

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Felipe de Almeida Andreassi

**O JUIZ PROTAGONISTA COMO FORMA DE PRESENÇA DO SISTEMA
INQUISITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: uma análise do
autoritarismo pós constituição federal de 1988 e a importância do juiz das
garantias**

São Paulo

2021

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Felipe de Almeida Andreassi

**O JUIZ PROTAGONISTA COMO FORMA DE PRESENÇA DO SISTEMA
INQUISITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: uma análise do
autoritarismo pós constituição federal de 1988 e a importância do juiz das
garantias**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie do
Estado de São Paulo como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Madeira Dezem

São Paulo

2021

Felipe de Almeida Andreassi

**O JUIZ PROTAGONISTA COMO FORMA DE PRESENÇA DO SISTEMA
INQUISITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: uma análise do
autoritarismo pós constituição federal de 1988 e a importância do juiz das
garantias**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie do
Estado de São Paulo como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Guilherme Madeira Dezem
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Mariângela Lopes
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Orly Kibrit
Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são dirigidos, em primeira mão, àqueles que tornaram tudo isso possível durante todos os semestres da graduação. Em primeiro lugar, certamente, a Deus e à vida pela oportunidade de aqui estar para escrever mais um capítulo da minha história que está sendo construída.

Aos meus pais, Patricia Helena de Almeida e Romeu Eduardo Andreassi, por todo apoio, esforço e amor até aqui, desde minha aprovação no Mackenzie, em 2016, até o presente momento e futuro; sem vocês, nada disso teria sido possível. Obrigado por me fazerem uma pessoa forte, determinada, bondosa e sonhadora. Certamente, os maiores ensinamentos que um filho pode ter. Os dedico.

Aos meus familiares em geral que, de certo modo, me mostraram o caminho do Direito e da importância de nunca deixar de estudar e seguir os nossos sonhos. Conhecimento nunca é demais. Ao meu avô, Orlando de Almeida, por me mostrar o duro caminho do trabalho, nunca permitindo que isso fosse um empecilho para ser feliz e batalhador.

Aos meus amigos em geral, dos colégios, cursinho e faculdade, por me apoiarem e se fazerem presentes nos melhores momentos da minha vida, celebrando, colecionando histórias e, nos momentos difíceis, me apoiando e estando ao meu lado, compartilhando aprendizados, vivências e ombro-amigo. Em especial, seis pessoas: Filipe Faria de Moraes, Eduardo Rosa Ros, Júlio Cezar do Nascimento Custódio, Francisco Martini D'Alessandro, Leonardo Castro e Marília Moral Perino. Todos, sem sombra de dúvidas, foram e são de extrema importância para mim. Quero deixar aqui o meu muito obrigado.

Ao Comando Mackenzista, pelos amigos, ensinamentos e momentos de muita história e união. Somos família.

Ao Cruzeiro Esporte Clube, minha maior paixão, por tudo o que representa em minha vida.

E, finalmente, ao escritório Moraes Pitombo Advogados, por todos os dias me mostrar o quão fundamental é o nosso papel na atuação em prol dos direitos dos indivíduos, fazendo isso sempre com muita paixão e dedicação pelas causas e pelo estudo do Direito Penal.

*“And if my thoughts had wings
I’d be the bird that sings
I’d fly where love isn’t shy
And ev’ryone is willing to try”
(Supertramp – Easy Does It)*

RESUMO

O presente trabalho visa analisar, de forma acentuada e crítica, a atuação do juiz como protagonista durante o curso do processo penal. À medida em que se trata de um resquício inquisitório do nosso Código, o qual teve como inspiração o *Codice Rocco*, é possível observar uma série de problemáticas quanto à aplicação do devido processo legal, bem como, da presença de ilegalidades em inquéritos policiais, instruções penais e execuções da pena quando se está diante de um juiz imparcial. Ao passo em que adotamos o sistema acusatório como regra, deixar de rever estas misérias processuais é uma prova de que a criminalidade continuará em um elevado número, assim como, que o objetivo mais parece encarcerar e punir, do que punir e reeducar. Desta forma, o juiz das garantias tem um importante papel para assegurar ainda mais as garantias fundamentais do investigado, de modo a evitar a continuidade de ilegalidades e a presença de juízes parciais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Inquisitório. Processo Penal. Codice Rocco. Juiz Protagonista. Imparcialidade. Juiz das Garantias. Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The object of the present thesis is to critically analyze the role of the judge as the protagonist during the course of criminal proceedings. While it is an inquisitorial remnant of our Code, which was inspired by Codice Rocco, there are a number of problems regarding the application of due process, as well as the presence of illegalities in police investigations, criminal instructions, and executions of the sentence, when one is before an impartial judge. As we adopt the accusatory system, as a rule, failing to review these procedural miseries is proof that the high crime rate will continue since the goal of the penal system seems to be more related to incarceration and punishment than to punishment and re-education. In this way, the guarantee judge has an important role to play in further ensuring the fundamental guarantees of the investigated in order to avoid the continuity of illegalities and the presence of partial judges.

KEYWORDS: Inquisitive System. Criminal Proceedings. Codice Rocco. Protagonist Judge. Impartiality. Judge of the Guarantees. Due Process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	SISTEMA INQUISITIVO-ACUSATÓRIO	10
2.1	PRIMÓRDIOS DA INQUISIÇÃO.....	10
2.2	AS RAÍZES DO AUTORITARISMO BRASILEIRO.....	14
2.3	AUTORITARISMO E PROCESSO PENAL.....	19
2.4	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ITALIANO DE 1930 (<i>CODICE ROCCO</i>)	23
2.5	INFLUÊNCIA DO FASCISMO NO ESTADO NOVO E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DE 1941	28
3	O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E SUA ESTRUTURA AUTORITÁRIA	34
3.1	TECNICISMO PROCESSUAL PENAL	34
3.2	O JUIZ PROTAGONISTA E A BUSCA PELA VERDADE REAL	35
3.3	A FIGURA DO JUIZ HERÓI.....	38
3.4	PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EMENDATIO LIBELLI.....	42
3.5	REFORMAS PARCIAIS E O PERÍODO DITATORIAL	44
4	AUTORITATISMO PROCESSUAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	49
4.1	CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DEMOCRACIA.....	49
4.2	CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	51
4.3	INSTRUMENTALIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	54
4.4	PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS DA REFORMA DE 2008	57
5	JUIZ DAS GARANTIAS	59
5.1	PROJETO DE LEI E NOÇÕES GERAIS	59
5.2	PAPEL DEMOCRÁTICO E SUAS FUNÇÕES	61
5.3	PREVENÇÃO E IMPEDIMENTOS	63
6	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Em 1941, sob a influência do Código de Processo Penal italiano de 1930, mais conhecido como *Codice Rocco*, introduziu-se, no Brasil, o nosso código de processo, o qual teve advento durante o Estado Novo, de Getúlio Vargas.

Com a inspiração no Código fascista, diversas problemáticas inquisitórias de seu texto foram inspiradoras para o Código brasileiro, dentre elas, a figura protagonista do julgador. Quanto a este, é possível equipará-lo ao juiz dos tempos da Santa Inquisição, o qual teria, também, como objetivo acusar o herege que atentasse contra a Igreja e o Estado. Entretanto, durante tal período, a tortura era usada como meio para se obter a confissão do pecador, o qual seria morto ou castigado como forma de purificação de sua alma.

Já no nosso Código, o Juiz tinha a função de julgar e, ativamente, atuava na forma acusatória em prol dos direitos do Estado, que era, para a época, a verdadeira vítima da sociedade criminosa. Defendia-se, portanto, que o magistrado buscasse incessantemente a verdade real dos fatos, quer produzindo provas, quer por meios ilegais, como a tortura, ou por livre convencimento do que tinha analisado.

Embora tenhamos passado por diversos períodos até então, fato é que os resquícios permaneceram ainda que com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a reforma do Código de Processo Penal, de 2008. Nesta toada, é comum vermos decisões, incluindo dos Tribunais Superiores, que vão de afronta à Carta Magna, e que, ao analisar profundamente, se conclui por uma decisão de certa forma protagonista e imparcial por parte do magistrado.

Fato é que a maior prova disso está no âmbito da Operação Lava Jato, a qual investiga lavagem de dinheiro envolvendo a Petrobrás. É notório estarmos diante de combatentes do crime por instintos políticos que, por vontades moralistas, julgaram e, em conluio, foram de afronta ao devido processo legal e aos princípios constitucionais.

Nesse sentido, por mais que caminemos em curtos passos para uma melhora, a presença de defensores destes heróis da nação se faz presente com uma certa naturalidade e em alto escalão. O crime jamais deixará de existir se o combatermos com outros crimes, ainda que por parte de membros do Estado que mostram uma necessária vingança por parte da sociedade.

Portanto, a figura do juiz das garantias virá como forma de se obter, ainda mais, uma imparcialidade do julgador, pois aquele que conduz a investigação criminal, com o intuito tão somente de assegurar a legalidade e as garantias do acusado, não será passível de fazer o mesmo com a instrução processual, evitando-se, muitas vezes, vícios processuais, atuações protagonistas e quebra do devido processo.

Seguir a Constituição e o devido processo penal é dever daqueles que se comprometeram com a justiça, devendo deixar de lado suas motivações pessoais, atuando, tão somente, em prol do justo julgamento. Punir não é sinônimo de educar; e não é punindo de forma ilegal e cada vez mais que conseguiremos combater a criminalidade.

2 SISTEMA INQUISITIVO-ACUSATÓRIO

2.1. PRIMÓRDIOS DA INQUISIÇÃO

Muito antes da mulher ser vista como bruxa, feiticeira, ou, até mesmo, inimiga de Deus, havia nas civilizações pré-históricas um endeusamento pela figura materna, ao passo em que essa era vista como “Deusa” ou “Grande Mãe”, constituindo uma imagem de ancestralidade, na qual sua figura desempenhava papéis fundamentais, sendo que, no âmbito familiar, o principal pertencia a ela.

Tal admiração vinha não só na representação de fertilidade, educacional etc., mas também, por representar a Terra na forma humana, o que gerava enorme repercussão nas religiões pagãs – como, por exemplo, Tiamat, na Mesopotâmia -, e, mais pra frente, na religião cristã, através da Virgem Maria¹.

Nestes tempos, era comum que a mulher detivesse o papel central da tribo, de forma que o homem se sentia marginalizado, com inveja da figura materna – mais precisamente, uma “inveja do útero” (*Womb Envy*), utilizando-se do conceito da psicanalista Karen Horney².

Todavia, a mudança na ideia de superioridade materna se deu, inicialmente, por meio de Génesis, o qual menciona a existência de um “Deus”, masculino, e não uma “Deusa”. Dessa forma, o Cristianismo introduziu algumas mudanças significativas acerca da figura central de veneração, passando-se a contestar o endeusamento à figura materna, ao passo em que a figura central era masculina. Com isso, tais mudanças acarretaram, também, em punições aos que discordavam, por meio das práticas inquisitórias³.

É possível que a ideia de bruxa tenha se iniciado através de Eva. Conforme citado por José Filipe Silva⁴, as Sagradas Escrituras traziam em seu texto a provocação a Adão, a queda do Paraíso e a conseqüente condenação de toda a humanidade (pecadora).

¹ SILVA, José Filipe P. M. **Santa Inquisição: sistema e racionalidade**. Workshop de Estudos Medievais da Universidade do Porto. Portugal: Universidade do Porto, 2015. p.82. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/14109.pdf>. Acesso: 13 ag. 2020.

² HORNEY, Karen. **Neurose e Desenvolvimento Humano**. São Paulo: Editora Civilização Brasileira S. A., 1959. In ibidem, p. 92.

³ SILVA, José Filipe P. M. Op. Cit. p. 85. (Citando a Bíblia Sagrada).

⁴ Ibidem, p. 86.

Se as Sagradas Escrituras trazem o homem como a “cabeça central”, como poderia uma mulher ser considerada “Deusa”? O autor traz o possível envolvimento de Eva em relações incestuosas, devendo, segundo S. Paulo, censurar tais práticas, inclusive, com a morte da carne. O intuito de tais falas remete à visão da mulher como “segundo sexo”, pois teria vindo da costela do homem⁵.

Seguindo essa lógica, possivelmente contestava-se como a mulher, sendo o segundo sexo, pode ser dona de si, independente, se deve sujeitar-se ao homem, pois foi criada para ele? Por meio disso, passou-se a enxergar a figura da bruxa que, nas palavras de Paola Zordan⁶, possui uma ambiguidade, podendo ser tanto aquela jovem sedutora com diversos pretendentes, como também, a assustadora anciã, que se trata de uma viúva solitária aparentada com a morte.

Ainda, a autora traz um importante ponto: o modo como a mulher “bruxa” é posta. Em seu artigo “Bruxas: figuras de poder”, Paola menciona a expressão de poder por parte da figura feminina. Segundo o artigo, “toda expressão de poder por parte de mulheres desembocava em punição”⁷ é a partir daí que começa a inquisição.

Durante a civilização ocidental patriarcal, “a bruxa era o expurgo de todos os males atribuídos ao feminino, começando com o pecado original e a desobediência da ‘primeira mulher’”⁸. Tal questão está intrinsicamente ligada, ainda segundo a autora, na “disputa” materna pelo poder do universo, não podendo vir a ser uma adversária da divindade masculina central, nem mesmo podendo curar certos fenômenos sobrenaturais do corpo - a mulher como curandeira, “Grande Mãe” -, pois eram postos como pactos demoníacos⁹.

Sendo assim, por se tratar de desobediência, a mulher, “bruxa”, em conjunto com os magos, os falsos profetas etc., deveriam ser punidos pelo Poder Central (Estado e Igreja), de maneira que a inquisição começará já no Antigo Testamento. Foi durante o papado de Inocêncio III (1198- 1216) que se estabeleceu a pena de morte

⁵ SILVA, José Filipe P. M. **Santa Inquisição: sistema e racionalidade**. Workshop de Estudos Medievais da Universidade do Porto. Portugal: Universidade do Porto, 2015. p.82. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/14109.pdf>. Acesso: 13 ag. 2020.

⁶ ZORDAN, Paola Basso Menna Barreto Gomes. **Bruxas: figuras de poder**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 331-341, agosto 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

aos hereges. Não só a pena de morte; os hereges eram punidos de acordo com os crimes cometidos¹⁰.

O julgamento começava com a acusação de um possível herege - naquela época, uma simples acusação gerava comoção de culpa - perante um Juiz, na qual alguém se propunha a provar a heresia cometida, ou denúncia, por meio de um “garantismo” da culpa por aquele que acusou, ou pela inquisição, ao passo em que o Juiz se deslocava a certo lugar sob suspeita de existirem hereges¹¹.

Quanto à comoção de culpa, explica Tomás y Valiente que:

O processo é orientado para comprovar a veracidade de umas suspeitas iniciais. À margem de qualquer declaração de princípios, o funcionamento do processo inquisitorial parece dirigir-se a comprovar uma espécie de tácita presunção de culpabilidade daquele contra quem exista(m) indício(s) de conduta delituosa¹².

Não só isso. Conforme explica Lana Lima¹³, a falta de distinção entre a fase instrutória e a fase probatória era uma das peculiaridades que tornavam os tribunais mais temidos. Desde a averiguação da possível culpa, o acusado poderia, ou não, ser submetido à prisão preventiva, com ou sem sequestro de bens, tudo antes de uma acusação formal e concreta.

O grande destaque ao Tribunal de Santo Ofício, segundo o texto da autora, é a não diferenciação entre primeira e segunda fase do processo, já após a acusação, que corria em segredo até a sua conclusão. Se uma simples averiguação já presumia culpa e o processo corria em segredo, não poderíamos esperar menos do que a necessidade de “provar” que o réu era culpado. Havia diversos meios utilizados para

¹⁰ SILVA, José Filipe P. M. **Santa Inquisição: sistema e racionalidade**. Workshop de Estudos Medievais da Universidade do Porto. Portugal: Universidade do Porto, 2015. p. 82. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/14109.pdf>. Acesso: 13 ago. 2020.

¹¹ Ibidem. p. 91.

¹² TOMÁS Y VALIENTE, F. **Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado**. Nueva visión, nuevos horizontes / coord. por J. Pérez Villanueva, 1980, ISBN 84-323-0395-X, págs. 41-60. In: VILLANUEVA, J. (comp.). **La Inquisición Española. Nueva visión, nuevos horizontes**. Madrid: Siglo XXI España Editores, S.A, 1980 Apud LIMA, Lana Lage da Gama. **O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 13, p. 17-21, nov. 1999. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44781999000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 ago. 2020

¹³ LIMA, Lana Lage da Gama. **O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 13, p. 17-21, nov. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44781999000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 ago. 2020.

a confissão espontânea ou forçada de culpa; a pior delas, a tortura, rainha das provas¹⁴.

Torturava-se o herege para provar algo que, muitas vezes, não existia; ou o réu confessava por arrependimento, ou por dor e cansaço. Não tão distante, a tortura foi usada em diversos regimes do Século passado, dentre elas, pelo Regime Militar que assolou o país por 21 anos.

Durante o período ditatorial que culminou na queda de João Goulart, os militares, principalmente após o Ato Institucional nº 5, que fora promulgado no governo de Costa e Silva, utilizavam-se da tortura para obter confissões ou até mesmo pista de líderes estudantis e partidários que lutavam contra o atual governo.

Nesse período, era comum torturar por meio de pau-de-arara, cadeira do dragão, entre outros tipos, a fim de obter a declaração do subversivo. Já na inquisição, a confissão era tida como “salvação da alma”, detendo um peso muito maior do que outras justiças inquisitórias, podendo, até mesmo, ser levado à beira do fogo para que o réu confessasse¹⁵.

De certo modo, a pena pela falsa confissão era menos dolorosa que a pela tortura, ainda que inocente o réu. Nesse sentido, Tomás y Valiente¹⁶ traz a figura do juiz, que tinha uma inspiração na figura paterna e de sacerdote. Cabia ao inquisidor punir, consolar e “animar” os réus para que confessassem e pedissem perdão por seus pecados.

No mais, recomendava-se a obediência dos funcionários às ordens do inquisidor. Por trás disso, é possível perceber, como bem menciona Lana, que havia uma longa história de abusos de autoridade por parte dos ministros do Santo Ofício, de seus familiares etc. Nesse sentido, Ricardo Gloeckner, em seu livro “Autoritarismo e Processo Penal”, explica que o sistema inquisitório não pode ser explicado apenas pela separação das funções – acusar e julgar -, tendo em vista que as práticas punitivas não eram simétricas¹⁷.

¹⁴ LIMA, Lana Lage da Gama. **O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição**: o suspeito é o culpado. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 13, p. 17-21, nov. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44781999000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 ago. 2020.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ SANTO OFÍCIO. 1552. Regimento. In: BAIÃO, A. 1906. **A Inquisição em Portugal e no Brasil**. Lisboa: s/ed., cap. 26 apud LIMA, Lana Lage da Gama. Op. Cit.

¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 50.

2.2. AS RAÍZES DO AUTORITARISMO BRASILEIRO

Os abusos de autoridade e, propriamente, o autoritarismo, possuem diversas vertentes conceituais. Gloeckner traz alguns autores que explicam, de diferentes formas, o significado de autoritarismo. Para Diogo Malan¹⁸, podemos compreender o autoritarismo por três conjuntos distintos de fenômeno: a) sistema político; b) perfil psicológico e c) ideologia política.

Já para Christiano Fragoso¹⁹, o autoritarismo possui quatro vertentes distintas, sendo elas: a) como abuso na constituição ou no exercício do poder; b) como regime político; c) como ideologia política e d) como mentalidade autoritária (equivalente ao autoritarismo psicológico-social).

Por outro lado, mas seguindo a mesma concepção, Theodor Adorno entende que se trata de um traço de personalidade. Segundo Gloeckner relata, Adorno interpreta ser algo padrão, tendo como característica fundamental determinadas crenças que estão ligadas à personalidade de uma pessoa, por meio do qual se desenvolvem nos processos de socialização²⁰.

Em resumo, o autor ilustra que o “autoritarismo corresponderá a um regime político (ARENDRT), a um sistema ideológico (O’DONNEL), ou ainda, a uma mentalidade autoritária (ADORNO)” (GLOECKNER, 2018, p. 74).

Analisando os conceitos expostos, conclui-se que os autores expressam o que podemos entender como uma “trilogia determinista”. Nesse sentido, verifica-se que, em conjunto, a trilogia seria uma mentalidade autoritária, que gera um sistema ideológico, que acarreta em um regime político (se efetivado).

No Brasil, a raiz autoritária persiste desde a época do Império, quando éramos colônia de Portugal. Neste tempo, vigorava o privilégio dos “amigos da Corte” em detrimento dos demais. Conforme explica Lília M. Schwarcz²¹, durante os dois

¹⁸ MALAN, Diogo. **Ideologia Política de Francisco Campos**: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULLOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 08. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 48

¹⁹ FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015 apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 48

²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 70.

²¹ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 74/75.

Reinados, os imperadores manipulavam e eram manipulados pelos interesses agrários; as funções públicas, privadas e até mesmo os títulos de nobreza eram acumulados pelos senhores de terra. Segundo a autora, “essa era uma eficaz forma honorífica e simbólica de fazer aliados a partir do farto oferecimento de títulos e mercês”.

Mas não eram só eles que se aproveitavam da nobreza do Império. Os comerciantes portugueses que no Rio de Janeiro habitavam, como também os fidalgos que, em Portugal, eram amigos do rei, começaram a cobrar regalias por parte do Imperador. Diversos cargos foram criados para atender os recém-chegados; com isso, a máquina administrativa inflava, e o governo, sentindo-se sob pressão, para acalmar os ânimos e atrair os comerciantes e os proprietários de terra locais, concedia títulos de nobreza ou outra distinção para que tudo ficasse bem²².

Nada menos se esperava que tais “parasitas do Estado”, conforme ilustra Schwarcz, comiam às custas do Estado e nada faziam para o bem da nação, resultando em uma máquina estatal inchada, com maiores despesas. Para que a conta fosse paga, viu-se como única saída a criação de impostos, fazendo com que o Brasil inteiro arcasse com a dívida²³. Entretanto, ledo engano pensarmos que naquela época não existiam manobras dos moradores para não pagar os altos impostos cobrados pela Coroa portuguesa. Uma das formas utilizadas era a do santo do pau oco²⁴.

Em seguida, veio a República, que mais parecia para inglês ver, pois nada mudou em relação aos privilégios, regalias etc. Para José Murilo de Carvalho²⁵, “nossa república nunca foi república”, e, nesta concepção, “não pode haver república sem valores republicanos, e por aqui sempre fez falta o interesse pelo coletivo, a virtude cívica e os princípios próprios da vida pública” (SCHWARCZ, 2019, p 64). Tratando-se desse desinteresse pelo coletivo, a autora explica o apoio Estatal em cima dos latifundiários e senhores de terra, ao mesmo tempo em que se permitia a presença

²² SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 71-73

²³ Ibidem, p. 72

²⁴ “O ouro surrupiado era escondido dentro de imagens de madeira da Igreja Católica, para que seus comerciantes escapassem ileso dos altos impostos cobrados pela Coroa portuguesa”. SCHWARCZ, Lília Moritz. Op. Cit. p. 92.

²⁵ Ibidem, p. 64

dos coronéis em suas estruturas²⁶ – até os dias de hoje, inclusive -, tendo muitos deles a mesma essência em torno de apoio político, terras sob seu controle etc.

Foi por meio do coronelismo, ainda na Primeira República, que se instaurou o “voto de cabresto”, prática essa totalmente autoritária e mandonista, uma vez que se tratava de um ato de “lealdade” ao chefe local, por parte daquele que votava. Além disso, havia também a prática do “curral eleitoral”, referente ao barracão onde os votantes eram mantidos sob vigilância. Em resumo, mas não menos real, a Primeira República não passou de um contrato entre cidadãos²⁷, de forma que a abolição da escravidão não foi consequência de movimentos coletivos.

Ledo engano acharmos que eram práticas apenas da Primeira República. Até hoje, vemos candidatos com sobrenomes oligárquicos, parentes de políticos etc.²⁸. É claro, vivemos em uma democracia, não podemos e nem devemos – salvo em caso de condenação criminal – impedi-los de se candidatarem e, conseqüentemente, serem eleitos. A questão, no caso, está ligada à constante dominação territorial nos lugares em que habitam e se candidatam; apenas uma constatação de que isso nunca deixou de existir.

Outro ponto parecido, na concepção de Schwarcz, é a do discurso “contrário” à política tradicional. O discurso do novo, mas que, no final, não passam de práticas (autoritárias) de barganha pelo poder, dominação de áreas etc. Isso se dá por meio das emendas constitucionais²⁹, nas quais muitos orçamentos seriam ou são liberados por mero laço político, e que acabam sendo utilizadas em troca do apoio do eleitor.

Nesse caso, podemos conceituá-lo como poder oligárquico moderno. Moderno, pois, se trata de novos meios utilizados para a perpetuação do poder daqueles que são autoridades. Claro, trata-se de um jogo político e, teoricamente, democrático, que não nos cabe aqui pontuar. Mas há, no presente momento, a figura patronal oligárquica de poder, na qual vence aquele que tem maior condão de barganha. A questão exposta acerca da “não república” se dava, principalmente, pela corrupção. Já diria Alberto Sales, irmão do presidente Campos Sales, que o regime era “mais corrupto que a Monarquia”³⁰.

²⁶ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 81.

²⁷ Ibidem, p. 82.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, p. 85-87.

³⁰ Cf. SCHWARCZ, Lília Moritz. Op. Cit., p. 104.

Segundo Schwarcz (2019, p. 104), “[...] a combinação entre a consolidação do modelo republicano federalista e a ascensão das oligarquias agrárias fez surgir um fenômeno social e político característico desse período: o coronelismo”.

Ainda que tínhamos o sufrágio universal, já devidamente assegurado pela Constituição Federal à época, imperava-se o voto de cabresto, que nada mais era a eleição de chefes políticos locais, regionais ou federais, que se elegiam por meio de um eleitorado fiel, mas ameaçado em caso de descumprimento do que fora orientado pelo “chefe” local³¹.

Dessa forma, o governo, que compactuava com tais dominações, “só diplomava candidatos da situação, garantindo a eternização dos grupos locais no comando” (SCHWARCZ, 2019, p. 105). Eternização essa que, se analisarmos a sequência dos períodos seguintes, se concretizou com a Política do Café com Leite – que se tratava de predominância do poder por parte de presidentes civis influenciados pelo setor agrário, alternando o poder entre Minas Gerais e São Paulo -; a Revolução de 1930, que marcou a disputa entre Getúlio Vargas e Júlio Prestes – época marcada pelo voto de cabresto; a tomada do poder por Vargas, com a consequente anulação da Constituição elaborada em 1891 -; o Movimento Constitucionalista de 1932; a Constituição de 1934 e, finalmente, o Estado Novo – 1937³².

Certamente, ainda que contássemos com as mudanças de governo, duas coisas se mantiveram: o autoritarismo, devidamente adaptado ao modelo “democrático” da Primeira República, e o racismo, que vinha não só da escravidão, mas também, dos criados dos senhores de engenho, por exemplo, que foi uma forma de se adaptar “constitucionalmente” à presença dos escravos como empregados, tendo em vista que parte do descontentamento durante o Segundo Reinado estava na questão da Abolição³³.

Quanto aos senhores de engenho, segundo Lília Schwarcz, a escravidão foi tão disseminada, que deixou de ser privilégio desses. A autora traz um ditado popular

³¹ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 104

³² BRASIL, BIBLIOTECA NACIONAL. **O fim da República Café com Leite e a Revolução de 1932**. Biblioteca Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.bn.gov.br/acontece/noticias/2020/05/fim-republica-cafe-com-leite-revolucao-1932> Acesso em: 19 nov. 2020.

³³ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. atual e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020. p. 105.

(atemporal), a respeito dessa conquista da liberdade pelos negros: “a liberdade é negra, mas a igualdade é branca”³⁴.

E não só isso. Conforme elucidado acima, nada mudou com a chegada da Primeira República e, conseqüentemente, com a Revolução de 1930, de Getúlio Vargas. Aqueles senhores de terra continuavam a dominar os locais (mandonismo) e a determinar as regras a serem seguidas. A força e a influência de um senhor de terra eram medidas a partir de sua renda, quantidade de escravizados etc.³⁵.

Nas palavras de Schwarcz (2019, p. 35), “a escravidão nos legou uma sociedade autoritária, a qual tratamos de reproduzir em tempos modernos”. Em relação aos tempos modernos, trataremos adiante; porém, vale destacar que não é de hoje que vigora um pensamento social autoritário, no qual nos geram tratamentos desiguais, inclusive – e principalmente -, pelo Estado. Antes mesmo da Primeira República, havia um vínculo consolidado entre as forças repressoras e elites locais, produzindo, muitas vezes, uma polícia, um judiciário ou um órgão acusador que, naquela época e até o presente momento, não primam pela imparcialidade³⁶.

Se naquela época já havia esse vínculo, porque poderíamos pensar que, no momento de elaboração da Carta Magna e do Código de Processo Penal, seria diferente? Experimentamos o nosso primeiro Código de Processo Penal Unitário durante a República; ou seja, não havia um código anterior para manusear a questão do respeito às garantias liberais do processo penal³⁷. Dessa forma, nas palavras de Gloeckner (2018, p. 38), “percebe-se claramente como as mesmas categorias importantes e caras ao tecnicismo italiano penetrariam e encontrariam no pensamento processual penal brasileiro terreno fértil para se desenvolver”.

Este tecnicismo italiano, por meio de seu discurso jurídico-penal, possuía diversos defensores que negavam a existência de um regime ilegal na Itália, garantindo, dessa forma, a naturalização de tais discursos e práticas autoritárias. Neste sentido, como bem expõe o autor, “será justamente a negação de um modelo totalitário que permitirá o autoritarismo naturalizar-se nas práticas punitivas e no próprio discurso dogmático”³⁸.

³⁴ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 27-31.

³⁵ Ibidem, p. 47

³⁶ Ibidem, p. 61

³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 37/38.

³⁸ Ibidem, p. 65

2.3. AUTORITARISMO E PROCESSO PENAL

A naturalização do autoritarismo veio, inclusive, conforme exposto na obra de Gloeckner³⁹, pela ocupação dos espaços que seriam da ciência política, na forma de um autoritarismo como regime político; da filosofia, ideologicamente abarcando o autoritário; do direito, sendo esse o abuso de poder exercido, bem como da psicologia social, no contexto perfil autoritário e/ou mentalidade autoritária.

Nesta toada, o autor traz a presença do totalitarismo como primeira expressão impulsionada pelo imaginário político. Na concepção de Pietro Costa⁴⁰, o termo totalitarismo foi cunhado pelos próprios antifascistas. Totalitarismo, para o autor, detém como modelo a ditadura, no sentido de desvio das normas constitucionais, suspensão das liberdades fundamentais etc. Nesse sistema, há uma perseguição no que se refere ao domínio da maioria, de modo que se buscava eliminar as minorias e, conseqüentemente, marginalizá-las⁴¹.

O desprezo pela minoria não foi e não será por simples acaso. Conforme expõe Schwarcz, no Brasil há “três rios” de classes existentes: um grande, formado pela população branca; outro menor, o qual abriga os indígenas; e ainda outro, mais diminuto, no qual estão inseridos os negros. Até porque, como explica a autora, “ali estavam, pois, os três povos do Brasil; todos juntos, mas também, diferentes e separados. Mistura não era (e nunca foi) sinônimo de igualdade” (SCHWARCZ, 2019, p. 16).

No mesmo sentido, “naturalizar a desigualdade, evadir-se do passado, é característico de governos autoritários” (SCHWARCZ, 2019, p. 19). E essa desigualdade naturalística, com a conseqüente eliminação e marginalização das minorias, gera o que Gloeckner expõe ao trazer as explicações de Hanna Arendt acerca do conceito de totalitarismo, (...) “h) possuirá uma superestrutura policial, com

³⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 57

⁴⁰ COSTA, Pietro. **Lo Stato Totalitario: un campo semântico nella giuspubblicistica del fascismo.** In: **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno.** v. 28. t. I. Milano: Giuffrè, 1999. p. 63-64. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 57 e s.

⁴¹ Ibidem, p. 59.

a atuação de polícias secretas, que gozariam de poderes inclusive superiores àqueles jurisdicionais, capazes de manter a população em estado de terror permanente”⁴².

Ou seja, na visão da autora, o totalitarismo corresponde ao Estado inserido na sociedade de todas as formas⁴³. Em contraposição, encontramos a visão de Rancière, o qual entende se tratar daqueles Estados que negam os direitos dos indivíduos e as formas de expressão, em nome da coletividade⁴⁴. Já para Deleuze, o fascismo inventou o Estado Totalitário, tratando-se de um fenômeno de massa, de modo que não estaria preso ao totalitarismo, bem como que a sua flexibilização é o que lhe torna perigoso. Com base nisso, essa flexibilização estaria inserida, segundo Gloeckner, em algumas características do nosso processo penal, como, por exemplo, a execução provisória da pena, a legítima defesa praticada por policiais exteriorizada por condições da vítima, local, horário etc. Em relação a isso, o autor concluirá como “ceder ao fascismo punitivista”⁴⁵.

Não nos cabe aqui adentrar ao mérito da questão, pois sairíamos do objeto do tema; entretanto, vale mencionar sua complexidade ao envolver as “condições da vítima, local e horário”. Por um lado, ainda que se conceda uma legitimidade punitivista à força policial a qual, estando em estado de choque, reage “automaticamente”, por outro, há um limite para tal atuação. Quem irá definir a condição psíquica do policial no momento do ato? Qual seria o limite para isso? Até onde poderíamos falar em legítima defesa, e até onde isso passa para um lado fascista punitivista – inclusive, no teor da expressão “bandido bom é bandido morto”.

A fala acima não está pré-definida em um contexto geral. Não se trata única e exclusivamente disso. Contempla-se ao conjunto histórico e psicológico da sociedade; de como e por que chegamos ao ponto de o *mocinho* querer que o *malvado* morra. E sabemos a resposta. A sociedade [de massas] é rancorosa; está pautada na vingança como forma de prazer e festividade, já diria Nietzsche⁴⁶. Trata-se de uma satisfação

⁴² ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 62.

⁴³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit., p. 89

⁴⁴ Ibidem, p. 89

⁴⁵ Ibidem, p. 91, 92 e 94 (conferir).

⁴⁶ NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis (RJ): Vozes, 2011, p. 42 e ss. Apud GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. atual e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020. p. 14

da consciência coletiva, pela qual nos idolatramos pela nossa *moralidade*; e “onde houver pecador (criminoso) haverá o moralista”⁴⁷.

E a ganância pelo moralismo gera, também, a vontade de legislar. Para Luiz Flávio Gomes⁴⁸, trata-se de uma sensação de impotência do legislador que, por não ser o detentor da tarefa de execução da lei, se vê na necessidade de participar de alguma forma, com o intuito de mostrar seu distanciamento da criminalidade, atendendo aos clamores populares e midiáticos. E o prazer de se vingar e legislar é encontrada na submissão do ego da sociedade ao ego do governante. Na visão de Fromm⁴⁹, essa submissão se trata se um mecanismo de fuga, renunciando o próprio ego em prol da submissão a algo (moralidade).

Muitas vezes, sua origem advém do processo de socialização pelo qual aquela pessoa está inserida, de modo que poderá ser determinante quanto à sua personalidade. Nesse sentido, vale a exposição de Adorno, segundo o qual entende que o autoritarismo é um traço de personalidade⁵⁰. Se o seu círculo social é adepto ao discurso de urgência nas reformas, há grandes chances de haver mais um defensor do discurso (populista) punitivista – no caso, a urgência é única e exclusivamente criar mais leis penais, satisfazendo momentaneamente a consciência de que haverá punição ao delinquente.

Essa necessidade de reformas urgentes é direcionada, principalmente, ao sistema prisional. Há décadas podemos analisar a presença desse discurso de crise como carta triunfo para discursos populistas e de necessidade emergencial de mudanças que, conforme bem explica Schwarcz⁵¹, faz parte de governos autoritários que, utilizando-se de slogans que denunciam as práticas ilícitas de governos anteriores, tomam o poder ou são eleitos, autovalorizando-se. Até porque, o discurso, muitas vezes, está inserido apenas em sua emoção (do legislador), e isso gera ganhos eleitorais⁵².

⁴⁷ KARNAL, Leandro. **Pecar e perdoar. Deus e o homem na história**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014, p. 23. Apud GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 15-16.

⁴⁸ Ibidem, p. 16 e ss.

⁴⁹ FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade**. 14 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 118 Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 69.

⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 70.

⁵¹ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 124.

⁵² GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. Op. Cit. p. 33.

Nesse sentido, segundo Ricardo Silva⁵³, nas décadas de 20 e 30, a estrutura do pensamento autoritário brasileiro seria composta, entre outras, de Catastrofismo e Elitismo. No primeiro caso, o autor explica se tratar da ideia de o direito penal sempre estar em crise, aparecendo a emergência como se a crise fosse atual; momentânea, e não de séculos. Conforme ilustrado por Zaffaroni⁵⁴, quando há discurso de emergência, estamos falando de um discurso autoritário, pois vivemos há oitocentos anos em emergência.

E em relação ao Elitismo, o autor ilustra que caberia à minoria “esclarecida” guiar a massa de sujeitos. Podemos encontrar tal discurso na frase “você sabe com quem está falando? ”; demonstrando um ar de superioridade intelectual e de *importante* posição no cenário político do país. Relaciona-se a isso a teoria das elites. Vilfredo Pareto⁵⁵, um dos grandes pensadores desta teoria, traz o discurso de que em todas as sociedades existiriam sujeitos com conhecimento superior a outros. Essa minoria, segundo o autor, seria a elite, a qual reflete uma desigualdade natural entre os sujeitos.

Na concepção de Oliveira Vianna, haveria um aspecto desmobilizador da participação popular. Este autoritarismo desmobilizador, segundo Debrun, concebe a sociedade civil como incapaz de se auto-organizar. Ainda de acordo com o autor, “o sonho desse autoritarismo desmobilizador é a passividade dos cidadãos e a possibilidade de obrar para o bem deles”⁵⁶.

Sendo a sociedade incapaz de se auto-organizar, o fascismo, encontrando-se em momento de afirmação entre os anos 1925 e 1930, aproveitou-se disso, em crítica aos institutos liberais vigentes à época, para realizar as reformas que bem entendiam⁵⁷. Evidente que as reformas tiveram maior escopo no direito penal e processual penal, acentuando suas características autoritárias e, como exposto

⁵³ SILVA, Ricardo. **A Ideologia do Estado Autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 102.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: EDIAR, 2004. p. 28. Apud GLOECKNER, Op. Cit. p. 103.

⁵⁵ PARETO, Vilfredo. **Sociologia**. In Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1984. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 104.

⁵⁶ Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit., p. 109.

⁵⁷ NUNES, Diego. **Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940**. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000300153&lng=en&nrm=iso Acesso em 03 dez. 2020.

acima, ligando à ideia de defesa social e tutela do próprio Estado, como explica Ferrajoli⁵⁸.

Por meio da herança positivista nos discursos punitivistas, o fascismo legitimou-se como um Estado de Direito. De qualquer forma, não houve uma ruptura entre o positivismo e o tecnicismo processual, pois daquele se postulavam mudanças no regime jurídico processual, por meio da “retórica do equilíbrio”, colocando limite ao cidadão, de forma a restabelecer certo parâmetro entre sociedade e indivíduo⁵⁹.

2.4. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ITALIANO DE 1930 (*CODICE ROCCO*)

Buscava-se a reforma do código penal de 1889 com o intuito de obter orientação metodológica nova, ao mesmo tempo, sem romper com o liberalismo reacionário-conservador.⁶⁰ Tendo o positivismo se estabelecido no fascismo, não seria diferente, conforme acentua Delogu, que a primeira implicação se daria nos direitos do Estado perante os indivíduos. Seguindo essa lógica, Grispini apontava alguns problemas ligados ao processo penal italiano, dentre eles, a necessidade de obediência do método técnico-jurídico. Se o código anterior apresentava tais problemas, não há dúvida com relação à ligação do autor ao regime; inclusive, exposta no trabalho *La Funzione Della Pena nem pensiero di Benito Mussolini*, no qual, segundo Gloeckner, “ambos chegarão à mesma conclusão: que a pena serve para defesa do Estado”⁶¹.

Categoricamente, os atos fascistas foram todos legais - eleitos pelas urnas, poderes do executivo definidos por meio de lei parlamentares etc. No mais, quanto à pena servir para defesa do Estado, viu-se no princípio da legalidade um meio de enaltecer a figura autoritária estatal por meio da obediência à legislação⁶².

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 197.

⁵⁹ Ibidem, p. 207.

⁶⁰ Ibidem, p. 206.

⁶¹ Ibidem.

⁶² NUNES, Diego. **Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940.** Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000300153&lng=en&nrm=iso Acesso em 04 Dez. 2020.

Em seu artigo⁶³, Diego Nunes ilustra que a confecção dos códigos italianos era feita por meio de delegação legislativa. No mais, exaltou que Alfredo Rocco fez questão de defender o modo de delegação empregado no projeto em discussão, enfatizando a necessidade de conceder maior poder ao governo para realizar a reforma penal. O italiano alegava se tratar meramente de ajustes no texto original, de modo que não haveria substituição do código vigente, bem como que seria impossível discutir a respeito de todos os artigos. Surgiu, assim, o projeto preliminar de 1927, sem haver menções expressas ao conteúdo da delegação.

Para o autor, a lei penal era o ramo do Direito que melhor definia os propósitos do Estado, sendo a expressão máxima do direito de punir, pois se entendia que a lei penal, com importância maior em comparação às outras matérias, seria um dos maiores atributos da soberania. Trata-se de uma ideia de que nada de bom podia se esperar do Código Penal e de Processo; buscava-se punir (finalidade)⁶⁴, como explica Arturo Rocco, ao dizer que se está diante de um direito público – do Estado -, e não da vítima. Não se tratava de um direito de vingança, mas sim, de uma defesa social⁶⁵.

Nessa toada, o fascismo adotava o ramo penal como instrumental, de forma que este discurso técnico (instrumental) possuía ligação ao positivismo. Não obstante, Rocco, citado por Gloeckner, explica que a orientação técnica-jurídica (possivelmente, uma terceira escola) será aquela que torna possível uma ciência (jurídica); ou seja, o movimento tecnicista jurídico-penal (instrumental, por sua característica) iniciou-se vinte anos antes de sua promulgação, tendo em vista que, por meio de orientação, veio a exprimir o liberalismo reacionário pré-fascista, sendo o Código de 1930 propriamente uma “sublimação autoritária” do sistema penal liberal-conservador⁶⁶.

Sendo assim, conforme “passa a ser considerado” público, ou seja, de defesa social, há uma adaptação na classificação de sujeitos de direito, sendo o Estado considerado seu detentor. A lei penal passou, então, a ser garantidora da proteção estatal, até mesmo contra os indivíduos, legitimando, inclusive, o uso da violência

⁶³ NUNES, Diego. **Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940.** Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000300153&lng=en&nrm=iso Acesso em 04 Dez. 2020.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 214.

⁶⁶ Ibidem, p. 2015 e ss.

antes mesmo da execução de uma ação que possa ser perigosa, na forma de “medida de segurança”⁶⁷.

A função de punir passa a ser considerado o que Rocco intitulou como *diritto di conservazione e di difesa proprio dello Stato, nascente con lo Stato medesimo*⁶⁸. Dessa forma, o Código exerce uma ideia de personalidade do Estado, de modo que suas consequências abrangem desde medidas de segurança ou de caráter preventivo (periculosidade) até pena de morte⁶⁹.

Tendo o Estado uma personalidade criada por meio do Código, todos que se opuserem a ele serão considerados criminosos. Nas palavras de Giuffrida (2012) “*moltitudine di modelli che avevano come denominatore comune quello di punire ogni comportamento di dissenso o disobbedienza al sovrano*”⁷⁰.

Qualquer resquício de infração seria passível de antecipação da punibilidade, “em especial ‘*delitti di attentato, associativi*’ e ‘*di opinione*’, mostrando a arbitrariedade à liberdade de pensamento, muito embora não se trate de figuras inovadoras na legislação”, conforme mencionam Arno Dal Ri Jr. e Kristal Moreira Gouveia⁷¹.

O princípio da legalidade, então, passou a ser vazio quanto às garantias, transformando-se em um princípio autoritário no qual o Estado, mediante a obediência de seus direitos, exigia fidelidade dos súditos, pois os atributos liberais deste princípio não existiam na parte especial do Código Penal⁷².

Todavia, Arturo Rocco atacará este princípio no que se refere à interpretação da norma, alegando que a ciência deverá seguir uma interpretação gramatical dos institutos. Para o autor, essa ciência deverá seguir os mesmos passos do direito privado e administrativo, os quais adotaram os meios técnicos através de três procedimentos, dentre eles, a investigação dogmática⁷³.

⁶⁷ DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. **A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930).** Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 81, p. 226-249, abr. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552019000100226&lng=en&nrm=iso Acesso em: 06 dez. 2020

⁶⁸ ROCCO, Alfredo. **Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale.** v. VIII. Roma: Tipografia dele Mantellate, 1929. p. 12.

⁶⁹ DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. Op. Cit. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁷⁰ GIUFFRIDA, Antonio. **Delitti Contro la Personalita’ Dello Stato.** Issue 1May-June 2014.

Disponível em: <https://www.nuovefrontierediritto.it/delitti-contro-la-personalita-dello-stato/> . Acesso em: 05 de maio de 2021. Apud. DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. Op. Cit.

⁷¹ Ibidem.

⁷² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 212.

⁷³ Ibidem, p. 223.

A investigação dogmática está ligada à ciência do direito, conforme explica Gloeckner. Ainda, o autor traz os dizeres de Rocco no sentido de que parte da crise do direito penal se dá pela irrelevância dada à dogmática investigativa⁷⁴. Para o italiano, três são os meios de contribuição para o desenvolvimento da ciência penal que poderão ser utilizadas subsidiariamente, ao passo em que sua proposta é clara ao colocar outras ciências, como a sociologia, história, psicologia, política etc., como subordinadas ao campo da ciência penal, na forma de auxiliares⁷⁵.

Por mais que o discurso tecnicista do italiano tivesse fundamental relevância, o impacto não superou o de Manzini. Segundo Sbriccoli, o tecnicismo jurídico deste autor é que informará o Código de 1930 italiano⁷⁶. Vincenzo Manzini defendia a ideia de se garantir o uso de armas aos cidadãos, com o intuito de se protegerem dos “maus-viventes”. Ainda, defendia a criação de forças para-policiais, a fim de ajudar na luta contra a delinquência. Tratava-se, segundo o autor, de um dever social⁷⁷.

Quanto a essas forças auxiliares, o italiano era um grande defensor, pois entendia pela necessidade de sua implementação para o combate à criminalidade. Quer dizer, surge a presente questão: estaríamos diante de salvo-condutos aos cidadãos de bem? Pois tais forças auxiliares deteriam a forma de associações privadas. De que forma agiriam? Expurgando cidadãos deliberadamente como modo de purificação e lealdade ao Estado? Uma das propostas de Manzini era justamente a segregação dos mau-viventes e a purificação dos centros urbanos, conforme ilustra Ricardo Gloeckner⁷⁸.

De certo modo, a ideia se adapta atualmente ao discurso do “um CPF a menos”, pois há uma considerável defesa à fala de que os indivíduos perigosos não são sujeitos do direito penal, devendo ser eliminados. Vincenzo sugere a adoção de “medidas de polícia”, que nada mais é que a segregação por tempo indeterminado do sujeito, após a avaliação das condições pessoais por procedimento administrativo⁷⁹. Atualmente, esta mesma segregação é vivenciada, principalmente, com os que já

⁷⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 223

⁷⁵ Ibidem. p. 224-225.

⁷⁶ Ibidem. p. 225/226.

⁷⁷ MANZINI, Vincenzo. **La Politica Criminale e il Problema dela Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita**. Rivista Penale. n. 73. v. XXXVII, 1911. p. 08/11. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 227.

⁷⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 229.

⁷⁹ Ibidem. p. 229/230

cumpriram pena e estão em busca de reintegração, de modo que sua pena perante a sociedade acaba sendo eternizada.

Este mesmo direito penal estava intrinsicamente ligado ao sucesso que o tecnicismo atingiu, uma vez que, até o momento, inexistia uma ciência processual. Para a construção dessa, Marco Miletto ilustra que foram duas categorias essenciais, dentre elas, o conceito de ação penal que, segundo Gloeckner, é a base central do nosso código de processo penal, por meio do qual será adotada como pressuposto elementar, pois tinha como finalidade a ação e a realização do direito material – o conceito de ação era o objeto do processo⁸⁰.

Em seu livro, Gloeckner defende que seria preciso definir o objetivo da ação penal. Ainda, nesse período, segundo o autor, eram três as teorias a emprestar significado à categoria. Cabe aqui destacarmos a teoria da pretensão jurídica. O autor explica que Manzini adere a esta tese, pois definirá a ação penal como “poder-dever jurídico que compete ao Ministério Público de ativar as condições para obter do juiz a decisão sobre a responsabilidade da pretensão punitiva do Estado derivada de um fato que a lei prevê como delito” (1996, p. 143)⁸¹.

A busca pela decisão está ligada ao fato da submissão do processo ao direito material, de forma a justificar o direito subjetivo de punir. E a independência do processo penal reforça sua ideia de instrumentalidade, sendo certo que esta será o componente básico do tecnicismo processual penal⁸². O direito subjetivo de punir opera junto à teoria da relação jurídica penal, de Arturo Rocco, pois o autor escreve que tal direito é inerente à faculdade do Estado de agir de acordo com as normas, de forma a garantir o alcance do objeto punitivo. Trata-se de um direito de supremacia⁸³.

Na concepção de Alfredo Rocco, o projeto:

tem característica tipicamente italiana, não apenas por que, como já dito, se inspira em conceitos fundamentais da doutrina fascista do Estado, que é uma doutrina de pura marca italiana, mas também porque na sua estrutura

⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 235.

⁸¹ MANZINI, Vincenzo. **La Política Criminale e il Problema dela Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita**. Rivista Penale. n. 73. v. XXXVII, 1911. p.143. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 233.

⁸² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 236.

⁸³ ROCCO, Arturo. **Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir**. Montevideo: Buenos Aires: B de F, 2003. p. 17. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 236.

técnico-legislativa, deliberadamente é desvinculado de qualquer modelo estrangeiro⁸⁴

Finalmente, vale destacar que o código de 1930 teve a prevalência da orientação técnica-jurídica sobre a ciência processual, abarcando relevantes categorias “como a prioridade da defesa social em detrimento das garantias individuais, a busca da verdade real e o incremento dos poderes judiciais” (GLOECKNER, 2018, p. 242). Ainda, a influência positivista vai além dos dispositivos sancionatórios, de modo que houve uma modificação, por exemplo, na tentativa, equiparando todos os partícipes, bem como a supressão do júri⁸⁵.

2.5. INFLUÊNCIA DO FASCISMO NO ESTADO NOVO E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DE 1941

A ideia do Código de processo penal brasileiro começa antes mesmo de 1941. Com o golpe de estado em 1937, Getúlio Vargas defendia a criação um governo forte e centralizado, com fundamento no discurso da supremacia do interesse público⁸⁶. Tal supremacia estava ligada à questão dos chefes de governos locais, referente às oligarquias que dominavam a presidência, até então, por meio da política do café com leite. No mais, desde 1930, quando assumiu o poder pela primeira vez, de forma provisória, Getúlio já era adepto ao castilhismo⁸⁷, tendo o levado ao plano nacional desde então.

A partir daí, deu-se um fim aos Códigos Estaduais, substituindo-os pela Constituição de 1934, mas que fora executada apenas sob a égide da Carta Magna

⁸⁴ ROCCO, Alfredo. **Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale**. v. VIII. Roma: Tipografia dele Mantellate, 1929. p. 07. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 240.

⁸⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 242.

⁸⁶ DA SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **A Cultura Inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67. jan – fev, 2015. p. 268. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf Acesso em: 8 dez. 2020

⁸⁷ Trata-se de um grupo influente regente da Filosofia Positivista, de Augusto Comte. (GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. ver., atual e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 116 e ss.)

de 1937. A unificação, segundo Francisco Campos, “impunha-se o afeiçoamento ao objectivo de maior facilidade e energia da acção repressiva do Estado”⁸⁸.

A ação repressiva, em suas palavras, estava ligada à figura do juiz, uma vez que cabia ao magistrado a direção do processo, não só em termos de zelo pelas regras, mas também em relação à intervenção com o intuito de atingir o objetivo da investigação dos fatos e a busca pela verdade real. Nesse sentido, segundo Marco Aurélio Nunes da Silveira (2015, p. 271), “o papel das partes é reduzido ao mínimo necessário para que justifique a sua existência”.

O Código de processo penal não criou regras e um novo sistema; baseou-se, consideravelmente, em dispositivos já elaborados e, ou, existentes, como no caso do próprio código italiano de 1930, e do Projeto Vicente Ráo, de 1935. Este último teve como base a crítica ao individualismo, acentuando certo equilíbrio entre direitos individuais e direitos sociais; tratava-se de uma ligação harmônica⁸⁹.

Dentre as principais mudanças trazidas, cabe destacar a supressão do inquérito policial. Isto se deu, pois, para os pensadores brasileiros dos Séculos XIX e XX, o processo penal era considerado misto, de modo em que se autorizou tal supressão para se obter, assim, o juizado de instrução. Em sua Exposição de Motivos, é possível verificar apontamentos a possíveis dificuldades encontrados no sistema processual, como, por exemplo, a manutenção do inquérito que descaracterizava as funções da polícia⁹⁰.

Nesta toada, o projeto defendia que a adoção do inquérito prejudicaria a proteção da sociedade, pois o processo penal, com as falhas apresentáveis, não obstaría a impunidade de um possível criminoso defendido por um bom advogado. De forma contraditória – ou, no caso, “equilibrada” -, o Projeto Ráo assinalava seu combate por meio de normas mais rígidas, como também facultava ao criminoso meios legais para a produção da defesa. Por meio do juizado de instrução, a polícia atuaria em companhia ao julgador⁹¹.

⁸⁸ DA SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **A Cultura Inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan – fev, 2015. p. 269 Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf Acesso em: 8 dez. 2020

⁸⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 338/339.

⁹⁰ Ibidem, p. 340.

⁹¹ Ibidem, p. 341.

Importante ressaltar que, para Gloeckner (2018, p. 342), “o juizado de instrução garantiria o princípio elementar de que a ‘apuração da verdade’ obedeceria a dois cânones: o do livre convencimento do juiz e o do contraditório”.

Apesar do Projeto ter incorporado dispositivos ao processo penal, este não veio à tona. Com o advento da Constituição de 1937, impediu-se a tramitação do projeto de 1935, uma vez que o Congresso teria sido dissolvido pelo Presidente Vargas. Entretanto, conforme dito, o Código de 1941 utilizou-se de dispositivos do Projeto, dentre eles a) “o silêncio do acusado não importaria confissão” (Projeto Ráo), “mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” (Código de 1941); b) em ambos, havia a possibilidade, em diversas hipóteses, de recurso de ofício⁹².

A elaboração do Código de Processo se dará logo após a promulgação do Código Penal de 1940. Este, por sua vez, fora elaborado por meio de uma adaptação do Código Penal ao Brasil, a cargo de Alcântara Machado, que teria dito a respeito da “naturalíssima a influência exercida em meu espírito pela vigente codificação italiana”⁹³.

Nesta toada, Gloeckner (2018, p. 349-351) traz importante ponto sobre o ingresso do positivismo criminológico pelo direito penal que, conseqüentemente, se estendia ao processual. A inspiração italiana, segundo o autor, se baseia em dois motivos: “a quantidade significativa de citações e referências a penalistas e processualistas italianos, além das constantes menções a Alfredo Rocco”.

Da mesma forma que no Código italiano, tinha-se, no brasileiro, uma aversão ao liberalismo; considerava-se “um inimigo a ser combatido”, provocando discursos muitas vezes radicais. Segundo José Duarte⁹⁴, o liberalismo-democrático era incompatível com o novo regime; necessitava-se, assim, de um novo código que atendesse aos “anseios populares” (dos governantes), discurso esse meramente populista.

Como visto mais acima, cabia ao magistrado a direção do processo. E será nesta linha que Francisco Campos enfatizará que o interesse estatal e do povo era

⁹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 344/345.

⁹³ ALCÂNTARA MACHADO, Antônio de. **O Projeto do Código Criminal Perante a Crítica**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 35. n. 1, 1939. p. 47. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 349.

⁹⁴ DUARTE, José. **O Novo Código Penal**. Revista Forense. v. 38. N. 87. Rio de Janeiro, 1941. p. 311. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit., p. 352.

personificado na figura do juiz. Por isso, para o autor, “o juiz que dirige a instrução do processo há de ser o juiz que decida o litígio. [...] somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-las [...]”⁹⁵.

O “interesse do povo”, na forma do equilíbrio, se verificava em um dos discursos varguistas em torno do código de processo. Tentava-se conciliar posturas de agrado às elites, ao mesmo tempo de parte vulnerável da população. Ainda, vale destacar que o código de processo se tratava de um método técnico-jurídico, o qual visava tornar possível a sensatez do direito. Ainda, tais direitos seriam interpretados como “concessões estatais”, segundo Gloeckner, uma vez que, ao trazer a concepção de Nelson Hungria, ilustra que para o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Estadonovista de Getúlio Vargas não obedecia a ideologias artificiais etc., de forma que o autor possuía aversão ao liberalismo e a divagação do iluminismo, pois entendia que haveria um exagero na tensão entre o Estado e o indivíduo, fruto dessa “alienação”⁹⁶. Para Hungria⁹⁷, o direito penal nada mais era do que a proteção dos interesses estatais que, conseqüentemente, seriam, também, interesses sociais e individuais em função do primeiro (a sociedade).

E nesse sentido, ao analisarmos a estrutura do Código de Processo Penal de 1941, concluía-se que estávamos diante de uma codificação autoritária, ao passo em que Francisco Campos, seu elaborador, enfatizava essa linhagem ao defender que fosse abolida a “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”⁹⁸. Segundo o autor, tratava-se de uma contemporização de “pseudodireitos” individuais em face do bem comum⁹⁹.

O autor trazia a ideia de existir um extenso catálogo de garantias e direitos aos indivíduos, de modo que o objetivo do código era suprimi-los. Assim, o código, segundo ele, foi norteador por esta submissão dos direitos ao interesse social, sendo que as nulidades processuais foram reduzidas e submetidas ao princípio da

⁹⁵ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil**. In. Id. **O Estado Nacional**. São Paulo: EbooksBrasil, 2002, p. 289 Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 353/354.

⁹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 364/365.

⁹⁷ HUNGRIA, Nelson. **O Direito Penal no Estado Novo**. Revista Forense. v. 84. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 268. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit., p. 365.

⁹⁸ Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 384.

⁹⁹ Ibidem, p. 384.

instrumentalidade das formas, que tinha como finalidade a construção do regime das invalidades processuais¹⁰⁰.

Mas não era só isso. A justificativa dos trabalhos da comissão organizadora do código era, também, a de proteger os direitos da defesa; seria o que Heribaldo Rebello, em sua obra *Breves Lições de Direito Judiciário Penal* chama de equilíbrio entre o direito do Estado de punir o crime, ao mesmo tempo em que proporcionaria garantias ao acusado¹⁰¹. Já o magistrado, com o advento do Código, passou a ser uma figura protagonista, abandonando o papel de espectador, ao passo em que começou a atuar ativamente em casos como recursos de ofício, determinação da produção de provas etc. Trata-se de um juiz que, proativamente, atuava na busca da verdade real, ao mesmo tempo em que, ao obter um amplo arbítrio quanto à fixação da pena, detinha maior responsabilidade no tocante à repressão¹⁰².

E, por fim, cumpre destacarmos algumas características inquisitórias trazidas por Nereu José Giacomolli, em seu livro *Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas*. O autor revela a figura central do julgador, de modo que se observa, no próprio Código, sua atuação como protagonista, como, por exemplo, na requisição de ofício à autoridade policial para abertura de inquérito, na faculdade de decretar prisão preventiva etc.,¹⁰³ do mesmo modo em que o magistrado estava autorizado a recorrer, de ofício, quando não fosse interposto recurso pelo órgão acusador, o que Gloeckner entende como uma “salvação da acusação”¹⁰⁴.

Ao que nos parece, a atividade do magistrado era mais fiscalizatória do que julgadora, ao passo em que atuava como um órgão superior da acusação (“segunda instância”), com o objetivo de corrigi-lo quando pensava ou tutelava de modo divergente ao Estado (na figura do juiz). Nota-se que, ao conceder ao julgador a faculdade de decidir de maneira diversa daquilo que foi postulado pela acusação, se está diante de um duplo “enfrentamento” durante a instrução processual. Não bastasse a acusação por si só do Ministério Público, o acusado havia de convencer o

¹⁰⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 384

¹⁰¹ REBELLO, Heribaldo. **Breves Lições de Direito Judiciário Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, s.d. p. 20.

¹⁰² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 387, 388, 390.

¹⁰³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo penal brasileiro e a resistência às reformas**. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal. V1. N1. Porto Alegre: 2015. p. 148 Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 391.

¹⁰⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 391.

magistrado de que era inocente; e se este não fosse com a cara do sujeito, poderia muito bem incriminá-lo. Tal ponto é claro em uma das características de Giacomolli, ao explicar que o juiz, atuando como protagonista, tinha assegurado não só poderes instrutórios, mas também, poderes de condução do processo de ofício¹⁰⁵.

Se todos os direitos ao Estado pertencem, é nítido que por meio do tecnicismo se buscava a verdade real metódica, ao passo que se esperava tudo do réu, menos que era inocente ou sujeito de direitos.

¹⁰⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. Op, Cit. p. 148. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 392.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941 E SUA ESTRUTURA AUTORITÁRIA

3.1. TECNICISMO PROCESSUAL PENAL

Por início, cumpre ilustrar o conceito de tecnicismo, antes de remeter sua ligação ao Código de 1941. Na concepção de Cleber Masson:

Tecnicismo Jurídico iniciou-se na Itália quando (...) Arturo Rocco delimitou o método de estudo do Direito Penal como o positivo, restrito às leis vigentes, dele abstraindo o conteúdo causal-explicativo inerente à antropologia, sociologia e filosofia¹⁰⁶.

Ainda, segundo o professor, o mérito deste movimento se deu com a exclusão de toda parte de investigação filosófica, de modo que permaneceu apenas os ditames legais.

Na concepção do italiano, tinha-se como objetivo a construção do direito penal como um tipo de ciência jurídica especial, de forma que, ao analisar propriamente o delito e a pena, se desejava que o fizesse unicamente sob o ponto de vista do direito vigente, afastando, assim, as outras ciências para o estudo das causas e consequências do crime¹⁰⁷.

Neste caso, o objetivo principal do direito penal, por meio técnico-jurídico, seria, na visão de Gloeckner:

Os direitos e deveres jurídicos subjetivos concernentes à relação jurídico-penal, que nasce em virtude daquelas normas. Este estudo, portanto, seria necessariamente um estudo técnico jurídico, porque outros meios não existem na compreensão científica do direito, a não ser aqueles elaborados a partir da técnica jurídica¹⁰⁸.

No caso, o processo servia de instrumento para a efetivação do direito material, posto que suas normas necessitavam de um meio para se efetivarem. Trata-se,

¹⁰⁶ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120). Vol. 1. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 74.

¹⁰⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 222.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 222.

portanto, de um instrumento para a concretização de funções metaprocessuais, tais como a própria busca pela verdade real e a resolução do conflito. Todavia, entendia-se que o tecnicismo detinha, também, um fator ideológico, com a finalidade de aplicar a pena ao delinquente, ao passo em que sua função estava devidamente conexa às funções políticas, tratando-se, portanto, de bases defensivistas, as quais herdou-se tanto do liberalismo reacionário italiano, quanto do positivismo criminológico¹⁰⁹.

Ao passo em que se utiliza a instrumentalidade no direito processual italiano, adotaríamos parecido, se não igual, entendimento e aplicabilidade do tema. No Brasil, a instrumentalidade está conexa à concepção publicista do processo. Sendo assim, observa-se uma conseqüente defesa à ampliação dos poderes judiciais, de modo que, segundo Grinover, o sistema acusatório poderá adotar tanto o sistema adversarial, no qual há uma predominância das partes na condução do processo, quanto o inquisitorial, pelo qual se confere ao magistrado a condução do processo e das provas. Segundo a autora, não há figura melhor, se não, o juiz, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para o seu convencimento¹¹⁰.

3.2. O JUIZ PROTAGONISTA E A BUSCA PELA VERDADE REAL

Na Exposição de Motivos do Processo, Francisco Campos traz o fato de que o projeto abandonou o sistema da certeza legal. Segundo o autor, “atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer ao final, antes de proferir a sentença”¹¹¹. Por meio desta faculdade, a intenção era a livre apreciação das provas pelo magistrado, o qual formaria sua convicção “de forma honesta e leal”. Entretanto, a apreciação destas não subordina o julgador a apurar, por meio da materialidade constante dos autos, a verdade material, ficando restituído à própria consciência.

¹⁰⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 527.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa do Juiz no Processo Penal Acusatório**. In: Id. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 200. p. 78 Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit.p. 532.

¹¹¹ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, 1941. p. 4. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

Sendo assim, verificava-se uma atuação protagonista do juiz, ao passo em que, para formar sua convicção, poderia ordenar, de ofício, as provas que lhe pareceriam úteis, não estando sujeito à preclusão¹¹². Evidente que a tutela era em prol dos direitos do Estado; com isso, utilizava-se todos os meios possíveis para se apurar a conduta delitiva do acusado. Se ao juiz é facultado ordenar a produção das provas até que baste para sua convicção, contra isso nada podia o acusado fazer para se defender; verifica-se aqui, também, uma “sorte lançada” ao réu para que enfrentasse não só a acusação do promotor, mas também, a dúvida do magistrado.

Como bem ilustra Gloeckner (2018, p. 407), acabava-se “introduzindo um novo elemento de debilitação da presunção de inocência, em sua expressão de regra de júízo: o *in dubio pro reo* não deveria ser pronunciado enquanto o juiz não esgotasse os meios probatórios”.

Se qualquer indício de culpabilidade era motivo para que o juiz se convencesse da culpa do acusado, é inquestionável que se estava diante de um preceito de parcialidade, visto que, atualmente, por indício, segundo o nosso atual Código de Processo Penal, em seu art. 239¹¹³, podemos entender que “Considera-se indícios a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Desse modo, a prova indiciária teria a mesma força que outro meio de prova, como, por exemplo, a testemunhal¹¹⁴.

De forma alguma estamos a tratar o juiz como mero “carimbador”. A discussão versa sobre a presença do juiz como “terceiro” na relação processual que irá, de modo imparcial, observar os fatos e as provas concretas, e chegar a um entendimento fundamentado na lei – no caso, sem meros achismos –, julgando o caso como aplicador desta; inclusive, tendo função de averiguar a condução da investigação e do curso do processo na forma correta.

O que se nota, muitas vezes, é uma movimentação do juiz no sentido de apenas ratificar os atos do órgão acusador, como se a ele competisse a função de decidir o

¹¹² CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, 1941. p. 4. Disponível em: https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

¹¹³ BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2021

¹¹⁴ FREITAS, Gabriela Oliveira. **Da prova indiciária no processo penal**, 2010. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/17702/da-prova-indiciaria-no-processo-penal#:~:text=Disp%C3%B5e%20o%20art.,de%20outra%20ou%20outras%20circunst%C3%A2ncias%22>. Acesso em: 05 jan. 2021.

que se deve fazer no curso do processo. Neste caso, o magistrado deixa de *atuar* no sentido de confirmar a veracidade da alegação acusatória, bem como se aquilo se adequa ao devido processo legal, tornando-se um mero aplicador destas teorias, de modo que sua atuação será no sentido de confiar na palavra do promotor como verdade real, ou, ainda, como conselheiro da matéria acusatória.

Nesse sentido, segundo Gustavo Badaró, “Um processo que se desenvolva perante um juiz que não seja imparcial, que é qualificador da atividade jurisdicional, não será um devido processo”¹¹⁵. Ainda, segundo o autor, a possibilidade de exclusão do juiz no caso deste se encontrar em situações que possam gerar dúvida ou suspeita de parcialidade, é um meio de se assegurar a imparcialidade.

Não se tinha uma identidade física do juiz antes no regime originário do Código de Processo; era comum a presença de magistrados proferindo sentenças sem terem colhido provas, o que lhes tornavam parciais¹¹⁶. E observa-se que o Código de 1941 estabeleceu uma tríade composta pelos princípios da liberdade de prova e da livre convicção do magistrado, somando-se, ao final, à verdade real, sendo esse um elemento simbólico que assegura ao juiz o papel de protagonista¹¹⁷.

E de fato, a imparcialidade do julgador apenas será posta à prova quando existir não só uma separação inicial das funções acusatórias e julgadores, mas também o afastamento do magistrado no que concerne a atividade de investigação e instrução¹¹⁸. Até lá, muitos de seus atos são equiparados ao sistema inquisitivo do processo, de tal modo que, conforme explica Joaquim Almeida:

[...] é, porém, garantia da justiça criminal, porquanto obriga o magistrado a estar preso à realidade criminal, de maneira que não confie tão só no comportamento das partes, mas, vá espontânea e diretamente – é a expressão positiva do princípio inquisitivo – em busca da realidade através dos meios capazes de prová-la¹¹⁹.

¹¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. 1. ed. [Obra eletrônica]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 415

¹¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 76.

¹¹⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Diretrizes do Processo no Código Penal**. Revista Forense. v. 94. n. 478-480. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 24. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. Cit.* p. 417.

Neste sentido, cabia ao magistrado a gestão das provas, pois era de sua competência a instrução e conhecimento de ofício, com o intuito de buscar a verdade real do fato. Entretanto, ao passo em que estamos diante de um sistema acusatório, sua função é meramente de espectador, cabendo a gestão às partes, o que lhe permite a dedicação objetiva e imparcial no que diz respeito à valoração dos fatos¹²⁰.

Como ensina Aury Lopes Júnior, sempre que ao juiz se atribui poderes instrutórios, destrói-se a estrutura dialética do processo, fundando-se, tão somente, em um sistema inquisitório¹²¹. Na concepção do autor, o recolhimento de provas por parte do magistrado antecipará a formação de seu juízo, pois, com a iniciativa probatória, estará ciente das consequências que essa prova trará para a definição do fato em apreço. Até porque, sua função é analisar as provas, e não as produzir.

Haverá, neste caso, uma atuação dupla por parte do julgador que, usurpando-se de função alheia – acusar -, comprometerá não só a sua imparcialidade, mas também, o próprio devido processo legal, pois certamente se estará diante de situações em que o juiz tem o interesse na busca e na averiguação do feito, podendo alavancar, inclusive, quadros mentais paranoicos, ao passo em que primeiro irá atrás da prova e, já tendo formado sua convicção, irá atrás dos fatos a justificar sua decisão¹²². Ou seja, ao buscar *prima facie* a prova, já terá viciado seu modo de analisar o caso, pois certamente será suspeito no que tange ao processo, com a certeza de que chegará à verdade real dos fatos e encontrará a prova do cometimento do crime.

3.3. A FIGURA DO JUIZ HERÓI

A atuação protagonista dos magistrados, em alguns casos, acarreta devoções por parte da sociedade, que os enxergarão como heróis por terem contribuído no combate à criminalidade. Combatê-la, em certos pontos, está no encarceramento daquele delinquente que pode ter praticado algum(ns) crime(s). De todo modo, a análise heroica está entreposta no contexto pseudossocial em que vivemos, na

¹²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 77.

¹²¹ Ibidem, p. 78.

¹²² Ibidem.

população como um todo, e no que pautamos por deveres e civilidades, ao passo em que aderirmos a um *contrato social*, como ilustra Rousseau.

Todavia, o heroísmo pode ser visto tanto em uma figura estatal – no caso, do juiz ou legislador -, como também, naquele que “questiona” o seu sistema. Este, por afrontar as regras pré-determinadas, será visto como delinquente pela maioria da sociedade em que está inserido, mas, por outro lado, será equiparado ao rebelde funcional, de Durkheim, ao passo em que contestará as desigualdades sociais e a divisão imposta do trabalho. Na concepção do sociólogo, Sócrates é quem abre o protótipo de criminoso herói, pois o filósofo sustentava ilegalidades para a época, em Atenas, e que, na visão do Durkheim, se tratava de uma “consciência coletiva”¹²³.

Em contrapartida, a figura do juiz herói será aceita com maior naturalidade. Isto posto, se o direito penal e, conseqüentemente, o processual, são meios de se tutelar o direito do Estado, evitando que violem suas normas, as ilegalidades por parte dos governantes e juízes não serão facilmente questionadas. Neste caso, a aceitação das regras e das leis será feita sem grandes dificuldades.

Quanto à figura heroica, destaca-se aqui a teoria de reação social – ou *labelling approach* -, que nada mais é que a figura daquele que atenta contra a lei será julgada pelo outro social, que determinará o seu lugar por meio de rotulações – herói ou delinquente. Sendo assim, o etiquetamento social é que concluirá se o delinquente poderá ser considerado um herói da nação. Para George Mead, o “eu” é um produto social, de modo que sua ação, seja ela qual for, dependerá de como agem os demais quanto ao fato¹²⁴.

Sendo um produto dependente da sociedade, a atuação daqueles que lutam por uma intervenção penal com o fim de reprimir um crime será vista com bons olhos. No caso, o juiz se equipara ao legislador que, moralmente, se vê obrigado a representar a opinião pública criando normas criminais para que, seguindo sua consciência, o delito seja aniquilado. Entretanto, a figura do magistrado, neste caso, se adequará à sua função, ou seja, de aplicação e execução da lei; percebendo deter um poder para atuar *em prol do Estado*, certamente o fará para acalmar os ânimos da mídia.

¹²³ MOLLO, Juan Pablo. **Psicanálise e criminologia**: estudos sobre a delinquência. Tradução: Yellbin Morote García – 2. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 14.

¹²⁴ Cf. Ibidem, p. 15.

Seria o magistrado, portanto, uma personalidade política, também? Na visão de Raymond Boudon¹²⁵, a opinião pública pode ser vista como uma comunicação política, pois, havendo um reconhecimento individual ou coletivo da existência de um problema político, ações serão empreendidas a fim de influenciar as autoridades políticas.

A influência, no caso, se dará na vigilância exercida pela sociedade no que diz respeito à atuação das autoridades policiais e do magistrado. Basta surgir uma única suspeita para que o imputado, sua família, sua casa, seu trabalho etc., seja inquirido na presença dos curiosos¹²⁶ que estarão lá com o intuito de ajudar no que for preciso para combater a criminalidade.

Diante disso, Francesco Carnelutti dirá que, recaindo a suspeita de cometimento de um delito, o acusado será lançado *ad bestias*, no caso, como comida às feras (multidão). E essa usa das investigações e crônicas policiais como diversão em meio a uma vida parada. O cobrimento e a averiguação do delito, segundo o autor, se trata de um esporte¹²⁷.

E não basta que a investigação e o processo concluam, ou não, pela penalização do acusado. Busca-se uma intervenção rápida, na qual requer-se o distanciamento do suposto delinquente o quanto antes. Ainda que a Constituição o trate como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é necessário, na visão pública, que seja decretada sua prisão logo após se confirmar, perante a segunda instância, se tratar de um potencial criminoso, ao passo que não se pode mais discutir as provas no processo. A degeneração da sociedade, segundo Carnelutti¹²⁸, é a prova de que a civilidade está em crise.

Basta lembrarmos do diplomático italiano que foi acusado de matar sua esposa na Tailândia e, depois de quatorze anos preso, foi absolvido pela Corte de apelação de Bolonha¹²⁹. Nesse sentido, conclui-se que a sentença de absolvição implica, necessariamente, em um erro judicial¹³⁰. Não podemos confundir a culpa com o erro

¹²⁵ BOUDON, Raymond; Et Al. **Dicionário de Sociologia**. Trad. De Antonio J. Pinto Ribeiro. Lisboa: dom Quixote, 1990. GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. atual e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020. p. 268.

¹²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. – São Paulo: Editora Pillares, 2009. p. 65/67.

¹²⁷ Ibidem, p. 64/66.

¹²⁸ Ibidem, p. 65.

¹²⁹ Ibidem, p. 95.

¹³⁰ Ibidem, p. 94 e 95.

profissional; entretanto, o erro *in judicando* está no fato de o instrumento processual ter, de certa forma, perturbado a vida daquela pessoa acusada que, ao final, foi absolvida, mas sua conduta ainda será duvidosa perante os demais, afinal, as primeiras impressões detêm um peso maior sobre as demais, ainda que entenda-se pelo oposto daquilo que acusou, pois, conforme ilustra Solomon Asch, “[...] os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida”¹³¹.

O ponto é: em que pese a multidão fiscalizar o processo com o intuito de provar que estava certa quanto à culpabilidade do sujeito, sendo exposto sem cautela pela mídia, gerar-se-á uma difícil tarefa ao magistrado, que se inclinará pelo devido processo penal (corretamente), ou por seu instinto político e pela opinião pública. Trata-se aqui, propriamente, da diferença entre a culpa e o erro profissional. O juiz será posto, com a devida ciência, à figura de herói ou vilão; independentemente disso, não deve inclinar-se pelo o que pensarão dele, mas sim, pelo o que realmente se deve fazer.

O magistrado também é um ser humano passível de equívocos e de sanidade mental deturpada pelos problemas que enfrenta no dia a dia. Sua atuação irá muito além de sua figura de direito, envolvendo questões psicológicas e pedagógicas. Todavia, a razão deve prevalecer em contrapeso à emoção, de modo a julgar buscando a correta aplicação ao fato.

No mais, a pena tem o caráter de prevenção geral, como ensina Beccaria, ao passo em que sua forma positiva tem um fundamental papel quanto à efetivação do direito, a aprendizagem em sentido socio-pedagógico e a pacificação social, muito bem ilustrado por Roxin¹³². Até lá, a função do magistrado é assegurar que ao acusado se dê a devida averiguação de sua possível incriminação, bem como que seja considerado, previamente, inocente.

¹³¹ ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4. ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 182-183. Apud LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 80.

¹³² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general, tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Civitas, 1997. p. 91 e ss. Apud GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massa. 2. ed. atual e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020. p. 256.

3.4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EMENDATIO LIBELLI

A presunção de inocência não era bem vista pelos pensadores que nortearam o Código de Processo Penal de 1941. Em nenhum momento se constata qualquer menção ao presente princípio, tal qual “era posto em prática” única e exclusivamente, nas hipóteses de o juiz ter de exaurir ao máximo de seu poder de persuasão para encontrar vestígios capazes de incriminar o acusado – quer por meios legais ou ilegais -, e de ter exercido seu livre convencimento, na qual ainda o deixava com vasta dúvida acerca da culpabilidade do réu¹³³.

Há, até o presente momento, uma considerável defesa ao princípio do *in dubio pro societate*, o qual existe desde a Era Vargas, sob influência do positivismo italiano. O que se quer dizer com isso é que havia uma presunção de culpabilidade do réu, ainda que este nada tenha feito. Nesse sentido, para Sandy Gusmão, a presunção de inocência apenas decorreria de uma sentença absolutória, pois presume-se que o acusado é culpado; ou seja, não bastava o réu ter de enfrentar a “dupla acusação”, com também, deveria torcer pela sorte, pois, na dúvida do magistrado, seria preso¹³⁴.

Dessa forma, ainda, sob outras perspectivas, tinha-se o princípio como seletivo de direito. Seletivo, pois, alguns acusados poderiam gozá-lo, enquanto outros, não. E de que forma se escolhia quem estava apto à sorte ou ao direito de ser considerado inocente em caso de dúvida? Na concepção de Gloeckner, aqueles que gozariam do princípio seriam os de bons antecedentes; dessa forma, traz a fala de Tornaghi (1967, p. 2086), o qual defende que seria ingênua a aplicação da presunção de inocência a um homicida, por exemplo, que já fora condenado por crime anterior¹³⁵.

E, como dito, não seria diferente sua não aplicação no nosso Código de Processo. Na Exposição de Motivos, ao mencionar raríssimas vezes o princípio – mas

¹³³ LIMA, Ricardo Juvenal. **A Evolução Histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**. Monografia. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016. p. 63. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166559/A%20evoluc%cc%a7a%cc%83o%20histo%cc%81rica%20do%20Princi%cc%81pio%20da%20Presunc%cc%a7a%cc%83o%20de%20Inoce%cc%82ncia%20no%20Processo%20Penal%20Brasileiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jan. 2021.

¹³⁴ GUSMÃO, Sady Cardoso. **Código de Processo Penal (breves anotações)**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 67. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 427.

¹³⁵ TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. T. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 2086 Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 427

de forma crítica -, Francisco Campo o classificara como “excesso de pseudodireitos”¹³⁶. Pseudodireitos que sequer são verdadeiramente aplicados até hoje. Nota-se uma influência positivista, inclusive, sob perspectiva de uma Constituição Cidadã. Se o direito mínimo de ser considerado inocente é tratado como excesso e *pseudo*, então o que se poderia definir como direito básico? Haveria um grupo seletivo que estaria fora desse panorama?

Aqui, certamente, envolve muito mais do que o papel do juiz, que exerce sua função de terceiro imparcial. Estamos a falar de um “círculo vicioso”, onde estão ligados a sociedade na forma midiática, a acusação e o julgamento. Não obstante, além da carência do direito de o acusado ser considerado inocente até o trânsito em julgado, um fator adicional que o prejudicaria é a *emendatio libelli*.

Nos primórdios do Código de Processo Penal de 1941, a *emendatio libelli*, segundo Francisco Campos, estaria ligado, entre elas, ao interesse de uma defesa social e inexistência de direito a uma pena determinada. Quanto ao último, o juiz não estava limitado à imputação oferecida pelo Ministério Público, sendo livre para qualificar o fato jurídico, ainda que viesse a aplicar pena maior ao réu¹³⁷.

A figura do juiz é posta como forma de assegurar a legalidade do processo, sendo que, até hoje, se concede liberdade para que aplique, ou não, definição jurídica diversa do fato. Mas, há de se questionar: até que ponto essa liberdade está ligada ao protagonismo do magistrado, e até que ponto está ligada ao exercício da sua função?

Provavelmente, neste caso, haveria um equilíbrio no que diz respeito ao julgador. Ainda que não poderia “atuar” no processo como se parte fosse, não deveria, também, permanecer inerte em caso de acusação injusta oferecida pelo Ministério Público. Não pode ser visto como mero espectador que apenas observa o conflito judicial, e, ao final, decide por quem lhe convence melhor de suas razões, ou, até mesmo, com base apenas nas provas materiais – neste caso, sem dar a mínima para as oitivas, audiências, legalidades, possíveis nulidades, interrogatório etc.

Há uma notória diferença entre sua atuação em prol dos interesses do Estado, em comparação à sua atuação em prol da manutenção da integridade do

¹³⁶ TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. T. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 2086 Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 424

¹³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 435.

ordenamento jurídico. O protagonismo correto, no caso, se refere ao estímulo do contraditório e a condução do processo para que não haja nenhum tipo de ilegalidade e injustiça, de modo a ser o que lhe cabe: um julgador imparcial.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. destaca que esta inadequada utilização da *emendatio libelli*, devidamente prevista no artigo 383, do Código de Processo Penal, é uma afronta ao sistema acusatório e ao direito de defesa, ao passo em que o desvio do conteúdo poderá representar uma postura de assumir os rumos da acusação, violando, inclusive, o princípio da correlação¹³⁸.

Ainda que tenhamos o contraditório nos casos em que ocorrer *emendatio libelli*, certo é que o juiz não pode estender sua função para além de julgador, ao passo em que, com isso, estaria adotando a função acusatória, demonstrando total interesse na condenação do acusado. O juiz não tem a figura de *protetor* dos *direitos estatais*, mas sim, de um membro do Estado que tem a função de aplicar a lei nos limites de sua função, qual seja, julgar e instruir o processo nos termos do devido processo legal.

Embora entenda-se que o acusado irá se defender daquilo que lhe foi imputado¹³⁹, fato é que o magistrado, estando convencido de ser crime diverso, não será facilmente convencido pelas alegações da defesa e, até mesmo, do órgão acusador, posto que terá sua convicção viciada no que diz respeito ao processo. Trata-se, no caso, de uma presença notória do Estado Social, precursor do nosso processo penal, em 1941, em tempos de Estado Democrático de Direito.

Nesta toada, estando o juiz incerto quanto ao teor do processo, corre-se o risco de as decisões estarem fundamentadas em simples motivação pessoal do juiz, de modo que há certamente uma problemática quanto ao pretexto de que “o juiz conhece o direito”. Conhecer o direito não é aplicar aquilo que entende, mas sim, fazer com o que o direito postulado seja aplicado na sua correta forma.

3.5. REFORMAS PARCIAIS E O PERÍODO DITATORIAL

¹³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 109.

¹³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. 1. ed. [Obra eletrônica]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Com o fim da Era Vargas, houve a promulgação da Constituição Federal de 1946, preservando-se o unitarismo em matéria processual¹⁴⁰. Todavia, em 1964, por meio de um golpe militar, instaurou-se uma ditadura que perdurou 21 anos.

O primeiro anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal surgiu um pouco antes da ditadura militar, ainda sob o governo de Jânio Quadros. Entretanto, sequer foi aprovado. O anteprojeto era de responsabilidade de Hélio Tornaghi, pelo qual baseava-se na crítica e manutenção de alguns institutos processuais penais¹⁴¹.

Apenas para elucidação dos fatos, o projeto não romperia com o que já estava na legislação do Estado Novo, ao passo que qualquer prova que não viesse a atentar contra a moral seria admissível. Por mais que obtivéssemos alguns avanços – como o estabelecimento de um prazo para a prisão cautelar -, este mantinha-se ligado ao autoritarismo do Código inaugural de 1941. Todavia, nem mesmo foi encaminhado ao Parlamento¹⁴².

Já durante o governo militar, após diversos Atos Institucionais que revogaram direitos e garantias, inclusive, de magistrados – vide o AI nº 1 – e de atritos com o próprio Supremo Tribunal Federal, levantou-se um novo projeto conhecido como “Projeto Frederico Marques”, criado a partir do Decreto 61.239, de 1967, no qual havia a “Comissão de Coordenação e Revisão dos Códigos vigentes”¹⁴³.

O projeto baseou-se na crítica ao Código de Processo Penal de 1941, sendo que o próprio Presidente à época, Ernesto Geisel, o encaminhou ao Congresso para aprovação, o que não veio a ocorrer. Critica essa diretamente ao Estado Novo e o inquisitorialismo presente, de forma que se buscava, dentre seus objetivos, por uma maior tutela da defesa¹⁴⁴.

Mas não só isso. O projeto defendia o equilíbrio entre acusação e defesa, pois ao mesmo tempo em que aludia ao fato de haver uma maior presença dos direitos da defesa, também pleiteava o fortalecimento do Ministério Público¹⁴⁵. É aí que mora a diferença. É notória a necessidade de um equilíbrio (legal) entre acusação e defesa,

¹⁴⁰ LEITE, Gisele. **Histórico do Direito Processual no Brasil**. *Jornal Jurid*, 16 set. 2019. ISSN 1980-4288. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/historico-do-direito-processual-no-brasil>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁴¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 442-443.

¹⁴² *Ibidem*, p. 445/447.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 448/449/451.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 451.

uma paridade de armas entre as partes, o que não é condizente com uma atuação única e exclusivamente em favor da acusação, como se tutelasse apenas os interesses do Estado – veja que nesse sentido, nem mesmo a vítima tinha seus direitos violados. Até porque, neste caso, a presença do Juiz como imparcial será deixada de lado, pois o Estado une forças do acusador e do julgador para buscar a condenação do réu que não teve nem mesmo o direito de se defender das alegações.

Na Exposição de Motivos, Marques explicará o porquê tal paridade é importante e não só o direito da própria defesa, para não estarmos diante de um “estatuto legal de ‘S. Exa., o réu’”¹⁴⁶. O processo penal não é um jogo de quem tem privilégios; trata-se de um instrumento de direitos a fim de investigar a conduta de uma pessoa acusada, assegurando expressamente seus direitos para que não haja ilegalidade e desequilíbrio entre a paridade de armas. Nítido notarmos que não há violações ao acusador; mas, como dito, se ele não tiver um mínimo material para buscar fatos e provas – de forma legal – acerca da acusação, estaríamos diante de um país sem leis, onde o crime é a principal atividade presente.

Percebe-se que o processo já caminhava para uma melhoria em relação aos direitos. Ainda que vivêssemos em um estado de exceção e que sequer fora aprovado o Projeto, vale demonstrar alguns pontos interessantes apresentados por Marques: primeiramente, dispunha sobre uma defesa prévia antes mesmo do recebimento da denúncia – o que nem mesmo hoje temos; além disso, em seu art. 415, fazia menção a que o juiz não poderia dar definição diversa da que constar no despacho saneador, salvo, por exemplo, em benefício do réu. Por fim, de forma surpreendente para os padrões da época, defendia-se o arquivamento dos autos diretamente pelo próprio Ministério Público¹⁴⁷.

Antes de adentrarmos no último projeto que antecede a Constituição de 1988, cabe aqui apresentar alguns pontos constitucionais que foram violados pela Ditadura Militar. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal e o processo penal ficaram de fora dos ataques do governo. Como se pode ver, governava-se por meio dos Atos Institucionais, e não pela própria Carta Magna vigente – inclusive, para os Coronéis,

¹⁴⁶ MARQUES, José Frederico. **O Novo Código de Processo Penal**. p. 69. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279047241.pdf. Acesso em: 15 janeiro 2021.

¹⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 452-454.

era a Constituição que se subordinava ao Ato, e não ao contrário¹⁴⁸. Dessa forma, tudo aquilo que fosse uma ameaça, ou até mesmo um simples incômodo aos militares, era passível de suspensão, cassação ou perseguição.

Já no primeiro Ato, houve a suspensão da garantia da vitaliciedade da magistratura, o que prejudicava a garantia do acusado de ser julgado por tribunal independente. Nesta toada, o AI-5, o mais utilizado pelos militares, limitou o uso do *Habeas Corpus* pelos cidadãos.

Por simples liberalidade do governo, o qual tinha interesse em estar presente nas decisões da Suprema Corte, aumentou-se o número de Ministros para 16 membros¹⁴⁹. E o Supremo, ainda que com Ministros que apoiavam a “Revolução”, começou a sofrer interferências. A apreciação de recursos criminais e de *habeas corpus* impetrados em favor de investigados por crimes políticos foi marcada por contradições. De início, houvera uma radical intervenção em suas atividades, logo após a concessão de *habeas corpus* para alguns governadores. O interesse de alguns apoiadores era a cassação de dois ministros indicados por João Goulart: Evandro Lins e Silva e Hermes Lima. Ainda, a intenção fora confirmada por Costa e Silva, que afirmou ter poupado o Supremo no momento inicial do Regime a pedidos do próprio Francisco Campos, que articulou que deveria haver a preservação de, pelo menos, um dos Poderes¹⁵⁰.

Finalmente, viera outro projeto, o “novíssimo”, de 1981, sete anos antes da promulgação da nossa atual Constituição Federal. Por mais que tenha sido retirado de pauta em 1989, alguns pontos são relevantes, em termos de comparação com o atual código e, como dito anteriormente, com o que vivíamos à época.

Dentre as características, destaca-se a retirada de instauração da ação penal de ofício, cabendo, exclusivamente, ao Ministério Público. Nesta toada, passaria a ter um procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como, poderia ser aplicada pena alternativa à prisão¹⁵¹. Como dito, por mais que o projeto fora retirado de pauta, percebe-se que tais pontos vigoram no nosso atual

¹⁴⁸ VILLA, Marco Antonio. **Ditadura à brasileira – 1964-1985**: A democracia golpeada à esquerda e à direita. Rio de Janeiro: LeYa, 2014. p. 74.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 79.

¹⁵⁰ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **ENTRE O DEVER DA TOGA E O APOIO À FARDA**: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 32, n. 94. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200512&lng=en&nrm=iso. Acesso em 02 fev. 2020.

¹⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 457.

código de processo, o que demonstra, de certa forma, uma mudança no pensamento autoritário da sociedade em si, não só dos próprios juristas. Ainda, muitas vezes, nem necessária era a prisão do sujeito que cometeu uma infração penal de trânsito, por exemplo, o que poderia, de certo modo, ser punido por outros meios, em paridade com o crime que cometeu.

Evidente que, com o passar dos anos, houve uma mudança no pensamento crítico e na forma processual adotada. Surge uma nova mentalidade na qual os novos rumos do processo se iniciam com a Escola Processualista de São Paulo, ao passo em que passou-se a repensar a justiça e sua administração, saindo de um meio técnico estatal, e caminhando para um instrumento político garantidor dos direitos e efetivação da justiça, graças a uma maior participação da sociedade¹⁵².

Para Antônio Carlos Wolkmer, segundo o próprio artigo:

(...) descrever o significado e a função que exerce o pensamento crítico no Direito não só no sentido de questionar e desmitificar o que legalmente está posto (o injusto e ineficaz), mas, sobretudo, como um instrumento pedagógico que possibilite a construção das premissas fundantes que conduzem a um Direito 'novo'. É natural, em face da crescente problematização, que se faça a aproximação e o paralelo entre a 'crítica jurídica' e a prática do 'Direito Alternativo'¹⁵³.

Nesta concepção, com a maior participação da sociedade e um pensar crítico ao direito anteriormente posto, de modo que, além da matéria estritamente legal, abarca-se as demais áreas auxiliaadoras do direito em âmbitos psicológicos e sociais, está-se diante de uma prática do direito em que se visa ainda mais a eficiência da lei, em conjunto à real situação da sociedade, do que propriamente a cegueira deliberada punitivista.

¹⁵² CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira; SOUZA, Vinícius Roberto Prioli. **Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil**. Revista Consultor Jurídico, 3 de agosto de 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaio-teoria-critica-direito-brasil>. Acesso em 02 fev. 2020.

¹⁵³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 152-153.

4 AUTORITATISMO PROCESSUAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DEMOCRACIA

Após 21 anos de regime militar, a realização das eleições indiretas de 1985, na qual o Colégio Eleitoral elegeu a chapa Tancredo Neves – José Sarney, tendo este último assumido, e as Diretas Já, o maior movimento político estudantil pós ditadura militar, enfim fora promulgada a Constituição Federal de 1988, mais conhecida como “Constituição Cidadã”.

De certa forma, havia novas esperanças quanto ao rumo em que o país tomaria após um longo período de Estado de exceção. Esperava-se a consolidação da democracia e da própria República. Por mais que a Constituição, em seu rol de direitos e garantias (art. 5º) denotava uma certa preocupação, houve a permanência de certos resquícios autoritários num todo, mas, principalmente, no Código de Processo de 1941, que ainda vigora em tempos de redemocratização.

Especulasse que a Constituição veio apenas para fins formais, pois nada teria mudado em relação ao que já vinha sendo decidido pelo próprio Judiciário. De todo modo, nos parece que sua promulgação tinha como objetivo conter os anseios populacionais por uma nova Carta Magna que protegesse os direitos da sociedade e, ainda, sobreviesse a antiga Constituição, de 1967.

Claro, não será da noite para o dia que uma mentalidade autoritária mudará, nem mesmo que o Poder Judiciário revisará todas as suas decisões; mas cabe-nos aqui destacar um resquício autoritário presente em decisão de Habeas Corpus três anos após o advento da Constituição: o Supremo Tribunal Federal, então guardião da Constituição, ao julgar o HC nº 68.726¹⁵⁴, de 1991, entendeu cabível a prisão após decisão do órgão julgador de segundo grau, indo de afronta à própria ordem

¹⁵⁴ “Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”.

constitucional que, em seu artigo 5º, LVII, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁵⁵.

No entanto, mais preocupante ainda é a afronta a este princípio nos tempos atuais. É, ou era, ao menos, comum vermos decisões, inclusive da Suprema Corte, no sentido de permitir a prisão após decisão condenatória em segunda instância, sendo que o texto é claro e objetivo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O que se discute aqui é a fundamental aplicação do que o legislador trouxe à tona. Motivações políticas e *pro societate* não devem prevalecer em relação a um direito fundamental do ser humano. Não cabe ao Judiciário decidir de forma diversa ao que a Lei impôs, pois sequer estamos falando de Mutação Constitucional, por exemplo.

Se é ou não possível a prisão após decisão em segunda instância, cabe ao Legislativo discutir sua necessidade e, se for o caso, alterar o texto constitucional, para que se tenha, assim, uma aplica o correta da lei pelo Judiciário. Se não   mais possível constituir fatos e provas após a segunda instância, não   dever daqueles que julgam atuar de ofício e por convic o própria sobre o que deve, ou não, prevalecer: a aplica o concreta da lei, ou o direito *pro societate*.

  notória a ausência de adapta o do modelo normativo anterior   nova ordem constitucional. E, nesse sentido, explicam Alexandre Ribas de Paulo e Valine Castaldelli Silva que:

A leitura das normas processuais penais também deve ser realizada sob a  tica constitucional, como forma de efetiva o das garantias constitucionais. Isso porque, a concep o ideológica de um processo penal democrático pressupõe a existência de um processo dial tico, na qual está reservado ao juiz a fun o de julgar, mas sempre com a colabora o das partes, o que sacramenta as diretrizes do sistema acusat rio¹⁵⁶.

¹⁵⁵ PATTO, Belmiro Jorge. **O Código de Processo Penal Brasileiro 75 anos depois: uma trajetória de autoritarismos, ineficiências, descasos e retrocessos.** Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11 n  1, jan/jun. 2017. p. 17. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/91/130>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

¹⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 71. In: PAULO, Alexandre Ribas de; SILVA, Valine Castaldelli; MAZIERO, Gabriel Orsini. **A iniciativa do magistrado para produ o de provas no processo penal brasileiro conforme um olhar foucaultiano.** Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 1005-1006, mai.-ago. 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7731768.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2021

Ainda que não expresse, vale lembrar que a Constituição de 1988 adotou o sistema acusatório para o processo penal, ao passo que o acusado passou a ser tratado como parte, e não mais como objeto no processo¹⁵⁷, ressaltando-se a presença deste sistema como um dos pilares das garantias individuais abarcados pelo texto constitucional. Todavia, o sistema inquisitório permanece em certos pontos do processo, como a ampla defesa, em alguns casos, o contraditório e a atuação do magistrado, por exemplo.

4.2. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial foi inaugurado com o advento da Lei nº 2.033, de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 2.824, do respectivo ano. Em seu artigo 42, conceituava-se como “(...) todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”¹⁵⁸. É, por bem, um procedimento investigatório, no qual a Polícia Judiciária colherá as provas necessárias, a fim de verificar a necessidade de oferecimento de denúncia para dar início à ação penal.

Nas palavras de Guilherme Nucci:

O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Nessa ótica, confira-se o disposto pelo art. 2.º, § 1.º, da Lei 12.830/2013, cuidando da finalidade do inquérito: ‘a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais’¹⁵⁹.

Nesta toada, a investigação, diferente da ação penal, terá caráter inquisitivo, não permitindo a ampla defesa do investigado. Para Nucci, ainda, se faz desnecessária a realização de uma “segunda instrução” idêntica, sendo realizada a

¹⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 16.

¹⁵⁸ GODOY NETO, Raul. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 14 – jul. / dez. 2009. p. 21. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_\(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa).pdf). Acesso em: 05 de maio de 2021.

¹⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 42.

primeira pelo delegado, e a segunda pelo juiz¹⁶⁰. Nesta linha, o autor denomina o contraditório na fase de investigação e na ação penal como “duas instruções idênticas”. De certa forma, se tivéssemos um amplo contraditório no inquérito, chegaríamos com maior facilidade à impunidade daqueles que realmente cometeram o crime, como também, veríamos maiores ilegalidades e volumes de processos a serem decididos.

Ilegalidade, pois, sabemos que o nosso sistema de justiça apresenta deficiência com relação à celeridade, com muitos erros processuais e prisões atemporais, pelas quais, por exemplo, se verifica uma prisão excessiva, fora do tempo determinado, por falta de fiscalização, na maioria das vezes. Ainda, com essa “segunda instrução”, veríamos um vasto campo de recursos que poderiam ser usados para atrasar as investigações, ou também, prejudicar o andamento do processo.

Nessa lógica, o inquérito pode, no mais, ser sigiloso, não sendo permitida a qualquer um – salvo às partes – a averiguação do trabalho do Estado e o que está acontecendo. Para isso, como dito, temos as partes, que têm acesso à investigação, inclusive, no que diz respeito à fiscalização da regularidade da produção das provas. Entretanto, fato é que nem sempre a própria defesa do investigado terá acesso a elementos do procedimento administrativo, como, por exemplo, à produção de provas por meios sigilosos, uma vez que estas podem se perder no espaço caso o investigado tenha conhecimento de sua produção. A mais comum delas é a interceptação telefônica, pela qual o interceptado somente tomará conhecimento de sua obtenção já quando finalizada e juntada aos respectivos autos do inquérito.¹⁶¹

Embora o procedimento adote o sistema inquisitório para a sua condução, e ainda que acessível às partes para que haja uma importante fiscalização de defesa contra eventuais procedimentos investigatórios secretos, ainda vemos pessoas defendendo sua extinção por diversos motivos, como também, erros escancarados em sua condução, o que, de certo modo, impossibilita aos advogados contestarem e requererem uma ampla defesa, também, em relação às provas.

Defender e aplicar modelo diferente do inquérito revela uma faceta autoritária, contrariando o devido processo penal¹⁶². Conforme já mencionado neste trabalho,

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 63.

¹⁶¹ Ibidem, p. 64.

¹⁶² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; GIACOMOLLI, Nereu José; MONTEIRO, Aline Maria. **Sistema Penal e Violência**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre,

durante o início da vigência do nosso Código de Processo, defendia-se a ajuda às autoridades policiais por parte de civis no tocante à investigação e neutralização do acusado ou réu, pois era de “interesse de todos” a punição daquele que infringiu norma estatal. Atualmente, o tema que mais se aproxima disso é o da possibilidade de se utilizar detetives particulares para auxílio na investigação, embora suas funções sejam devidamente limitadas pelo Código Penal.

No mais, concernente às provas, é possível verificar que se tem um impedimento ao investigado de contrapor as de sua provável autoria, sendo apenas autorizada na ação penal, quando, muitas vezes, se poderia concluir pela inocência deste em uma simples contraposição durante o inquérito policial. Desse modo, ainda que inquisitório e (relativamente) sigiloso, se deveria conceder um direito amplo de defesa, o que tornaria as autoridades ainda mais imparciais, vez que a instrução deixaria de ser tarefa exclusiva da polícia judiciária, e passaria a ser compartilhada entre todas as partes do processo¹⁶³.

Como anteriormente defendido, não se busca um direito à parte de contrapor todo e qualquer ponto da investigação, o que ensejaria certa afronta à celeridade, concedendo brechas às partes para que utilizem meios a fim de buscar a prescrição da investigação, por exemplo. Busca-se, em verdade, o direito de acesso e acompanhamento da investigação no limite possível, com a possibilidade de contraditar provas ainda em inquérito, junto à autoridade policial e ao Ministério Público, insurgindo-se contra evidências que contra si pesam e que de certo modo evitariam ilegalidades e, até mesmo, o oferecimento de denúncia pelo órgão acusador.

Neste sentido, os autores Paulo Vinicius Sporleder de Souza, Nereu José Giacomolli e Aline Maria Monteiro trazem dois pontos importantes a serem levados em conta:

Diante disso, duas são as providências a serem adotadas pela autoridade policial quando da intimação do suspeito ou indiciado.

No primeiro caso, não havendo ainda provas suficientes da autoria do crime, deve a autoridade reduzir a termo as declarações do investigado, contudo, em face mesmo de leve suspeita, adverti-lo dos direitos de não produzir prova contra si mesmo ou do direito de permanecer em silêncio, as consequências de sua confissão, bem como o de ser assistido por um defensor habilitado.

De outra sorte, havendo indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, ao ser inquirido em sede policial e observados os requisitos

V. 3. Nº 1. 2011. p. 78. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenal/eviolencia/article/view/7744/6418>. Acesso em: 14 fev. 21.

¹⁶³ Ibidem, p. 83.

formais e materiais de que dispõe a lei processual penal referente ao interrogatório (art. 185 a 196 do CPP), naquilo aplicável ao inquérito policial (art. 6º, V do CPP), o delegado de polícia deverá dar ciência ao suspeito da existência do crime e dos indícios de que ele é o autor, bem como das eventuais provas contra ele reunidas, facultando-lhe iniciar sua defesa¹⁶⁴.

Quanto ao primeiro ponto, é fato que já o adotamos em nosso sistema. No mais, vale destacar o seguinte, muito bem ilustrado pelos autores. Se há crime e indícios de autoria, poderiam muito bem as autoridades dar ciência ao acusado, possibilitando-o de contrapor eventuais provas já produzidas, com o intuito de lhe garantir o contraditório.

4.3. INSTRUMENTALIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que a instrumentalidade seria a relação existente entre direito material e direito processual. No mais, consistiria em uma abertura processual à concepção publicista. Ainda, abarcaria nesta abertura a sociologia jurídica e política. Trata-se, assim, de alterar a realidade social, porém sem abdicar da técnica¹⁶⁵.

Em outras palavras, equivaleria à certa submissão do processo a finalidades que lhe seriam “impostas” desde outras instâncias, como explica Gloeckner, ao citar Cândido Dinamarco¹⁶⁶. Seria, portanto, uma mudança do processo com o avanço da sociedade? Ou uma imposição da sociedade para que o processo se adéque aos tempos atuais? É o que analisaremos a seguir.

Na concepção de Dinamarco, o processo acompanha as alterações advindas das decisões políticas tomadas. Dessa forma, o processo deverá ser reinterpretado à luz do Estado Democrático de Direito, fazendo ligação às mutações da ordem

¹⁶⁴ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; GIACOMOLLI, Nereu José; MONTEIRO, Aline Maria. **Sistema Penal e Violência**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, V. 3. Nº 1. 2011. p. 83-84. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenal/eviolencia/article/view/7744/6418>. Acesso em: 14 fev. 21.

¹⁶⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 547-548.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 549.

constitucional¹⁶⁷. Ainda, em que pese tal reformulação, o processo deve seguir como instrumento do Estado, objetivando determinados fins políticos, sociais e jurídicos, de modo que o juiz seria o responsável por reequilibrar as atividades das partes, quando verificasse desigualdade entre elas, corrigindo a atividade processual¹⁶⁸.

Todavia, até que ponto a atuação do juiz não configura protagonismo? Para Dinamarco, a sentença representa não só ato próprio da função jurisdicional, como também, corresponderia a uma manifestação de como deveria ser organizada a sociedade, tratando-se, no caso, de um ato político¹⁶⁹.

Se a sentença é um ato político, ao magistrado se concede o poder de decidir, “em prol do bem comum”, como bem entender o sentido de “sociedade organizada”. Seria essa, portanto, um dos pontos que se concede foro privilegiado, por exemplo? Não deixar certos cargos *políticos* serem decididos por “qualquer” magistrado, que poderá proferir uma sentença fundada no cunho político, e não técnico.

No caso, o autor faz menção acerca da vinculação da jurisdição a finalidades exteriores da sociedade, ao passo em que traz a fala de Dinamarco¹⁷⁰ por quem a “jurisdição deve ser vista como uma das expressões do poder estatal, que é uno”, se diferenciando “pela natureza do serviço prestado, ou seja, da função exercida”. Na concepção do primeiro autor¹⁷¹, esta forma de jurisdição – manifestação da unidade de poder – conceberá uma aversão ao formalismo, concedendo certos poderes ao juiz, transformando-o em um agente político. Nesse sentido, quanto ao tema das nulidades, a instrumentalidade das formas será ainda mais aplicada, de modo que o magistrado poderá ajustar o processo como bem entender, levando em conta o caso em apreço, sendo, portanto, o real protagonista do processo.

Difícilmente, esta tendência venha a acabar. Como se observa, recentemente em nossa história tivemos episódios trágicos em que hackers divulgaram conversas mostrando atuações conjuntas entre a acusação e o julgador, ao passo em que esse orientava o primeiro de como deveria agir. A concepção política neste caso é trágica. Como dito anteriormente, se ao magistrado se concede poderes para ajustar o

¹⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 30/36-37. Apud GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 558.

¹⁶⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 551.

¹⁶⁹ Cf. Ibidem, p. 556.

¹⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 115/118.

¹⁷¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 558.

processo e decidir de forma livre, “em prol da justiça pela sociedade”, do que levamos como lição a promulgação da Constituição Federal há mais de 30 anos, com relação ao processo penal? Por mais que o ser humano não seja perfeito, e a presença de certas falhas sejam comuns, a não correção acarreta desprezo pela norma legal. Será que realmente buscamos o progresso em termos de direito? Ou queremos apenas a festividade da vingança?

Vingança essa baseada em um real cometimento criminoso, ou, ainda, por aversão política. Não justifica o fato de que o “clamor social chama a necessidade de acabarmos com a impunidade, pois vivemos em uma crise prisional”. Como dito no começo, não passa de um discurso autoritário que perdura há décadas, pois nunca saímos da tal crise. Ainda, retomando, trata-se de uma concepção moralista de normar e legislar, apenas com o intuito de provar que estes são diferentes daqueles.

Dinamarco expõe que essa contemporaneidade está ligada a problemas advindos da crise de autoridade, deflagrando problemas relacionados às estruturas de poder¹⁷². No mais, ao trazer o presente discurso, Gloeckner pontuará que a perda da credibilidade da justiça teria como escopo a morosidade dos processos, a impunidade, o formalismo etc., de forma que, para o autor, “claramente a instrumentalidade do processo penal, neste sentido, deveria ampliar a punitividade do sistema brasileiro e diminuir as formas processuais, algo que reside na estrutura ancilar do processo penal brasileiro de 1940”¹⁷³.

Neste caso, a ampliação da punitividade não diminui a criminalidade, apenas tornando a sociedade mais ressentida, de modo que clamará por mais leis penais severas, satisfazendo a consciência coletiva, gerando expectativas de estabilidade e reafirmando a ordem social. No mais, ao perder a fé na eficácia das então criadas leis, a sociedade defenderá sua multiplicação, agindo contraditoriamente, criando um círculo vicioso e disseminando, ainda mais, o pecado (crime); satisfazendo, tão somente, os moralistas purificados na alma¹⁷⁴.

Portanto, o agir racionalmente é o único meio para romper esta lógica vintagiva-punitivista. Já defenderia Beccaria, em 1764, ao escrever o livro *Dos delitos e das penas*, que a racionalidade iluminista é composta pela certeza do castigo, ainda que

¹⁷² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v. 1., 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 559.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massa. 2. ed. atual e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020. p. 15-16.

meramente suave, em conjunto com a realização das reformas socioeconômicas e educativas¹⁷⁵.

4.4. PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS DA REFORMA DE 2008

Se a estrutura punitivista do Código de Processo reside desde os primórdios dos anos 40, foi apenas em 2008 que, por meio de uma efetiva reforma, buscamos maior adequação à Constituição Federal de 1988.

Como já exposto, algumas tentativas de reformar o processo penal foram levantadas antes mesmo do advento da Carta Magna vigente. Todavia, vivíamos sob forte influência do poderio militar e rodeados por incertezas de golpes e disputas políticas que assolavam o futuro da nação.

Para a realização da reforma, nomeou-se uma comissão a fim de propor uma série de leis capazes de alterar os problemas processuais, de modo que foram apresentados, em 1994, seis projetos que buscavam alterar desde o inquérito policial até a contagem de votos no júri. No entanto, o governo entendeu necessário aperfeiçoá-los, visto que não eram satisfatórios no que diz respeito às garantias dos direitos fundamentais do acusado¹⁷⁶.

Na sequência, em 2001, foram entregues ao Ministério da Justiça sete anteprojetos de lei que estavam ligados ao aperfeiçoamento dos anteriormente apresentados, que, por sua vez, tiveram como vitrine o Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América, o qual se baseava em preceitos da Convenção Europeia de Proteção aos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais e da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷⁷.

O objetivo da reforma era “modernizar” o procedimento criminal, ao passo em que atenderia não só uma concepção jurídica, mas também, sociopolítica – como, por

¹⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. atual e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020. p. 16.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; DUARTE, Thaís Lemos. **Do processo penal colonial à reforma processual de 2008: análise sócio-histórica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Intersecções, 2011. v. 13, n.1, p. 57. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/4604/3403>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 58.

exemplo, a sentença dentro de um prazo razoável. Dentre os pontos da reforma, um possui especial relevância com relação ao presente tema: a prova no processo¹⁷⁸.

Antes da reforma de 2008, dividia-se a prova ilícita com base na doutrina de Pietro Nuvoleone, o qual diferenciava prova ilícita – aquela que fere o direito material -, de prova ilegítima – aquela que atinge o direito processual. Contudo, com o advento da reforma, o legislador deixou de especificar qual o tipo de norma violada gera prova ilícita, a material ou a processual. Na visão de Antonio Scarance, Guilherme Madeira e outros, a distinção feita por Nuvoleone deve ser mantida. Já para Gustavo Badaró, pouco importa¹⁷⁹.

No entanto, para que isso tenha maior efeito com relação ao que aqui discutimos, basta tomar como ponto central a atuação do juiz contaminado. Trata-se de magistrado que, ao tomar conhecimento da prova ilícita, deve ser afastado do processo. Embora alega-se que o juiz não poderá utilizar desta prova para fundamentar sua decisão, estamos a falar de um ser humano, ou seja, o qual não é capaz de ignorar determinados fatos¹⁸⁰.

E vale lembrar as palavras de Cândido Dinamarco, aqui já expostas, quando traz que a sentença é, também, um ato político. Se como bem ilustra Durkheim que o fogo das paixões não cede sua primazia à razão, no mesmo sentido, mas adaptado ao tema em apreço, vale o ensinamento de Madeira que, para o autor, “ao juiz não basta ser subjetivamente imparcial, deve ele demonstrar a ausência de motivos que afetem a sua imparcialidade”¹⁸¹. Quer dizer, a manifestação de seus pretextos (razões) que exprimem sua imparcialidade é a prova de que o magistrado não se deixa levar por seus instintos (paixões) pessoais para decidir o caso.

Neste sentido, ainda, Francesco Carnelutti defende que o juiz, no intuito de buscar a história do imputado, enquanto escutá-la (ou averiguá-la), a faça superando sua desconfiança, sendo essa a primeira condição para um relato verdadeiro. Ainda, com relação a sua história, deve o magistrado entre eles se resignar, mas sem fundar sobre ela (história) seu juízo e, principalmente, seu desprezo¹⁸².

¹⁷⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **A Reforma Processual Penal de 2008 e a modernização da Administração Pública**, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21969/a-reforma-processual-penal-de-2008-e-a-modernizacao-da-administracao-publica>. Acesso em: 02 mar. 2021.

¹⁷⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 575/578-579.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 580-581.

¹⁸¹ Ibidem, p. 581.

¹⁸² CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. – São Paulo: Editora Pillares, 2009. p. 75/77.

5 JUIZ DAS GARANTIAS

5.1. PROJETO DE LEI E NOÇÕES GERAIS

O Juiz das Garantias advém do Projeto de Lei nº 10.372/2018, da Câmara dos Deputados, do qual reuniu não só propostas oriundas de comissão que tinha como coordenador o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, mas também, do próprio Ministério da Justiça e Segurança Pública.¹⁸³

Como popularmente chamado, o “Pacote Anticrime”, logo em seu primeiro artigo, sinaliza seu objetivo de forma direta: aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Nas palavras do professor Luciano Anderson, “(...) percebe-se que se cuida, em parte, de proposição demagógica, apelativa ao chamado populismo punitivo”¹⁸⁴.

A referência “em parte”, muito bem apontada pelo professor, faz jus ao Pacote. Ao que se percebe, num “toma lá, dá cá”, o Projeto tenta agradar “gregos e troianos”, a fim de se evitar possíveis acusações de partidarismo. De certa forma, caso o projeto apresentasse viés tão somente garantista, com certeza, a massa moralista punitivista o contestaria.

Dentre os temas, o juiz das garantias foi uma forma de aperfeiçoar o processo penal, evitando-se inconstitucionalidades presentes e mantidas, muitas vezes, por vícios processuais e supostas atuações parciais do magistrado. O que se debate sobre o tema é a respeito das vantagens e desvantagens dessa distribuição de competências, de forma que, no momento, está suspenso por liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux, após o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), perante a Suprema Corte¹⁸⁵.

Muito do que se critica hoje com relação ao projeto está ligado à figura imparcial do juiz e a dúvida que se gera em torno de suas funções. Ora, o juiz, ainda que visto

¹⁸³ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 16.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 17.

¹⁸⁵ SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias**. Revista Consultor Jurídico, 25 de abril de 2020. p. 01-03. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2021.

como imparcial e correto, também é passível de erros, quer por equívoco no julgamento – e nesse sentido, a importância das instâncias -, quer por imputação de cunho pessoal – geralmente, política. Entretanto, se temos os Tribunais, por que se faz necessário um julgador para conduzir as investigações? Como dito na própria pergunta, o julgador que conduz as investigações sequer irá julgar o caso; este irá, tão somente, conduzi-las com o intuito de garantir que nenhum preceito fundamental seja violado por qualquer das partes de direito.

E até o presente momento, percebe-se o quão passível de equívocos nós somos, o que, certamente, em diversos casos, se evitariam denúncias ou se anulariam atos ou processos que infrinjam a Constituição Federal e o Código de Processo. Nesse sentido, Guilherme Madeira explica que:

(...) não se trata de desconfiar do juiz, ou seja, não se trata de imaginar que o juiz seja alguém predeterminado a atuar contra o investigado. No entanto, é inegável que pode haver alguma captura psíquica do magistrado pela tese acusatória ao se envolver de maneira profunda com a investigação. Trata-se de reconhecer que o juiz é humano e, como tal, sujeito aos fluxos e influxos de capturas e seduções das teses acusatórias quando atua de maneira mais próxima da investigação¹⁸⁶.

A figura do juiz garantidor, assim como a origem do nosso código de processo, se assemelha ao sistema processual italiano – *giudice per le indagini preliminari* -, pois se tem a atuação de tal *giudice* em todos os atos jurisdicionais para apuração de indícios de autoria, durante a fase investigatória, com posterior realização de audiência preliminar (segunda fase do procedimento), analisando os elementos apresentados, de modo a avaliar a necessidade, ou não – *non luogo a procedere* -, de processo acusatório, que será conduzido por outro órgão jurisdicional. Ainda, há uma “terceira fase” (*giudizio*), na qual se tem o rito da ação penal, com a intervenção do *giudice per il dibattimento*, que será diferente daquele que conduziu as fases que antecedem¹⁸⁷.

¹⁸⁶ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime:** Lei 13.964/2019. – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 81.

¹⁸⁷ SILVA, Franklyn Roger Alves; PACHECO, Rodrigo Baptista. **A Nova Figura do Juiz das Garantias e sua Interpretação para a Contribuição do Modelo Acusatório.** Rio Grande do Sul: Revista da Defensoria Pública RS. 26ª ed. p. 7-8. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/42/31>. Acesso em: 12 mar. 2021.

5.2. PAPEL DEMOCRÁTICO E SUAS FUNÇÕES

Prosseguindo na análise de sua implementação, a presença do juiz garantista será de fundamental importância para o papel democrático ser posto ainda mais em prática. Conforme ilustrado, não se trata de desconfiar do juiz; mas é inegável que o magistrado poderá ter certo apreço pela tese acusatória, o que geraria dúvida quanto à sua atuação.

Nesse sentido, a função do juiz das garantias é de conduzir a investigação preliminar, de forma a garantir sua legalidade e a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, de modo que, havendo denúncia e iniciada a ação penal, mudar-se-á o julgador para que não haja possíveis “contaminações” e para que o julgamento do processo seja isento de eventuais nulidades¹⁸⁸.

Sua presença evitaria diversas tendências partidárias por parte de juízes e promotores que, por motivos alheios à sua função, atuam em prol de um objetivo fora do que o processo permite; atuam, também, com o intuito de “fazer justiça”, ainda que não condizente com o processo. Trágico, porém, comum. Como já exposto anteriormente, não se passa de uma cultura inquisitória que temos em nossa sociedade e em nosso processo como um todo. Se não dermos a segurança jurídica e o verdadeiro valor ao devido processo legal, jamais evoluiremos como sociedade; afinal, “não se combate crime cometendo crimes¹⁸⁹”. Por mais trágico que seja, perante a sociedade, anular processos por erros *in procedendo*, fazer vista grossa é não só ir contra a própria Constituição que juramos seguir, mas também, permitir que as perseguições políticas continuem ativas, quer por ser o acusado figura pública, quer por preconceito qualquer.

Desse modo, percebe-se que tal mudança é mais ideológica do que estrutural, pois ao assegurarmos a imparcialidade do julgador, daríamos um passo ainda maior para a consolidação do sistema acusatório.

A Lei 13.964/2019 traz, a partir de seu artigo terceiro, as alterações pertinentes ao presente tema. Já de início, a ordenamento jurídico preceitua que:

¹⁸⁸ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. Op. Cit. p. 81.

¹⁸⁹ MOTTA, Rayssa; NETTO, Paulo Roberto; ORTEGA, Pepita. Et. Al. “**Não se combate crime cometendo crime**”. **Leia os principais trechos do discurso de Gilmar Mendes no julgamento sobre a Suspeição de Moro**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-os-principais-trechos-do-discurso-de-gilmar-no-julgamento-sobre-suspeicao-de-moro/>. Acesso em: 25 de março de 2021.

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)

Ou seja, tem como função principal a salvaguarda dos direitos individuais, ao passo em que não será um mero “carimbador” de pedidos dos órgãos acusatórios. Ainda, o juiz garantidor pode muito bem evitar que processos parecidos sejam um vasto repetidor de teses, de modo a imputar aos acusados as mesmas alegações apresentadas em outros processos.

Além disso, cabe a esse magistrado decidir sobre os requerimentos formulados no âmbito de interceptação telefônica, afastamento de sigilos bancários, fiscais etc., busca e apreensão, dentre outras. Desde que se façam tais análises até o limite de jurisdição do juízo das garantias, não há que se falar em usurpação de funções do juiz natural, por exemplo.

Sua função está limitada a todos os atos até o recebimento da denúncia ou queixa, nos limites do art. 399, do Código de Processo Penal, conforme preceitua o inciso XIV, do art. 3º-B, da Lei em apreço. Sendo assim, sua competência cessará com o recebimento da denúncia, sua rejeição tardia ou a absolvição sumária do acusado, logo após apresentada resposta à acusação por esse; é o que dispõe o art. 3º-C, ao tratar sobre a cessação de sua competência.

Todavia, seria melhor e até mesmo mais imparcial de sua atuação, se a cessação se desse com a determinação da citação do acusado, logo após o recebimento da denúncia, ao passo em que a chance de presenciarmos vícios seriam menores se a análise pós resposta à acusação já fosse feita pelo juiz instrutor da ação penal.

Até porque, a presença dos dois magistrados tem o condão de correção de possíveis erros e ilegalidades. Se até o juiz que cuida da investigação se convencer ou se tomar pelo interesse no processo, de modo que ensejará dúvida sobre sua atuação, nos parece mais justo que ao juiz da instrução compita o segundo recebimento da denúncia, ou absolvição etc., nos termos do art. 399, do Código de Processo.

5.3. PREVENÇÃO E IMPEDIMENTOS

A atuação do juiz das garantias, todavia, não é blindada de impedimentos. Segundo o 3º-D da Lei 13.964/2019:

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Neste caso, há de se observar um importante ponto: seu impedimento será convalidado quando houver a atuação na condução do inquérito policial, de modo que estará impedido quanto à ação penal. No entanto, tratando-se de comarcas nas quais temos apenas um magistrado, haverá um rodízio entre estes para o cumprimento da função, o que nos parece correto.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Tal rodízio muito se facilita com a digitalização dos processos, evitando que juízes tenham que se deslocar diariamente para diferentes comarcas, o que, inclusive, geraria um problema maior em sua concentração para servir e julgar, pois muitas vezes se levam dias para analisar um processo e proferir uma decisão. Para Guilherme Madeira¹⁹⁰, o uso da tecnologia é um fator positivo para a efetivação dos direitos e garantias do indivíduo, pois diversos atos poderiam ser praticados por videoconferência, afastando a necessidade de presença física do juiz.

Do mesmo modo, o processo eletrônico evita a necessidade de implemento de novos fóruns, que, porventura, seriam em comarcas distintas. Nesse sentido, nas palavras de Larissa Serrano, “O processo eletrônico permite a onipresença dos autos,

¹⁹⁰ DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019.** – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 94

possibilitando que tanto o juiz quanto o promotor e o delegado possam acessá-lo a qualquer momento e em qualquer localidade”¹⁹¹ .

Sua presença física tem uma fundamental importância no que diz respeito à audiência instrutória, de custódia, dentre outras, nas quais se mostra fundamental a análise física e até mesmo psicológica do acusado para que se garanta que não esteja sofrendo maus-tratos durante a investigação ou processo. Para os demais atos – como, por exemplo, oitiva de testemunhas -, não há problema que sua realização se dê por videoconferência, ainda mais em comarcas menores, posto que a exceção à realização das audiências presenciais vem demonstrada no artigo 185, §2º e seguintes, do Código de Processo Penal. Como dito, a tecnologia vem para beneficiar e muito a celeridade do processo, assim como diversas outras modernizações trazidas pelo Judiciário – entre elas, o próprio juiz garantidor.

A criação e, ou, o redirecionamento de Varas para temas específicos do direito penal – como, por exemplo, a Vara de Crimes Tributários -, facilitou e deu maior eficiência para a atuação dos servidores públicos na condução do processo e no atendimento ao público. Nesta toada, criaram-se, também, Varas para inquéritos policiais em quatro capitais – São Paulo, Belo Horizonte, Curitiba e Belém¹⁹² -, o que certamente já é uma demonstração de que o trâmite do inquérito corre em separado ao da ação penal. Os chamados DIPOS (Departamento de Inquéritos Policiais) já demonstram uma efetivação e utilização indireta do “juiz das garantias”; a diferença, no caso, é o seu limite, uma vez que o juiz das garantias atuará até o recebimento da denúncia, enquanto o do Departamento de Inquéritos, não.

Outro grande ponto assertivo sobre o tema está ligado a estas Varas especializadas. No caso, o juiz, por reger o fluxo do inquérito, serve de “ponte” que liga o acusador, titular da ação, à autoridade policial, durante a fase preliminar. Portanto, com a criação do juiz das garantias, haveria o rompimento dessa morosidade que é a intermediação do magistrado, de modo que:

salvo os casos de prisão, nos quais o juiz deverá se pronunciar (mantendo-a, relaxando-a, impondo-a ou indeferindo-a) e naqueles outros relativos à

¹⁹¹ SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória**. Dissertação de Mestrado. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 2012. p. 100. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf . Acesso em: 13 mar. 2021

¹⁹² Ibidem, p. 91

quebra de sigilo bancário, fiscal ou à imposição de outras medidas invasivas, o juiz simplesmente não verá a cara do inquérito¹⁹³.

E, por fim, vale lembrar que se trata de um aperfeiçoamento ao devido processo legal. Não basta que apenas defendamos na teoria aquilo que aprendemos, devendo, inclusive, ser posto em prática. Afinal, a atuação do juiz não abarca a função do acusador ou do defensor, sendo ela a de juiz assegurador das garantias e aplicador da lei. O juiz instrutor do inquérito não será um entrepasse para a aplicação concreta da pena; será um facilitador na condução do processo de forma justa e honesta, ao passo em que sua nobre função tem o condão de garantir, principalmente, a *cura* do acusado.

¹⁹³ TORON, Alberto Zacharias. **Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada**. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, edição especial, p. 3/5, ago. 2010. In: *Ibidem*. p. 92

6 CONCLUSÃO

Em que pese a atuação protagonista do juiz ser uma característica do sistema inquisitório que regeu o Código de Processo Penal em 1941, é possível concluir, com a análise do presente trabalho, que sua prática continua ativa na condução do processo. Naquele tempo, o juiz possuía uma maior liberdade de atuação, ao passo em que tinha como objetivo a produção de provas contra o acusado, tutelando, assim, os direitos que ao Estado pertenciam, independentemente do que viria a acontecer com a vítima.

Ou seja, era a figura central do processo, sendo que seu entendimento acerca do caso concreto era detido de verdade absoluta, na maioria das vezes, parcialmente a favor do poder estatal, qualquer que fosse a verdade real do processo, pois o que se concluía era considerada como tal.

No mais, o sistema regente à época era o inquisitório, o que propriamente era condizente com este protagonismo por parte do julgador, nos moldes do que foi a Santa Inquisição, mas aplicada em tempos republicanos, alegando se tratar de meios democráticos. Essa, por sua vez, possuía seu rol de hereges, o que nos parece ter servido de inspiração ao sistema inquisitório, que simplesmente o readequou aos moldes fascistas da época.

Vale dizer, em ambos os períodos, para que o delinquente fosse neutralizado e punido, valia de tudo; sendo que, no período inquisitório, a figura do particular era posta como auxiliadora do Estado na busca pela punição do criminoso, podendo, inclusive, matá-lo, se fosse preciso.

Nesse sentido, percebe-se que já havia um moralismo por parte dos cidadãos que, necessitando mostrar que não faziam parte daquele círculo criminoso, seja voluntariamente, ou por medo de acusações por parte do juiz, na figura de representante máximo do poder judiciário, buscavam uma confiança por parte desse, ao atuar incessantemente na aniquilação dos acusados.

Até porque, como exposto, o indivíduo poderia ser condenado por uma mera liberalidade do juiz, ainda que nada tivesse feito. Esse, por sua vez, utilizando-se do estereótipo do que era visto como criminoso pela sociedade, aproveitava-se de seu cargo para extrapolar a carga punitivista permitida. Quer dizer, a chance de uma pessoa que não concordava com as ideias estatais à época ser preso era enorme.

Tal sistema perdurou por décadas, até mesmo, por termos passado por uma ditadura civil-militar durante os anos 60 a 80, a qual, seguramente, não abandonou a tese de que tudo era válido para acabar com os opositores e não adeptos pacíficos ao regime; inclusive, afetando o próprio poder judiciário, privilegiando àqueles que concordavam com as ideias.

Todavia, com o advento do sistema acusatório, é inconcebível falarmos em uma atuação paraestatal por parte dos cidadãos alheios ao processo, e, principalmente, no acúmulo das funções de acusar e julgar por parte do magistrado, o qual passou a ser um terceiro imparcial no processo; um mero espectador, que analisa as provas produzidas pela acusação e pela defesa, e chega a uma conclusão justa para o caso.

Ainda que se alegue que uma atuação ativa por parte desse seria o de conceder maior prestígio à sociedade e, ainda, fortalecer o combate à criminalidade, não se pode afirmar que isso, de fato, a diminui. Conforme exposto nos capítulos, não se combate crime com outros crimes, ainda que realizados por servidores do Estado, quer aumentando a carga punitivista, quer atuando fora de suas funções, a fim de, propriamente, atender ao clamor popular midiático, com o intuito, muitas vezes, de ser visto como um herói da nação.

Vale destacar, ainda, que tais práticas não condizem com o que preceitua a Constituição Federal de 1988, de forma que deve-se readequar os posicionamentos jurídicos, em consonância à Carta Magna, a fim de se obter maior segurança jurídica aos indivíduos, que não devem ter a figura do juiz como um inimigo que desconfia incessantemente de sua inocência.

Nesta toada, ao passo em que gradativamente deixamos a tese de que isso nunca mudará, discutir as problemáticas apontadas tem surgido efeito, ainda que pequenos. Posto isso, constata-se uma presença maior do realismo no entender dos aplicadores da lei, que abandonam teses positivistas extremas, de modo que o encarceramento em massa, a normatização de qualquer prática que, em sua concepção política-pessoal, achem ilegal etc., não geram efeitos determinantes.

Garantir o devido processo legal é, pois, mostrar àquele delinquente que ele terá uma investigação honesta e correta, e que, se for considerado culpado, cumprirá a pena pelo ato antijurídico realizado, ao mesmo tempo em que será reeducado para que haja a adequada reinserção na sociedade, em que pese não ser a prisão uma escola para tal.

Perder a fé na humanidade, concluindo-se, erroneamente, pelo “perdimento” de um cidadão que cometera um crime, é um terreno fértil para que os adeptos ao autoritarismo e punitivismo plantem ideias meramente vagas, populistas e ineficazes, com o objetivo único de atrair cada vez mais interessados na tese e, assim, obter uma popularidade para concretizar suas ideias por meio de leis.

Nesse sentido, analisando a pouca efetividade do encarceramento desacerbado e a utilização de membros do Poder Estatal – quer Judiciário, Executivo ou Legislativo – como peças de tabuleiros para eliminação de opositores, percebe-se que se gerará um círculo vicioso favorável a tais discursos, ao passo em que há o cometimento do crime; pune-se deliberadamente, sem procurar combatê-lo de forma correta; cria-se uma verdadeira escola do crime, onde, para as organizações criminosas, é alistamento voluntário e, em muitos casos, obrigatório; liberta-se aquele prisioneiro, e ele sairá de lá fortalecido por promessas do crime, obtendo novos adeptos mundo à fora, o que, para estes que alimentam discursos inquisitórios, é a causa perfeita para a implementação de seus discursos.

Isto posto, a atuação correta do juiz como garantidor do devido processo, a quem quer que seja, indo, muitas vezes, de afronta à mídia moralista, é mais do que praticar sua figura como aplicador da lei, sendo, também, tutelador dos direitos básicos do acusado e da vítima.

Sendo assim, o juiz das garantias é aquele que auxiliará ainda mais na salvaguarda de um julgamento justo e eficaz, sem intuitos vingativos, tendo em vista que ambos os juízes – garantidor e instrutor –, de certa forma, se ajudarão no combate à eventuais erros e ilegalidades por parte de seus colegas na aplicação da lei.

Trata-se, portanto, de mais um meio de se evitar injustiças por atuações protagonistas e partidárias por parte dos magistrados, ou, até mesmo, por vícios in judicando. Aplicar o presente princípio será de fundamental importância para mostrar aos atuais juristas, e aos que estão por vir, qual é a verdadeira função do julgador, até mesmo para que compreendam que o juiz possui um papel fundamental no que concerne a formação social da população.

Nas palavras da antropóloga Lília M. Schwarcz, lembrar o passado é a melhor maneira de repensar o presente e não se esquecer de projetar o que vem pela frente:

o futuro. Ainda, segundo a autora, “soluções autoritárias que prometem tempestade entregam, na maioria das vezes, apenas ventania”¹⁹⁴.

¹⁹⁴ SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 20/161

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA MACHADO, Antônio de. **O Projeto do Código Criminal Perante a Crítica**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 35. n. 1, 1939.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Diretrizes do Processo no Código Penal**. In Revista Forense. v. 94. n. 478-480. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ASCH, Solomon E. **Psicologia social**. 4. ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. 1. ed. [Obra eletrônica]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014
- BAIÃO, A. 1906. **A Inquisição em Portugal e no Brasil**. Lisboa: s/ed., cap. 26
- BOUDON, Raymond; Et Al. **Dicionário de Sociologia**. Trad. De Antonio J. Pinto Ribeiro. Lisboa: dom Quixote, 1990.
- BRASIL. Biblioteca Nacional. **O fim da República Café com Leite e a Revolução de 1932**. Biblioteca Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.bn.gov.br/acontece/noticias/2020/05/fim-republica-cafe-com-leite-revolucao-1932>.
- BRASIL. **Decreto nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm
- CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil**. In O Estado Nacional. São Paulo: EbooksBrasil, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução da versão espanhola do original italiano por Carlos Eduardo Trevelin Millan. – São Paulo: Editora Pillares, 2009.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **ENTRE O DEVER DA TOGA E O APOIO À FARDA: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar**. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 32, n. 94. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200512&lng=en&nrm=iso
- CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira; SOUZA, Vinícius Roberto Prioli. **Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil**. Revista Consultor Jurídico, 3 de agosto de 2009. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaio-teoria-critica-direito-brasil>.

COSTA, Pietro. **Lo Stato Totalitario: un campo semântico nella giuspubblicistica del fascismo**. In **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. v. 28. t. I. Milano: Giuffrè, 1999.

DA SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **A Cultura Inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67. jan – fev, 2015. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_264.pdf;);

NUNES, Diego. **Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940**. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 74, dez. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000300153&lng=en&nrm=iso

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

DUARTE, José. **O Novo Código Penal**. Revista Forense. v. 38. N. 87. Rio de Janeiro, 1941.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **Da prova indiciária no processo penal**, 2010. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/17702/da-prova-indiciaria-no-processo-penal#:~:text=Disp%C3%B5e%20o%20art.,de%20outra%20ou%20outas%20circunst%C3%A2ncias%22>.

FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade**. 14 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo penal brasileiro e a resistência às reformas**. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal. v1. n1. Porto Alegre: 2015.

GIUFFRIDA, Antonio. **Delitti Contro la Personalita' Dello Stato**. Issue 1May-June 2014. Disponível em: <https://www.nuovefrontierediritto.it/delitti-contro-la-personalita-dello-stato/> .

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma geneologia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. V. 1. – 1. ed. – Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. ver., atual e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa do Juiz no Processo Penal Acusatório**. In: Id. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 200.

GUSMÃO, Sady Cardoso. **Código de Processo Penal (breves anotações)**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

HORNEY, Karen. **Neurose e Desenvolvimento Humano**. São Paulo: Editora Civilização Brasileira S. A., 1959.

HUNGRIA, Nelson. **O Direito Penal no Estado Novo**. In Revista Forense. v. 84. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

ISHIDA, Válter Kenji. **A Reforma Processual Penal de 2008 e a modernização da Administração Pública**. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21969/a-reforma-processual-penal-de-2008-e-a-modernizacao-da-administracao-publica>.

KARNAL, Leandro. **Pecar e perdoar. Deus e o homem na história**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

LEITE, Gisele. **Histórico do Direito Processual no Brasil**. R. Jornal Jurid, 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/historico-do-direito-processual-no-brasil>.

LIMA, Lana Lage da Gama. **O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado**. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 13, p. 17-21, nov. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44781999000200002&lng=en&nrm=iso.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A Evolução Histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166559/A%20evoluc%cc%a7a%cc%83o%20histo%cc%81rica%20do%20Princi%cc%81pio%20da%20Presunc%cc%a7a%cc%83o%20de%20Inoce%cc%82ncia%20no%20Processo%20Penal%20Brasileiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MALAN, Diogo. **Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941)**. In MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULLOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MANZINI, Vincenzo. **La Política Criminale e il Problema dela Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita**. Rivista Penale. n. 73. v. XXXVII, 1911.

MARQUES, José Frederico. **O Novo Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279047241.pdf.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120). Vol. 1. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MOLLO, Juan Pablo. **Psicanálise e criminologia: estudos sobre a delinquência**. Tradução: Yellbin Morote García – 2. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MOTTA, Rayssa; NETTO, Paulo Roberto; ORTEGA, Pepita. Et. Al. **“Não se combate crime cometendo crime”**. **Leia os principais trechos do discurso de Gilmar Mendes no julgamento sobre a Suspeição de Moro**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-os-principais-trechos-do-discurso-de-gilmar-no-julgamento-sobre-suspeicao-de-moro/>.

GODOY NETO, Raul. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 14 – jul. / dez. 2009. p. 21. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_\(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-101-Monografia_Raul_Godoy_Neto_(Inquerito_policial_contraditorio_e_ampla_defesa).pdf).

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis (RJ): Vozes, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Diego. **Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940**. Florianópolis, n. 74. Dez. 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000300153&lng=en&nrm=iso;

PARETO, Vilfredo. **Sociologia**. In Coleção Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1984.

PATTO, Belmiro Jorge. **O Código de Processo Penal Brasileiro 75 anos depois: uma trajetória de autoritarismos, ineficiências, descasos e retrocessos**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11 nº 1, jan/jun. 2017. Disponível em: https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamento_juridico/article/view/91/130.

PAULO, Alexandre Ribas de; SILVA, Valine Castaldelli; MAZIERO, Gabriel Orsini. **A iniciativa do magistrado para produção de provas no processo penal brasileiro**

conforme um olhar foucaultiano. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 2, mai.-ago. 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7731768.pdf> .

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

REBELLO, Heribaldo. **Breves Lições de Direito Judiciário Penal.** v. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, s.d.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; DUARTE, Thaís Lemos. **Do processo penal colonial à reforma processual de 2008: análise sócio-histórica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro.** Rio de Janeiro: Intersecções, 2011. v. 13, n.1, p. 57. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/4604/3403>.

ROCCO, Alfredo. **Lavori Preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale.** v. VIII. Roma: Tipografia dele Mantellate, 1929.

ROCCO, Arturo. **Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir.** Montevideo: Buenos Aires: B de F, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito.** Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Civitas, 1997.

SANTO OFÍCIO. 1552. Regimento. In: BAIÃO, A. 1906. **A Inquisição em Portugal e no Brasil.** Lisboa: s/ed., cap. 26

SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias.** Revista Consultor Jurídico, 25 de abril de 2020. p. 01-03. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-garantias.pdf>.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Franklyn Roger Alves; PACHECO, Rodrigo Baptista. **A Nova Figura do Juiz das Garantias e sua Interpretação para a Contribuição do Modelo Acusatório.** Rio Grande do Sul: Revista da Defensoria Pública RS. 26ª ed. p. 7-8. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/42/31>.

SILVA, José Filipe P. M. **Santa Inquisição: sistema e racionalidade.** Workshop de Estudos Medievais da Universidade do Porto. Portugal: Universidade do Porto, 2015. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/14109.pdf>.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A Construção do Juiz das Garantias no Brasil: A Superação da Tradição Inquisitória.** Dissertação de Mestrado. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais, 2012. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf

SILVA, Ricardo. **A Ideologia do Estado Autoritário no Brasil**. Chapecó: Argos, 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de; GIACOMOLLI, Nereu José; MONTEIRO, Aline Maria. **Sistema Penal e Violência**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, V. 3. Nº 1. 2011. p. 83-84. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenalviolencia/article/view/7744/6418>.

TOMÁS Y VALIENTE, F. **Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado**. Nueva visión, nuevos horizontes / coord. por J. Pérez Villanueva, 1980, ISBN 84-323-0395-X.

TORNAGHI, Helio. **Compêndio de Processo Penal**. T. III. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TORON, Alberto Zacharias. **Inquérito só no MP e bye, bye ação penal privada**. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCRRIM, a. 18, edição especial, p. 3/5, ago. 2010.

VILLA, Marco Antonio. **Ditadura à brasileira – 1964-1985: A democracia golpeada à esquerda e à direita**. Rio de Janeiro : LeYa, 2014.

VILLANUEVA, J. (comp.). **La Inquisición Española. Nueva visión, nuevos horizontes**. Madrid: Siglo XXI España Editores, S.A, 1980

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: EDIAR, 2004.

ZORDAN, Paola Basso Menna Barreto Gomes. **Bruxas: figuras de poder**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 13, n. 2, agosto 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000200006&lng=en&nrm=iso.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **Felipe de Almeida Andreassi**

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº **4161733-9**, Período **Matutino**, Turma **10ºE**,

tendo realizado o TCC com o título: **O Juiz Protagonista como forma de presença do sistema inquisitório no Processo Penal Brasileiro: uma análise do autoritarismo pós constituição federal de 1988 e a importância do juiz das garantias**

sob a orientação do(a) professor(a): **Guilherme Madeira Dezem**

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 17 de Maio de 2021.

Felipe de Almeida Andreassi
Assinatura do discente



TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Material Bibliográfico: () Artigo Científico (X) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: O Juiz Protagonista como forma de presença do sistema inquisitório no Processo Penal Brasileiro: uma análise do autoritarismo pós constituição federal de 1988 e a importância do juiz das garantias

Nome do Autor(a): Felipe de Almeida Andreassi

E-mail: felipeandreassi1998@gmail.com

Este e-mail pode ser divulgado (X) SIM () NÃO

Orientador(a): Guilherme Madeira Dezem

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, (X) AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

() Outros (justificar): _____

São Paulo, 17 de Maio de 2021.

Felipe de Almeida Andreassi
Assinatura do(a) Autor(a)