental do Direito Processual, porquanto constitui ele um meio, o instrumento para fazer atuar o Direito material*”²⁰². Em face dessa instrumentalidade do processo penal, sustenta o aludido autor que “*podemos dizer que existe uma finalidade mediata, que se confunde com a própria finalidade do Direito Penal – paz social –, e uma finalidade imediata, que outra não é senão a de conseguir a realização da pretensão punitiva derivada de um delito*”²⁰³.

Há também quem sustente o seu uso como instrumento de segurança pública, pois o “*processo penal possui uma finalidade mediata, que se confunde com a própria finalidade do Direito Penal – paz social – e uma finalidade imediata que é a de conseguir realizabilidade da pretensão punitiva derivada de um delito*”²⁰⁴.

Não é pretensão do presente trabalho esgotar os inúmeros estudos que adotam a teoria da relação processual no âmbito do processo penal, mas sim apontar a sua influência e as consequências produzidas em razão da atribuição de escopos e, por força disso, do esvaziamento do exercício do contraditório e da impossibilidade das partes influírem diretamente no conteúdo da decisão judicial. Portanto, a grande tarefa gravita em torno da superação da referida teoria da relação jurídica.

E por que (alguns dirão) o processo precisa superar a ideia de relação jurídica? É, dentre outros, José Emílio Medauar Ommati quem nos fornece a resposta:

Exatamente porque a ideia de relação jurídica pressupõe a noção de que os polos da relação deteriam direitos e obrigações uns em relação com os outros. Ora, se no processo o encadeamento dos atos já vem previamente fixado na lei, não se pode dizer que o autor tenha como exigir determinada conduta do réu, enquanto direito seu, ou que o réu tenha como exigir, enquanto direito seu, determinada conduta do autor, ou ainda, que o juiz possa exigir de autor e réu determinada conduta. O que se coloca no processo é justamente a ideia de simétrica paridade, ou seja, de igualdade ou isonomia entre as partes, para poderem discutir as questões e apresentar argumentos para a

SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 529 e 532.

²⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

²⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

²⁰⁴ BALDAN, Édson Luís. Direitos Fundamentais na Constituição Federal. Estado Democrático de Direito e os fins do Processo Penal, in **Tratado Temático de Processo Penal**, 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 127.

construção do ato final, o provimento jurisdicional. Assim, o processo deixa de ser visto como instrumento da jurisdição e passa a ser visto como direito fundamental dos cidadãos, o que, inclusive, está de acordo com a Constituição de 1988²⁰⁵.

Ainda segundo José Emílio Medauar Ommati, numa sociedade complexa e plural, é impossível defender a ideia de discricionariedade do juiz no processo – como proposto por Cândido Rangel Dinamarco (2009) – e muito menos a criação de metas sociais e políticas, conforme defendido por Antonio Scarance Fernandes (2008). Isso porque o fruto do processo (provimento jurisdicional) não decorreria do debate travado e desenvolvido pelas partes e decidido por um terceiro imparcial (o juiz), mas sim “*em decorrência da formação moral e ética do juiz, o guardião dos valores da sociedade*”²⁰⁶.

Adotar a instrumentalidade importada da teoria de Cândido Rangel Dinamarco representa um perigo na atribuição de metas ao processo penal, cuja valoração se funda(ria) em anseios sociais e o seu alcance se daria segundo a formação ética do julgador. Daí, então, a precisa – e necessária – crítica tecida por Aury Lopes Jr., no sentido de que “*o termo ‘instrumentalidade’, que sempre remeteu a algumas lições parciais de Dinamarco, deve ser revisitado*”, já que, ainda nas palavras do referido autor, “*devemos ter cuidado na definição do alcance de suas metas, pois o processo penal não pode ser transformado em instrumento de segurança pública*”²⁰⁷.

Rubens Casara é enfático ao dizer que, dentre as inúmeras mitologias existentes no processo, a atribuição de metas de pacificação social ou de segurança pública não passa de uma farsa gestada nos regimes autoritários²⁰⁸. Como explica o citado autor, “*esse mito surge em meio a um discurso de viés repressivo, no qual se identifica perspectiva utilitarista, reforçadora do caráter instrumental/formal do processo*

²⁰⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 178.

²⁰⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 174.

²⁰⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

²⁰⁸ Ainda nessa linha de reflexão, Rubens Casara assevera que o ambiente autoritário ou democrático influi diretamente nos reflexos processo, pois, em suas palavras, “*o processo penal integra o conteúdo normativo do sistema penal, pertence ao plano do dever-ser, e está sujeito às oscilações provenientes das políticas criminais e das ideologias que o direcionam e influenciam. Assim, em dados contextos, as normas processuais podem servir de instrumento à redução do poder penal; em outro, atender à demanda por maior repressão, oriunda dos movimentos de lei e ordem, apoiado por massiva veiculação da mídia. Não há dúvida, porém, de que insistir no mito do processo como instrumento de pacificação social leva ao aumento da utilização do poder penal do Estado*”, CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198.

penal”²⁰⁹. E justamente por conta dessa compreensão é que resta animada uma tendência da justiça criminal em combater, de forma absolutamente parcial, a prática delitiva.

Ora, é tarefa mais do que desumana exigir que o julgador combata a prática delitiva, sendo que o investigado/acusado ocupa a condição de suposto autor do delito e, ao mesmo tempo, mantenha uma posição de absoluto alheamento. É mais do que o normal que o magistrado passe a investir diretamente em desfavor do sujeito incriminado, afinal está amparado pelo mantra do dever de pacificação social.

Leonardo Augusto Marinho Marques e Jânio Oliveira Donato – em estudo no qual se debate acerca da decisão judicial no processo penal democrático – advertem quanto ao necessário abandono e superação das orientações bulowianas acerca do processo como instrumento à disposição da jurisdição, isso porque, ainda nas palavras dos referidos autores, “*a teoria da instrumentalidade fizera sentir no gradativo movimento de entronização do Judiciário como o ‘guardião das promessas’ em épocas (como a atual) de crise de legitimidade dos demais poderes públicos*”²¹⁰.

Ao assumir uma série de atribuições, abre-se espaço para que o juiz atue de modo decisivo a alcançar metas previamente definidas, independentemente do diálogo travado entre os sujeitos do processo. Trata-se, em última análise, de um agir solitário do juiz, responsável pela captação de valores de uma sociedade plural²¹¹, na esteira da teoria da instrumentalidade.

Dierle José Coelho Nunes enfatiza a necessidade de abandono completo da teoria da relação jurídica que subordina as partes ao juiz. Isto porque os adeptos dessa teoria acreditam que o juiz deve funcionar como um condutor entre as necessidades da sociedade e o texto normativo, atuando de forma isolada na percepção do bem comum. A acolhida dessa forma de pensar o processo sob o prisma de metas, na visão do mencionado autor, “*conduz, em alguns casos, a uma ‘nefasta atuação protetora do*

²⁰⁹ CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198.

²¹⁰ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. **Decisão Penal no Estado Democrático à Luz da Hermenêutica Filosófica e do Modelo Constitucional de Processo**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.º 54, 2011, p. 82/83.

²¹¹ Resta, por assim dizer, inviável a busca por uma definição de bem comum numa sociedade marcada e consagrada pela pluralidade. A esse respeito, Dierle José Coelho Nunes alude que “*já se pode perceber que atualmente a credulidade na existência de um ethos concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, principalmente em um cenário de pluralismo de concepções de mundo, seria uma ilusão da realidade, pois em nossa sociedade percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca do standards de valores fundamentais, impedindo que um sujeito solitário possa encontrar por si mesmo os valores dessa comunidade*”. NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, edição especial, 2008, p. 25.

juiz', o que pode conduzi-lo, mesmo, a uma postura parcial, tanto que, até em sistemas processuais socialistas, que geraram parte dessas tendências, desaprovava-se”²¹².

A crítica feita à teoria da relação reside no fato de aniquilar por completo a possibilidade de participação dos sujeitos na construção da decisão judicial, já que o juiz se encontra investido do poder e dever de alcançar metas-extrajurídicas. Na visão de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Débora Carvalho Fioratto, a ideia de “*instrumentalismo reforça a atuação do juiz no processo, já que os escopos metajurídicos possibilitam ao juiz fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos, para além da argumentação das partes, reforçando o solipsismo*”²¹³.

Nesse sentido, a adoção da teoria da relação apresenta uma série de obstáculos para o desenvolvimento do processo penal democrático, pois não há que se falar em democraticidade no momento em que o juiz – previamente e figurando na condição de super-parte – deva perquirir objetivos, inclusive estranhos aos interesses das partes. Em razão desse agir solitário, o juiz se vê obrigado a identificar valores, surgindo então um problema ainda maior: como definir valores numa sociedade marcada pela pluralidade?

Mais uma vez, José Emílio Medauar Ommati é enfático ao dizer que a teoria disseminada por Dinamarco “*desconhece justamente o fato do pluralismo, ou seja, que a sociedade é complexa e plural e perpassada por grandes conflitos no que concerne aos valores e ao que seja vida boa*”, e ao se ignorar esse fator marcante das sociedades democráticas, “*revela-se a face do Estado Social e a inteira discricionariedade deixada ao Magistrado, já que a realização desses escopos não jurídicos do processo dependerá da atitude ética do juiz, que deverá escolher os valores em conflito*”²¹⁴.

Na qualidade de ser solitário, afigura-se como tarefa homérica estabelecer um ideal de vida boa no contexto de uma sociedade tão diversificada cultural, social e economicamente, como no caso da brasileira. Em última análise, a definição dos fins decorreria da ampla discricionariedade do julgador. Por se tratar de um ser humano, e não de um ser super-humano do Estado Social, naturalmente acabaria por eleger a proteção de bens e o alcance de fins de acordo com a sua formação moral e ética²¹⁵.

²¹² NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, edição especial, 2008, p. 24.

²¹³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p. 223.

²¹⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 180.

²¹⁵ Para maior compreensão da temática, conferir STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme**

Para além dessas questões, há outro dado fundamental: a falta de legitimidade. Ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário não goza de legitimação popular para agir. Na verdade, a sua legitimidade está fundada na intangibilidade dos direitos fundamentais, como explica Luigi Ferrajoli:

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría. (...) En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en *droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen. Este es el sentido de la frase «¡Hay jueces en Berlín!»²¹⁶

É dizer, o juiz absolutamente não atua em virtude do poder da maioria (política). O seu agir se encontra fundado na proteção e consagração dos direitos fundamentais dos indivíduos, ainda que isso, não raras vezes, possa contrariar a vontade de considerável parcela da sociedade. Essa característica contramajoritária do Judiciário é a que inclusive o distingue dos demais poderes (de maioria). Não existindo, portanto, legitimidade para o agir alicerçado na vontade popular, a realização de tarefas através do processo representa evidente tirania, produzindo direta violação ao princípio do contraditório (já que as partes, em caso de observância, gozariam do poder de influir no conteúdo da decisão que reflete diretamente sobre seus interesses²¹⁷). Representa, em primeira monta, uma face autoritária, incompatível com o Estado Democrático e Participativo.

Por outro lado, a sobrecarga de metas transferidas ao processo tem produzido um efeito colateral notável, pois na medida em que se avolumam as finalidades (realizações), distancia-se da sua tarefa primária, que é ser fundamentalmente

minha consciência? 5.^a ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015.

²¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley de más débil**, Editorial Trotta, 2004, p. 27.

²¹⁷ O respeito ao contraditório no processo penal, especialmente a possibilidade de influência, nas palavras de José Emílio Ommati, “permite que as partes recebam uma sentença, não construída unilateralmente pela clarividência do juiz, não dependente dos princípios ideológicos do juiz, não condicionada pela magnanimidade de fenômeno Magnaud, mas gerada na liberdade de participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo”. OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 180.

democrático. Assim, a teoria da relação se revela mais do que incompatível com o processo penal participativo, o qual busca sua legitimação justamente lastreada na possibilidade dos sujeitos influírem diretamente na construção do provimento jurisdicional. Seguir aceitando, sem nenhuma reflexão crítica, a atribuição de metas ao processo penal, equivale a torná-lo obsoleto do ponto de vista dos sujeitos envolvidos e interessados no desfecho do procedimento penal em contraditório.

4.2 O lugar da verdade no processo penal

O lugar da verdade no campo do processo penal é um tema que ainda enseja muito debate acadêmico e jurídico. Na perspectiva do senso comum retórico, animado por uma legislação processual penal com vestes inquisitória, o acesso à verdade real pelo juiz não é uma questão apenas de possibilidade – como se até isso fosse possível – é um dever, uma tarefa. Essa disposição em perseguir a *verdade real*, assim como a encampação da teoria da relação, produz efeitos indesejáveis para a consecução do processo penal democrático. E uma vez afetando diretamente as estruturas do procedimento penal pautado pelo contraditório, o indivíduo é o maior prejudicado por essa obsessão.

Embora sucedida por algumas mudanças, a estrutura do art. 156 e seus incisos (do Código de Processo Penal) permanece alicerçada em solo inquisitório, autorizando-se a produção de provas, de ofício, pelo juiz “*mesmo antes de iniciada a ação penal*” ou “*no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante*”²¹⁸.

Por força dessa disposição, a qual colide frontalmente com o processo acusatório, cuja gestão da prova se encontra concentrada nas mãos das partes, há quem sustente que “*o princípio da verdade real autoriza o juiz a determinar, de ofício, diligências necessárias para dirimir dúvidas sobre ponto relevante*”, pois “*o juiz exerce um dever (de buscar a verdade dos fatos)*”²¹⁹.

Nessa mesma perspectiva, Júlio Fabbrini Mirabete sustentava, antes mesmo da reforma ocorrida em 2008, a “*possibilidade de o juiz, de ofício perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo das incertezas no processo penal e facilita a busca da verdade real*”, na medida em que “*o processo penal, ao contrário do civil, não*

²¹⁸ Alteração legislativa operada pela Lei Federal n.º 11.690/2008.

²¹⁹ JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal**. 24.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186.

transige com essa busca da verdade real. O juiz pode assim determinar, à revelia das partes, a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução”²²⁰.

Para justificar a produção da prova pelo juiz, isso logo após a alteração havida em 2008, Edilson Mougenot Bonfim argumenta que o juiz não pode se quedar inerte diante de situações de injustiça, daí surgindo autorização legítima para que produza a prova suficiente para afastar a dúvida sobre ponto relevante:

[...] o juiz não pode, de ordinário, ser transformado em investigador ou acusador, produzindo, sem critérios e *sponte*, suas provas que são de incumbência das partes, por outro lado, não pode ser transformado em mero conviva de pedra, assistindo impávido a colossal injustiça, como espetáculo prenunciado de ineficácia do processo penal. É por tal que sua função, nesse terreno, deve-se pautar pela absoluta imparcialidade e excepcionalidade da medida, como, aliás, ressalva expressamente a aludida disposição legal. Transformada, pois, a excepcionalidade em regra, ou, em outras palavras, não atentando o magistrado aos requisitos legais, entendemos devam as provas ser consideradas ilícitas e desentranhadas, em face do disposto no art. 157, caput, do CPP²²¹.

Nota-se, assim, que respeitáveis e conhecidos doutrinadores do processo penal brasileiro entendem a busca da verdade real como um verdadeiro motor do processo, uma espécie de atividade fim do magistrado, de modo a reduzir as incertezas e atingir a realidade fática (de um dado passado, acabado e acessível, nessa dimensão).

Em razão disso, o artigo 156 da citada legislação processual ganha ainda mais força em detrimento dos comandos constitucionais (forjados no ambiente democrático), abrindo-se ampla possibilidade de o juiz influir diretamente no resultado do processo. Afinal, o juiz deve repelir de sua consciência a dúvida relevante que paire acerca dos fatos, daí surgindo outros dois problemas periféricos para além da imparcialidade: sendo a verdade, nessa perspectiva, algo acessível, qual juiz duvidará da realidade *reconstruída* através da prova que ele mesmo tenha ordenado? Em decorrência disso, seria possível dar concretude ao comando do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, que reconhece a dúvida como um parâmetro para o poder de decidir?

Antes, porém, que se pretenda qualquer tipo de resposta para tais questionamentos, é fundamental situar, mesmo que de forma sintetizada, o lugar da verdade no processo penal. Na visão greco-romana, a verdade estava localizada na

²²⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 284.

²²¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**, p. 351.

dimensão do que era dito/pensado. Em Friedrich Nietzsche, a verdade não passava de uma ilusão. Para os pragmáticos, como Richard Rorty, a verdade se limitava a um simples desejo. Já em Jurgen Habermas, a verdade foi tratada como consenso²²².

Trata-se, por assim dizer, de uma temática filosófica e epistêmica aberta, a qual permite inúmeras reflexões. Isso, todavia, não deve constituir um óbice para deixar de buscar a reconstrução histórica do fato objeto da investigação/apuração. Ao contrário, o ponto de largada é a exata compreensão de que o homem é incapaz de acessar a verdade (situada no todo, um dado completo, passado e acabado), mas tão somente perceber/apreender partes dos reflexos produzidos por esse dado (fato) histórico, em algumas circunstâncias, definido como supostamente delituoso.

Nesse contexto, Luigi Ferrajoli defende a impossibilidade de estabelecer um critério seguro para acessar a verdade de forma absoluta, na medida em que ela representa um ideal inalcançável. Justamente por isso que, nas palavras do mencionado autor, *“asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnolístico vulgar”*²²³.

Para Aury Lopes Jr., verdade absoluta, real, precisa, inquestionável é intolerância. Ela somente encontra amparo na lógica inquisitorial surgida no seio da Igreja Católica na era medieval. Vale dizer, *“o mundo do processo é o mundo da instabilidade, de modo que não há que se falar em juízos de segurança, certeza, estabilidade quando se está tratando com o mundo da realidade, a qual possui riscos que lhe são inerentes”*²²⁴.

No mesmo sentido, Rubens Casara defende que *“a verdade, como correspondência, é conceito ideal; portanto, inalcançável no mundo-da-vida, locus em que pode o conhecimento é parcial”*²²⁵. Muito em função dessa limitação histórica, filosófica, cognitiva, humana etc., de acessar a verdade de um fato (acabado) em todas as suas dimensões, é que Salah Khaled Jr., ao tratar da ambição pela verdade real no processo penal, taxou como sendo uma característica do senso comum teórico, por se

²²² CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 172/173.

²²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52.

²²⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203/204. Inserido no contexto dessa mesma discussão, Lenio Luiz Streck, de forma contundente, afirma que *“o direito não é (e não pode ser) aquilo que o interprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”*. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5.^a ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015, p. 25.

²²⁵ CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179.

tratar de argumentação rasteira, leviana e que não resiste ao menor contato com a filosofia²²⁶.

Vê-se, portanto, que o problema não se desfaz com o abandono da verdade, mas sim diante da exata compreensão de que é impossível “buscar” uma verdade real. Nessa linha, há a definição de Rubens Casara, o qual estabelece que a “*verdade aproximativa entende-se, mais precisamente, o resultado que se pode alcançar através do processo, respeitados os limites ético-legais*”²²⁷.

Estabelecido o lugar da verdade, a imparcialidade do juiz é algo que se perde quando se almeja, alucinadamente, acessar a verdade (real) conferindo poderes instrutórios ao juiz. Na observação feita por Aury Lopes Jr., “*sempre que se atribuem poderes ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade*”²²⁸.

A abertura de espaço para que o juiz influa diretamente sobre o resultado do processo, tanto que pode(rá) ordenar diligência na fase investigatória ou até mesmo antes da prolação de sentença, acaba por gerar aquilo que Franco Cordeiro denominou como sendo quadros mentais paranoicos (*quadri mentali paranoidi*). Para Aury Lopes Jr., “*isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)*”²²⁹.

O juiz que se dispõe a buscar a prova tem o mínimo de segurança acerca daquilo que vai ou imagina encontrar²³⁰. E justamente em virtude dessa expectativa produzida

²²⁶ KHALED JR., Salah. **Justiça Social e Sistema Penal**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b, p. 126.

²²⁷ CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179.

²²⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 173.

²²⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172.

²³⁰ Ao tratar da incidência do princípio da proporcionalidade como revelador de falsos princípios da órbita do processo penal, há que se sustentar que “*A complexidade da criação do pensamento que recorre à verdade real para impulsar a função decisória provém do fato de que a mens legis que concebeu tal instituto, no contexto da criação do dispositivo legal que o respalda (art. 156, II, do Código de Processo Penal de 1941), o fez com o fito de solapar eventuais dúvidas da consciência do magistrado, que tinha a legítima e escorreita intenção de fazer a justiça acontecer com suas decisões, seja para dirimir eventuais “vãos” nas narrativas apresentadas, seja para imiscuir-se de decidir sem ter acesso a prova imprescindível à boa resolução do caso, sendo que, atualmente, o “princípio” da verdade real é largamente instrumentalizado no contexto do processo penal para a recriação de fato que na realidade apenas servirá para que o juiz extravase seus preconceitos nos autos, agindo sob o primado da hipótese sobre o fato, apenas buscando provas materiais para confirmar o que já decidiu em sua consciência*”. FONSECA, Eduardo Samoel; CORRÊA, Marcio Valentim. O princípio da proporcionalidade – ainda e sempre que necessário – também como revelador de falsos princípios processuais penais. In: **Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã: novos**

(hipótese) é que a sua imparcialidade resta comprometida diante dos fatos. Vale dizer, pouco crível que o juiz duvide da realidade que ele mesmo tenha influído diretamente para sua (re)construção. O compromisso assumido em alcançar a verdade, elimina, por assim dizer, qualquer possibilidade de se estabelecer um diálogo marcado pela contraditoriedade entre as partes, aflorando a figura absoluta do juiz interessado e munido de poderes para agir, em nome da verdade.

Nota-se, portanto, que conferir poderes instrutórios aquele que tem o dever de se manter distante e desinteressado no resultado da disputa travada em procedimento contraditório é eliminar por completo a esperança de imparcialidade, o que é característica elementar do processo penal de estética democrática.

Os reflexos apontados como periféricos, porém não de importância menor para o processo penal acusatório, decorrem justamente por força do esvaziamento de comandos constitucionais. Para os mais desavisados que defendem os poderes instrutórios do juiz fundado no argumento de beneficiar o acusado da prática delitiva ou para não fazer do juiz um *conviva de pedras* frente às injustiças produzidas perante os seus olhos, de há muito o direito pátrio consagra o princípio do *in dubio pro reo*. Isto é, havendo dúvida quanto à culpabilidade do acusado, a absolvição deve ser prontamente declarada pelo magistrado sentenciante, o que está previsto no art. 386, VI, do diploma processual penal.

Mesmo que se pretenda falar em conflito aparente de normas de igual hierarquia, os art. 156 e seus respectivos incisos (princípio da verdade real) e 386, VI (princípio do *in dubio pro reo*), ambos do Código de Processo Penal, a incidência do princípio da proporcionalidade revela, através da sua função de dupla dimensionalidade²³¹, que não há espaço para prevalência do princípio inquisitório da verdade real, pois não é interesse de nenhum indivíduo – e muitos menos da sociedade – a existência de um juiz comprometido com o resultado do processo.

Assim, como bem observado por Lenio Streck, por força de seus estudos tratando do solipsismo, “o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no

caminhos e desafios. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 176.

²³¹ A dupla dimensionalidade, característica marcante do princípio da proporcionalidade, reforça a necessidade de que os princípios, por excelência, devem atender uma finalidade “*subjetiva (indivíduo particularmente afetado pelos provimentos jurisdicionais) e objetiva (ultrapassa o sujeito e interessa à esfera coletiva)*”. FONSECA, Eduardo Samoel; CORRÊA, Marcio Valentim. O princípio da proporcionalidade – ainda e sempre que necessário – também como revelador de falsos princípios processuais penais. In: **Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã: novos caminhos e desafios.** 1.ª ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 176.

*próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência)”*²³². Em outras palavras, a realidade não pode ser reduzida à visão limitada do juiz, que apesar das atribuições e metas assumidas, conserva a condição limitada de ser humano – com todos os seus desejos, fraquezas e qualidades.

4.3 (Re)discutindo o(s) escopo(s) do processo penal no Estado Democrático de Direito

*[...] o método dialético é o único que rejeita as hipóteses para atingir diretamente o princípio e consolidar suas conclusões, e que puxa brandamente o olho da alma do lamaçal bárbaro em que vivia atolado, a fim de dirigi-lo para cima, empregando para essa conversão as mencionadas, como auxiliares e cooperadoras. (A República, Platão)*²³³.

Antes de seguir adiante com a conclusão do presente estudo, faz-se importante recobrar a consciência acerca de alguns pontos fundamentais. Nesse aspecto, restou claro que é impossível pensar o direito (e o seu exercício na atualidade) fora ambiente democrático – ainda que se tenha que conviver com a árdua tarefa de traçar limites mutáveis para o exercício das liberdades, pois a característica firme do Estado Democrático de Direito é ser inacabado, imperfeito, animando-se de acordo as lutas e novas conquistas pelos indivíduos. Em decorrência disso, vimos que somente é possível falar em democracia por força da participação direta do povo nas decisões que repercutem na vida dos cidadãos, obtendo-se, assim, o máximo de legitimidade.

Ao contrário dos que adotam a teoria da relação como trunfo para atribuição de metas, ousa-se pensar o processo penal voltado à consecução de uma única finalidade: *ser democrático*. E o ser democrático transcorre não de uma retórica ingênua e rasteira, mas fundamentalmente dos mandamentos e orientações extraídas da Constituição Federal de 1988, no sentido da consideração e respeito ao ser humano (dignidade da pessoa humana), da participação ativa do indivíduo no que diga respeito aos seus interesses e da coletividade (cidadania), no máximo respeito e proteção aos direitos civis (liberdades individuais), na limitação da interferência do Estado na vida do indivíduo (devido processo legal) etc.

²³² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5.^a ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015, p. 19.

²³³ PLATÃO. **A República**. 4.^a ed. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, tradução Carlos Alberto Nunes, 2016, p. 623.

Nesse panorama, toda e qualquer ação do Estado/Juiz tendente a reduzir, suprimir ou limitar direito(s) deve necessariamente ser precedida de justificação e através do respeito máximo ao devido processo legal, pois na medida em que o Poder Judiciário não goza de nenhuma legitimidade aportada na vontade da maioria (política), deve permitir, estimular e criar condições para que o indivíduo – cujos interesses individuais possam sofrer mitigações – participe e tenha condições de influir diretamente na construção do resultado, conferindo-lhe o máximo de legitimidade. Vale dizer, a decisão judicial que ignora as razões apresentadas pelos sujeitos do processo (procedimento em contraditório) é autoritária, logo ilegítima.

Para que se atinja esse único fim, torna-se pertinente entender que a teoria apresentada por Elio Fazzalari se ajusta perfeitamente ao modelo processual penal acusatório, marcado pela dialogicidade entre os protagonistas (partes). Justamente por esse motivo que José Emílio Medauar Ommati, ao consagrar direitos fundamentais, diz que *“a finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, na preparação de um provimento que irá produzir efeito na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença”*²³⁴.

Assim, o resultado do processo passa a ser uma não surpresa dentro da estrutura dialética, pois os sujeitos que interagem em posições contrárias (contraditores) são dotados de conhecimento de todo o alegado no decorrer da marcha processual, tudo a permitir o máximo de influência (de acordo com o interesse de cada um) no resultado final. Em outras palavras, elimina-se por completo a possibilidade (discrecionabilidade) de o órgão julgador, a pretexto de realização de tarefas extrajudiciais (tais como, pacificação, preservação da economia, segurança etc.), engessar o protagonismo reservado (e esperado) das partes, inclusive decidindo de modo diverso do quanto é produzido, em evidente atuar solipsista.

Em decorrência disso, (re)aloca-se a posição do juiz na condição de árbitro, terceiro imparcial responsável pela preservação da intangibilidade dos direitos fundamentais. E essa mudança, na esteira da posição adotada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, requer o *“afastamento do juiz da gestão da prova, o que força um rearranjo dos lugares processuais, começando por aquele do próprio juiz”*²³⁵. Por força

²³⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 180.

²³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1), p. 80.

desse deslocamento democrático, o Ministério Público passa a exercer verdadeira função de parte, interessada no resultado final e responsável exclusivo em provar a tese acusatória.

Apesar da prova ter como finalidade precípua servir como lastro à decisão final (sentença) do órgão julgador, a sua gestão é tarefa exclusiva das partes. E como tal, elide qualquer possibilidade do magistrado sair à sua busca amparada na invocação de uma pretensa descoberta da verdade real/absoluta/inquisitória, superada pela simples aproximação filosófica e epistêmica. E nem se diga que a permanência de uma dúvida possa gerar prejuízos para o acusado no processo penal. Para esse tipo de situação, o direito pátrio há muito consagra o princípio do *in dubio pro reo*, inclusive devidamente previsto no âmbito da legislação processual penal vigente (art. 386, inciso VI). Isto é, faz-se necessário aprender a conviver com a dúvida. É uma questão de democracia²³⁶.

Por outro lado, exalta-se a tarefa do órgão jurisdicional, pois no lugar de assumir a árdua tarefa de combater a criminalidade – o que deve ser entendido como competência exclusiva dos órgãos de polícia, ministério público e órgãos de segurança – e, a um só tempo, manter-se imparcial (algo absolutamente impossível para o ser humano dotado de paixões), acaba por afastar-se do dever de intangibilidade dos direitos fundamentais. Uma atuação do juiz de todo essencial para a democracia e o Estado de Direito.

Não obstante a forma clara como os princípios foram articulados na Constituição da República, torna-se mister a mudança de mentalidade por meio da (re)discussão das bases teóricas do processo penal, de modo a tornar possível a concretização dos valores consagrados há mais de três décadas na Carta Maior. É sabido que não se trata de tarefa simples a superação da cultura inquisitória. Todavia, esse passo é fundamental para a pavimentação de um horizonte que garanta a efetivação de um processo penal democrático.

Traçando um paralelo com as preciosas reflexões de James Goldschmidt, pode-se dizer que o processo penal acusatório brasileiro, por força das disposições constitucionais, confirma e sustenta a existência de um Estado Democrático de Direito, com a distribuição da responsabilidade a cada um dos sujeitos por cada uma das impreteríveis funções (julgador, acusador e acusado) desempenhadas.

²³⁶ FONSECA, Eduardo Samoel; CORRÊA, Marcio, Valentim. O princípio da proporcionalidade – ainda e sempre que necessário – também como revelador de falsos princípios processuais penais. In: **Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã: novos caminhos e desafios**. 1.^a ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 181.

Portanto, o processo penal democrático é o único que rejeita previamente todas as hipóteses estabelecidas acerca do fato em apuração, eliminando-se a criação de juízes paranoicos, precipitados e obcecados pela verdade absoluta, de sorte que os sujeitos possivelmente afetados pelo resultado final (sentença) possam influir e participar diretamente – na condição de interessados e a partir de uma estrutura dialética processual – da construção do provimento jurisdicional, conferindo-lhe o máximo de legitimidade.

5 CONCLUSÃO

Na atualidade, o Processo Penal não pode ser pensado enquanto um simples caminho para a imposição da pena. É ele, antes de qualquer olhar rasteiro, o reflexo do sistema político estabelecido por uma nação. No panorama brasileiro, o Processo Penal acusatório é o único compatível com a opção política (democrática) formulada pelo constituinte originário de 1988.

Nesse panorama, ser acusatório – de acordo com opção democrática adotada – significa que as partes detêm o poder de influir diretamente na construção do provimento jurisdicional (sentença), conferindo-lhe, assim, o máximo de legitimidade via participação. Ou seja, o(s) sujeito(s) se reconhece(m) diante da produção do(s) ato(s) pautado(s) pela dialogicidade, pois a conclusão final é fruto do que fora debatido ao longo da marcha processual, marcado pelo debate em contraditório, com respeito à ampla defesa e observância do dever de fundamentação exercido pelo julgador, o terceiro imparcial.

É dizer, o Processo Penal democrático não compactua com a atuação isolada do juiz responsável por capitanear valores singulares em uma sociedade marcada fundamentalmente pelo pluralismo social, político, religioso, educacional etc. A tarefa do julgador não é funcionar como super-parte(s) e dotado de uma consciência solipsista, mas sim assegurar o tratamento isonômico entre os protagonistas da cena processual. Nessa linha de raciocínio, o seu grande mister é agir como verdadeiro garantidor da intangibilidade dos direitos fundamentais das partes.

Em razão disso, o Ministério Público acaba por exercer os ônus definidos pela própria Constituição Federal, tais como dar início à persecução penal, provar aquilo que alega e seguir com a sua formulação inicial até a resolução do processo ou do inquérito em fase extrajudicial, tudo no sentido de confirmar a divisão de tarefas e atribuições do processo penal democrático. Em virtude da atuação do órgão de acusação, o indivíduo é chamado ao procedimento marcado pelo contraditório a responder, com simetria de possibilidades, tudo que entender conveniente para refutar a tese acusatória e, consequentemente, preservar incautos sua liberdade e seus direitos.

Por força da implementação do procedimento em contraditório, a decisão final emitida pelo Poder Judiciário passa a ser dotada de legitimidade, já que as partes se reconhecem diante do provimento jurisdicional, o qual é levado a conhecimento dos contraditores com todos os motivos e fundamentos que ensejaram tal conclusão.

O acolhimento dessa sistemática decorre da teoria do Processo Penal de Elio Fazzalari, no sentido de que os atos do processo devem ser realizados pelos contraditores (órgão de acusação e indivíduo) em simétrica condição de forças, o que é plenamente compatível com a Constituição Federal do Brasil, a qual consagra participação democrática em tudo que diga respeito e possa, eventualmente, afetar interesses dos indivíduos. Trata-se, assim, de verdadeira efetivação do sistema acusatório, com divisão de tarefas, gestão da prova pelas partes, fundamentação da decisão judicial e imparcialidade do órgão julgador.

Por tudo que foi dito, entendemos que o único escopo do processo penal é ser democrático. E ser democrático é justamente respeitar a participação efetiva dos sujeitos na influência e construção da decisão jurisdicional. E ser democrático é, ainda, afastar por completo qualquer conclusão que represente um monólogo do órgão julgador. É, por fim, reconhecer a dignidade do indivíduo – conferindo-lhe todas as condições para o seu justo exercício – em face do Estado.

É verdade que a construção democrática do provimento jurisdicional pode, eventualmente atingir outros escopos que venham interessar a sociedade como um todo (econômicos, sociais, políticos, educacionais etc.), por ser decorrência lógica da construção processual. Entretanto, é impossível atingir esses escopos secundários sem respeitar a finalidade essencial do processo (que é ser democrático) – algo logicamente (e constitucionalmente) inconcebível –, pois a consecução desses supostos fins aniquila por completo qualquer possibilidade de participação dos sujeitos em tudo que venha, potencialmente, afetar seus direitos e liberdade.

Para a consecução de um processo penal de cariz democrática, faz-se necessário a superação da ideia de sistema misto, pois inexiste fusão entre sistemas antagônicos, como o acusatório e o inquisitório. Na essência, o princípio que orienta o núcleo de qualquer sistema admite apenas uma matriz epistemológica, fugindo de uma lógica razoável qualquer argumentação contrária.

Além do mais, aceitar esse tipo de argumentação equivale a dizer que a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941 estão em mesmo patamar de igualdade, o que não é verdade por força do sistema hierárquico e escalonado do ordenamento normativo, até porque isso daria a falsa compreensão de que a Carta Magna inovou para manter tudo como sempre esteve, nos termos da ótica inquisitória.

Nem mesmo a inexistência de uma legislação processual penal compatível com a Constituição Federal serviria de motivo para não observância do sistema acusatório, já que há clara consagração de valores democráticos extraídos da Lei Maior, tais como contraditório (art. 5º, LV), ampla defesa (art. 5º, LV), devida fundamentação (art. 93, IX), titularidade da ação penal pública (art. 129, I), publicidade (art. 5º, LX), presunção da inocência (art. 5º, LVII) e devido processo legal (art. 5º, LIV). Porém, a edição de norma infraconstitucional que respeite a posição traçada pelo Texto Maior serviria para afastar de uma vez por todas o espectro inquisitório que acompanha a história do processo penal brasileiro, aclarando que o protagonismo e a gestão da prova são atribuições das partes, restando como tarefa do órgão julgador a preservação de legalidade dos atos produzidos pelos contraditores do processo.

Superar essa visão atrasada de processo penal como instrumento de enfrentamento da criminalidade (e de outros escopos extrajudiciais) não é tarefa simples – até porque a cultura inquisitória acaba por afrontar a Lei Fundamental, produzindo impactos efetivamente negativos no cotidiano do processo penal brasileiro –, mas é tarefa essencial de todos que acreditam na opção (política) democrática.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Instituto Piaget: Lisboa, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 13.^a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume Comemorativo, n.º. 75, 2003.

_____. Princípios Fundamentais. In: **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4.^a ed. Coimbra: Editora Revista dos Tribunais, vol. I, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade da Constituição. In: **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Canotilho**, Malheiros, 2006.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo**. 2.^a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. (Org.) Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1).

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, 2010. p.228-260. ISSN 1982-7636. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23088/16444> > Acesso em 28 out. 2018.

DÍAZ, Elías. **Curso de Filosofia del Derecho**, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1988.

EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco de. **Manual dos Inquisidores**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993, p. 11.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley de más débil**. Editorial Trotta, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6.^a ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 37.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Eduardo Samoel; CORRÊA, Marcio Valentim. O princípio da proporcionalidade – ainda e sempre que necessário – também como revelador de falsos princípios processuais penais. In **Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição Cidadã: novos caminhos e desafios**. 1^a ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____. **Verdade real tem servido como uma espécie de curinga no jogo processual**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-16/eduardo-samoel-verdade-real-usada-curinga-jogo-processual>> Acesso em 05 set. 2018.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal**. 24.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. **Sistemas Processuais Penais**. 1^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires: 1961.

GOYARDE-FRABRE, Simone. **O que é Democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 7.^a ed. São Paulo: SRS Editora, 2017.

KHALED JUNIOR, Salah H. **O Sistema processual penal brasileiro: acusatório**,

inquisitório ou misto? Civitas, Porto Alegre, v. 10, n. 2, 2010. p. 293-308. Disponível em < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513> > Acesso em 08 jun. 2018.

_____. **Discurso de ódio e sistema penal.** 1.^a ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2016a.

_____. **Justiça Social e Sistema Penal.** 1.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo Penal: introdução crítica.** 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Sistemas Processuais Penais: ainda precisamos falar a respeito? In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processuais Penais.** 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus.** 1.^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución.** 9.^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 1.^a ed., vol. I, Campinas, Bookseller, 1988.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2.^a ed. Campinas: Millennium, 2003.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. **Decisão Penal no Estado Democrático à Luz da Hermenêutica Filosófica e do Modelo Constitucional de Processo.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.º 54, 2011. p. 75-87. ISSN 2236-7284. Disponível em < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30730/19843> > Acesso em 13 mai 2018.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito.** 3.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 17.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Manual de direito constitucional,** tomo IV. 5.^a ed. Coimbra, 2014.

NASSIF, Aramis. Sistema Processual Brasileiro: a nostalgia autoritária. In PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr.** 2.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 6.^a ed.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do Processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas – Edição Especial, Pouso Alegre, 2008. p.13-29. Disponível em <
<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e6e2f27a187cdf92f1b8300b4dc8a8a4.pdf>>
 Acesso em 20 jul. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**, 3.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PLATÃO. **A República**. 4.^a ed. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará, tradução Carlos Alberto Nunes, 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Porto, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. Fundamentação Constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 11, nº 2, 2006.

_____; STAFFEN, Márcio Ricardo. **A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Revista da UniBrasil-Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba, vol. 8, nº 8, 2010. p.101-111. ISSN 1982-0496. Disponível em <
<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/20/19>> Acesso em 13 ago. 2018.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. 1.^a ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**, São Paulo: Alameda, 2016.

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.) **Direito e Democracia – Um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. À guisa de apresentação. In: **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Tratado Temático de Processo Penal**, 1.^a ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do Direito Penal: organização sistêmica**. São Paulo: Tese de doutorado defendida em 2009 à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na sub-área de Direito Processual Penal.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5.^a ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2015.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIDAL-NAQUET, Pierre. **Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio**, tradução Jônatas Batista Neto, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renan, 2007.