

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* – MESTRADO
EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

Tiago Dias de Meira

**O 'Estado Ativo' e o papel do juiz: uma tentativa de
construção alternativa para o Sistema Acusatório no
Processo Penal Brasileiro**

Passo Fundo – RS

2018

Tiago Dias de Meira.

**O 'ESTADO ATIVO' E O PAPEL DO JUIZ: UMA TENTATIVA DE
CONSTRUÇÃO ALTERNATIVA PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade de
Passo Fundo – UPF, como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Antinolfi
Divan

2018

Nome: MEIRA, Tiago Dias de

Título: O 'Estado Ativo' e o papel do juiz: uma tentativa de construção alternativa para o Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro

Dissertação submetida ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Área de concentração: Novos paradigmas do direito.

Aprovado em: ___ / ___ / _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____
Prof. Dr. _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Profa. Dra. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de Direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Passo Fundo, abril de 2018.

Tiago Dias de Meira

Mestrando

Para meu pai, querido Jojó, que me ensina, dos seus mais de 85 anos de idade que nunca é tarde para aprender, e minha mãe Irma, em memória, por todo carinho dedicado a mim e meus irmãos.

A minha família, Tadeu, Tales, Marco Antônio, Berenice, Carolina, Camila, e Augusto.

Para minhas afilhadas Júlia e Lívia, amores do dindo.

Para Aline minha amada, sempre me apoinando, quando nem mesmo eu me sustentava.

Ao meu orientador Marco pelos primeiros passo, e meu orientador Gabriel, que me proporcionou ir além da toca do coelho.

AGRADECIMENTOS

Meus queridos, graças a vocês estou aqui, graças a vocês consegui, por isso muito obrigado do fundo do meu coração, minhas mentoras intelectuais Paula Gil e Christiane R. Freire, aos meus colegas e professores do mestrado, em especial Caroline e Bruno verdadeiros mestres, Edison meu compadre, minha comadre Dani, Aramis Nassif, meu eterno professor, meus amigos Tito Graeff, Márcio Rosemberg e Paulinho das Gravatas e Maria Rosane, Cláudio Catraca e Carla, Cleanto Mestre, Daia cunha, ao meus alunos pelo incentivo de buscar sempre mais. A todos que contribuíram de alguma forma, mas que no apuro da entrega, tenha esquecido de aqui mencionar.

“Insisto apenas em que usar ‘processo’, ‘democracia’ ou representação’ como fórmulas mágicas não traz nenhuma solução. O trabalho todo ainda está por fazer.”

DWORKIN, Ronald.

“Despir as raízes de uma ideologia, é o sinal certo de que o seu fim se aproxima.”

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovvich.

RESUMO

A presente dissertação tem como propósito estudar o papel do juiz no Estado Ativo de implementação de políticas e seu reflexo alternativo no Sistema Acusatório e Inquisitório. Para isso, estabelecemos os conceitos de Estado Ativo, Estado Reativo, seus objetivos ideológicos, na implementação de políticas ou resolução de conflitos, respectivamente, a partir de conceitos de Mirjan Damaska. Nosso texto inicia com a concepção histórica do Sistema Inquisitório e do Sistema Acusatório, e seus reflexos no Processo Penal Brasileiro. Na sequência, o trabalho aborda a ideia de Estado Ativo, Reativo, suas ideologias, e forma como os funcionários se organizam. No derradeiro capítulo, considerando a proposta da Associação Nacional de Magistrados para o Novo Código de Processo Penal, estabelecemos a relação de alguns artigos com os conceitos apresentados nos pontos anteriores. O método a ser utilizado na pesquisa é o dedutivo. Diante disso, ela terá para o seu conteúdo teórico o aporte doutrinário em livros e artigos nas diferentes disciplinas, considerando a lei processual penal brasileira, e a proposta da Associação Nacional de Magistrados para o Novo Código de Processo Penal. Quanto ao método de procedimento, este será o monográfico. Para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental, a bibliográfica e a coleta de dados, com suporte em instrumentos teóricos internacionais e legislações estrangeiras e nacional. Outrossim, se em um Estado Ativo, que implementa políticas por seus funcionários, necessariamente, os seus juízes têm que ser ativos no processo. Porém, atividade limitada constitucionalmente não significa inquisitorialidade e o magistrado pode buscar, ativamente, a presunção de inocência do acusado.

Palavras-chave: Estado Ativo. Estado Reativo. Ideal Hierárquico. Ideal Paritário. Implementação de Políticas. Processo Penal Brasileiro. Resolução de Conflitos. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitorial.

ASTRATTO

Lo scopo di questa tesi è quello di studiare il ruolo del giudice nello Stato Attivo nell'attuazione delle politiche sociali e la sua riflessione alternativa nel Sistema Accusatorio e / o Inquisitorio. In questo senso, stabiliamo i concetti di Stato Attivo e il suo opposto allo Stato Reattivo dalla comprensione di Mirjan Damaska e di come ciascuno stabilisca il suo obiettivo ideologico, rispettivamente nell'attuazione delle politiche pubbliche o nella risoluzione dei conflitti. La ricerca intende discutere se è possibile che un processo criminale inserito nel Sistema Accusatorio abbia un giudice con pregiudizio inquisitorio senza essere curioso. Per questo, abbiamo iniziato il nostro testo che stabilisce i concetti storici del sistema inquisitorio e il sistema accusatorio, e dei loro effetti corrispondenti sul brasiliano procedura penale, inframmezzando le analisi di Common Law e Civil Law. A seguito di introdurre i concetti di stato attiva, reattiva, le loro ideologie attuazione delle politiche pubbliche e risoluzione dei conflitti, nonché del modo in cui i funzionari statali si organizzano in un ideale che può essere gerarchico o di parità. Nell'ultimo capitolo si esamina la proposta dell'Associazione Nazionale Magistrati al Nuovo codice di procedura penale inter-relazione con i concetti presentati qui di seguito un tentativo di presentare un approccio diverso ad un processo accusatorio più contraddittorio anche se con un tocco apparentemente curioso. Il metodo da utilizzare nella ricerca è deduttivo. Pertanto, la ricerca avrà per il loro contributo teorico contenuto dottrinale in libri e articoli su diversi argomenti da trattare, considerando la legge brasiliana procedura penale, e la proposta della Associazione Nazionale Magistrati per il nuovo codice di procedura penale. Per quanto riguarda il metodo della procedura, questa sarà la monografia. Come strumento per condurre il processo investigativo, viene utilizzata la tecnica documentaria, bibliografica e di raccolta dei dati, con il supporto di strumenti teorici internazionali e legislazione straniera e nazionale. Inoltre, se da un lato, il modello del processo basato sulla risoluzione del conflitto è ciò che dà alle parti maggiori poteri - difesa e perseguimento - e ciò che meno abilita le azioni del giudice. D'altra, in uno stato ideologicamente attiva, il processo penale più adatto è l'attuazione di politiche pubbliche - in gran parte osservata nella Costituzione della Repubblica del Brasile - e quindi il modo migliore per farlo sta attuando un procedimento penale con la possibilità dell'esercizio del potere discrezionale da parte del giudice, anche se in maniera costituzionalmente limitata, anche con un tocco apparentemente inquisitorio.

Parole chiave: Stato attivo. Stato reattivo. Ideale Gerarchica. Ideale Comune. Implementazione della politica. Procedura penale brasiliana. Risoluzione dei conflitti. Sistema Accusatorio. Sistema Inquisitorio

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....	15
1.1 Apresentação delimitativa de conceitos	17
1.1.1 Sistema processual inquisitório: conceituação na histórica... 21	
1.2 O processo penal brasileiro de sua origem inquisitória ao acusatório constitucional.....	30
1.3 Sistema acusatório, a contribuição da “Common Law” no duelo processual de partes.....	43
1.3.1 A importância do procedimento processual na “Common Law”	44
1.3.2 As partes no “Common Law”, o desenvolvimento do processo adversarial.....	46
CAPÍTULO II – FORMAS PROCESSUAIS PARA SISTEMAS JUDICIAIS HIERARQUICOS E COORDENADOS E SUA RELAÇÃO COM A IDEOLOGIA ESTATAL E O PAPEL DO JULGADOR	52
2.1 Ideal hierárquico de organização estatal.....	55
2.2 Ideal paritário de organização estatal.....	59
2.3 Classificação de ideológica de Estados e seus respectivos processo de resolução de conflitos e implementação de políticas públicas. 61	
2.5 Estado Reativo	63
2.5.1 Modelo processual de resolução de conflitos no Estado Reativo	69
2.6 Estado Ativo	72
2.6.1 Modelo ideológico processual implementação de políticas no Estado Ativo	77
CAPÍTULO III – ANÁLISE DOS CONCEITOS DAMASKIANOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E COMPORTAMENTO DOS JUÍZES	83

3.1 Reprodução de provas na fase processual segundo o projeto do novo Código de Processo Penal	85
3.2 Interrogatório do juiz protagonista, promotor coadjuvante?.....	89
3.3 O Promotor Público, parte, negociador ou assessor judicial	91
3.3.1 A vontade do juiz: agente administrativo no processo.....	91
3.3.2 Promotor despido de poder negocial.....	93
3.4 Resistência a declaração de nulidades	97
3.5 O juiz como ator do processo: da investigação a produção final de provas	98
3.6 Poderes Judiciais e formas de justiça	103
3.7 Presunção de inocência como política do Estado Ativo	105
3.8 O juiz no seu exercício de poder: democraticamente inquisitorial ou inquisitorialmente adversarial?	114
5 CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS.....	126

1 INTRODUÇÃO

A dissertação doravante apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo, inserida na linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, área de concentração Novos paradigmas do Direito. Apresentará a temática do papel do juiz levando em consideração um modelo de Estado Ativo. Para isso considerará o conceito de Estado Ativo, e a forma como os seus funcionários exercem os seus poderes no processo penal. Dessa forma, o trabalho parte do pressuposto que existe uma cultura no agir dos magistrados, mas que está mais ligada aos objetivos constitucionais estatais do que somente a partir do Código de Processo Penal.

Diante desse contexto, questiona-se: existe uma cultura inquisitorial vinculada ao exercício do poder judiciário? E, por quê?

Como hipótese, a pesquisa abordará, inicialmente, aspectos históricos. Nos quais é possível verificar a exposição dos surgimentos dos conceitos de Sistema Inquisitorial e Sistema Acusatório e suas nuances, classificadas levando em consideração a sua inserção tanto no processo de origem na “Common Law”, como na “Civil Law”. Nesse aspecto, enfoca-se, em especial, algumas das influências levando em consideração os sistemas acima referidos no atual Código de Processo Penal Brasileiro, e por conseguinte, o atuar dos juízes.

Destarte, a pesquisa terá como objetivo geral investigar se nos casos em que juízes exercem seu poder de discricionariedade sobre os atos processuais há um significado cultural sobre eles, e se é possível encontrar determinada fonte ideológica. No que diz respeito aos objetivos específicos da pesquisa, esses serão: estudar os sistemas processuais penais, bem como conceituar certas formas de Estado, seus objetivos, a maneira como organiza seus funcionários, como determinados juízes se posicionam diante de inovações normativas, e apresentar a relevância da interconexão dos conceitos.

Para atender aos objetivos específicos, a dissertação será dividida em três capítulos, os quais, serão subdivididos em três subtítulos. Então, no primeiro capítulo, intitulado “Formação do Processo Penal”, momento em que serão delimitados conceitos chaves da pesquisa, demonstrando nosso lugar de fala. Afora isso, são descritas origens históricas dos Sistemas Inquisitorial e

Acusatório, quais as suas influências no Código de Processo Penal Brasileiro e como ele se classifica a partir da Constituição.

Posteriormente, no segundo capítulo intitulado “Formas processuais para sistemas judiciais hierárquicos e coordenados, sua relação com a ideologia estatal e o papel do julgador no Estado Ativo e Reativo”, tendo como fundamento os conceitos descritos por Mirjan R. Damaska abordaremos os conceitos de ideal hierárquico e ideal paritário, passando as suas formas de Estado Ativo e Reativo, seguidos dos objetivos de implementação de políticas e resolução de conflitos respectivamente. Por fim, trataremos o reflexo desse posicionamento na atuação dos principais atores processuais, o que demonstra o estudo das dimensões de poder estabelecido na linha de pesquisa.

No terceiro capítulo, intitulado “Análise dos conceitos Damaskianos no projeto do novo código de processo penal brasileiro e comportamento dos juízes”, serão apresentados alguns aspectos normativos sugeridos pela Associação dos Magistrados Brasileiros ao projeto de lei do novo Instrumento Normativo e como estes refletem a cultura inquisitorial dos julgadores. Além disso, conectar-se-á os conceitos expostos por Damaska no capítulo II para propor uma classificação dos atos judiciais a partir de seus modelos de Estado, ideal organizacional dos funcionários e sua maneira de busca dos objetivos estatais, interseccionando-se com a Constituição da República Federativa do Brasil, inserindo novas justificativas para o exercício do poder estatal pelos seus funcionários no Estado Ativo de implementação de políticas, demonstrando que a forma ativa, ainda possa ter aparência inquisitória, possa ser regida pelo princípio acusatório. Tentar-se-á aclarar que o processo democrático, ainda que sob certo viés liberal, com atuação quase somente das partes é compatível com um juiz ativo, para a busca da presunção de inocência, dentro de parâmetros constitucionais, sem implicar em significados inquisitivos.

O método utilizado na elaboração desta pesquisa, longe de se perquirir uma pureza metodológica, é o dedutivo. Diante disso, a pesquisa terá para o seu conteúdo teórico o aporte doutrinário em livros e artigos nas diferentes disciplinas a serem tratadas, para tanto, a lei penal brasileira e a especial Proposta da Associação dos Nacional dos Magistrados ao Projeto do Novo Código de Processo Penal Brasileiro.

Quanto ao procedimento, esse será o monográfico. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental, a bibliográfica e a coleta de dados, com suporte em instrumentos normativos internacionais e legislações domésticas. Esta pesquisa tem como marcos teóricos o poder e a igualdade de gênero.

Os elementos classificatórios doutrinários acerca dos sistemas processuais penais se apresentam como uma das principais variáveis da pesquisa, diante das divergências acadêmicas que abordam o tema. Ademais, a busca ideológica do Estado e sua Constituição é fundamental para tentativa de construção de uma origem para a classificação de uma cultura do atores processuais do poder judiciário.

A base teórica de sustentação da pesquisa, centra-se especialmente em Mirjan R. Damaska, James Goldschmit, Ronald Dworkin, Zygmunt Bauman, Michel Foucault, Jacinto Miranda Coutinho, Geraldo Prado, Gabriel A. Divan, os quais trarão pontos essenciais no trabalho especificando conceitos fundantes do texto.

Justifica-se a realização da pesquisa em razão do impacto que eventual aprovação de um novo Código de Processo Penal possa ter em políticas desenvolvidas pelo Estado em função da Constituição Brasileira, as quais devem, necessariamente, serem relacionadas para o mais adequado exercício dos poderes inerentes aos juízes penais.

Em consonância a isso investigar-se-á a repercussão que o objetivo do Estado tem em relação a cultura política que influi nos magistrados no momento de suas tomadas de decisões e como isso implica nas diferentes adoções dos Sistemas Processuais Penais, no sentido de quanto se caminha para inquisitorialidade ou acusatorialidade.

CAPÍTULO I – FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Existe uma dificuldade intrínseca ao se falar de processo penal, não apenas diante da complexidade que a matéria tem por si, mas, academicamente, a questão apresenta inúmeras divergências, mesmo quando se tratando de conceito com a mesma nomenclatura, peculiaridades históricas, sociais e doutrinárias expõem situações idênticas de maneira diferente. Em processo penal a etiqueta aposta pelo nome tem significado que nem sempre significa o nome diz por si.

Não obstante a necessidade de limitarmos nosso discurso e aderirmos a determinadas correntes de pensamento acadêmico, intencionalmente, iremos apresentar neste capítulo inicial, alguns aspectos históricos dos nominados processo penal inquisitório e processo penal acusatório, além de abordarmos alguns dos papéis dos atores processuais em cada um dos modelos, fazendo suas, respectivas, correspondências com os sistemas da “Civil Law” e “Common Law”, traçando determinados pontos de toque e como refletem no Processo Penal Brasileiro, analisando em especial a influência de tais segmentos nos já referidos comportamentos das partes processuais.

O processo penal não é uma criação contemporânea, e como tal está inserido em um dado momento da história, razão pela qual, há necessidade de identificarmos alguns dos seus elementos no tempo. Em uma tentativa de rompimento com as influências de seu desenvolvimento no passado, conhecê-lo objetiva aqui, a pretensão de entender determinados conceitos e classificá-lo. Desde já, faz-se a ressalva de sabermos que certos termos não são passíveis de tradução, “como são a fauna e flora de outros países”¹, e, por isso mesmo, há grande entrave para compará-los uns com os outros, ainda assim, certos institutos de processo penal, especificamente falando, permitem, dadas as devidas proporções, comparações classificatórias.

A análise de conceitos passados, passa pela tentativa de ligá-los a contextos e momentos históricos específicos, a tarefa é a de tentar mostrar o passado que ainda está lá.² Por isso, o pesquisador deve ter cuidado ao analisar

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 304.

² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 63.

conceitos puros sem inseri-los no seu tempo, todavia, e talvez mais perigoso, é o examinador buscar a todo custo essa inserção. O que verdadeiramente se tem são pontos de toque através de algumas presunções feitas de forma balanceada, mas sempre sabedores tratar-se de algo aproximado. De qualquer forma, mesmo sabendo dos riscos de incorrer em análise rasa, ou intencionalmente dirigidas, até porque, em razão dos limites da dissertação, afirmar pretensões de quase esgotamento do tema seriam, pretensiosamente inverídicas, nosso propósito é tentar pormenorizar os temas propostos dentro da moldura da dissertação, a partir de discursos escolhidos, razão pela qual, ainda que sinteticamente passaremos a apresenta-los na tentativa de especificar os motivos da adoção preferencial de certos conceitos.

Neste primeiro capítulo iremos introduzir o conceito de Sistema Inquisitório, ou o modelo de processo que atribui ao juiz poderes máximos para proceder na busca – inquisitorial – da prova, o que poderá ser feito de ofício e em sigilo, originariamente, sendo, até mesmo, alcançado sob tortura. Um processo denominado como de partes, mas em que o órgão julgador se confunde com o acusador na busca da persecução condenatória do acusado.³

Por opção nossa, e também, por influência doutrinária, já que não necessariamente acusatório é antítese de inquisitório, iremos apresentar, primeiramente, o reflexo que o sistema inquisitorial teve na formação do Processo Penal Brasileiro, sua base histórica, destacando as consequências da adoção ideológica de fundamento fascista italiano⁴. O motivo da escolha se deu em razão de maior contato que essa espécie de processo tem com a “Common Law”, contrariamente, ao que temos no Processo Brasileiro alicerçado no sistema da “Civil Law”, o que significa dizer que didaticamente, do nosso ponto de vista, quando se trabalham determinados institutos é mais fácil entendê-los a partir de seu princípio fundador. Ou seja, como se fala primeiro de Inquisitório

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 564.

⁴ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional: sua estrutura seu conteúdo ideológico. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 181 apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes, da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 56-72.

mais relacionado com o “Civil Law”, em momento posterior, quando trataremos de “Common Law” falaremos da disputa adversarial própria desse modelo.

Destarte, sustenta-se nesta dissertação, o conceito de Sistema Acusatório como modelo de partes em um duelo, arbitradas por um julgador impessoal com forte tendência a imparcialidade⁵, ou como explica Geraldo Prado o princípio acusatório tem como característica no núcleo básico a diferenciação dos sujeitos nos papéis que desempenham no processo, ou seja, julgar, defender e acusar.⁶

A seguir, apresentaremos alguns conceitos que demonstraram nosso local de fala, e apontam algumas escolhas como caminhos epistemológicos.

1.1 Apresentação delimitativa de conceitos

Cada Estado, segundo sua conveniência e política criminal, elege seu modelo de apuração e julgamento das infrações penais⁷, mais do que isso, de forma intrínseca a ele, atribui-se legislativamente, garantias que acompanham – ou deveriam acompanhar – os julgados – réus – nestes procedimentos. Isso pode ser observado sob várias maneiras pelas quais se vislumbram as ações estatais. Nosso foco será o processo penal e a forma como ele é estruturado, a partir dos moldes ideológicos adotados pelo Estado, podendo ser mais ativo, em provável maior controle sobre o processo. Ou um Estado mais reativo em processo de possível diminuto controle estatal, ficando este mais a cargo das partes.⁸ A persecução penal também advém da sua ideologia, a título de exemplo um Estado mais religioso pune com mais rigor o que considera crimes contra a religião, ao passo que um Estado mais agrário o fará com mais veemência contra o que considera crime contra as fronteiras das propriedades

⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 172.

⁷ PIMENTA, José da Costa. *Introdução ao processo penal*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 30.

⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Tradução de Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

rurais, por exemplo, ou seja, o sistema é moldado para atingir as finalidades do ente estatal.⁹

Na doutrina brasileira, sem se esquecer da sua grande influência estrangeira, como demonstraremos a seguir, além de não haver conformidade quanto ao conteúdo do sistema inquisitório e acusatório, também propugna distinções entre as nomações de: modelo, princípio, e sistema. Para além da discussão, sem que isso signifique diminuir a sua importância ou menosprezar outros entendimentos, vamos diagramar, aqui, princípio como sendo ponto de partida, começo, o ponto fundante a partir do qual se estruturam e aglutinam todos os fenômenos do sistema processual criminal.¹⁰ Ainda, tentando melhor elucidar o significado de princípio enquanto mandamento nuclear unificador¹¹, diz-se que é em razão dele, e por ele que se unificam as práticas estatais de forma que o sistema se torne coerentemente – e propositalmente – a ordem punitiva que vincula as referidas práticas. Os atos estatais advêm do princípio fundador e para ele caminham, nos sentido fático de busca de implementação de seus mandamentos significantes¹².

Por fim, é possível o entendimento de tratar a conceituação de princípio como espécie de força gravitacional com a qual uma série de temas são relacionados com o princípio unificador¹³ que destina o processo para determinada finalidade. A analogia ao fenômeno físico é conveniente porque ainda que se distancie, tratando de assunto processual específico, o princípio é espécie de limite, que o mantém em órbita pré-definida todos os planetas daquele determinado sistema planetário, ou empurrando certo sujeito processual para longe quando tentam ocupar o espaço de outro.

Projetando alguns dos mencionados conceito ao Processo Penal adotamos nessa dissertação a ideia de que princípio funda e fundamenta, não somente os procedimentos em si, mas também os papéis que cada ator irá

⁹ IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books. 2012.

¹⁰ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹¹ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 86.

¹² BOURDIEU, Pierre. *La distinction*. Paris: Minuit, 1980.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Ano 30, n. 30. Curitiba, 1998.

desempenhar ao longo deste. Servido de lembrete, ou melhor limite – em sistemas mais, e outros menos discricionários – do quão longe cada um deles pode ir da força gravitacional. A partir dela, mas muito mais por ela, que todos os arranjos devem ser efetivados. Sem nos adiantarmos muito, já que tratado em capítulo específico, e, ainda, dando segmento a analogia, iremos desenvolver as teorias que explicam as fórmulas gravitacionais, ou seja, as escolhas ideológicas estatais e sua relação de como cada modelo de processo é desenvolvido¹⁴, a partir do seu princípio estatal.

Quanto ao sistema é possível determinar a sua identificação, em processo penal, a partir do conjunto de princípios e características nele inseridos. Ou como melhor explica Jacinto Coutinho

Tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etiológica grega (*systema-atos*), como um conjunto de temas jurídicos que formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina.¹⁵

A escolha conceitual de sistema, se torna evidente quando o apontamos como a composição dos institutos presentes no processo, ou seja, a partir de conceitos analisados individualmente, e agrupando-os no decorrer da marcha processual – advinda dos princípios a eles inerentes – constatamos de que espécie estamos a falar, se processo inquisitório ou processo acusatório. Por exemplo, quando se observa um julgador com alto grau de discricionariedade na busca da prova confundindo sua função de acusador, o Sistema Inquisitório se torna evidente, porque essa hipótese exclui o Sistema Acusatório, eis que evidente a quebra de disputa entre as partes, definidas, aqui, como acusação e defesa.

Contudo, ainda tratando de questões pragmáticas, não se olvida, e, para não entrarmos em contradição com alguns pontos que desenvolveremos nessa dissertação, dada a sua constância, entendemos necessário desde já gizá-lo, que a etiqueta, ou nome que recebe o sistema não o define por si. Neste aspecto

¹⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. IN: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 16-17.

falamos diretamente dos Sistemas Inquisitorial e Acusatório. Isto posto em determina classificação, não significa, necessariamente, a adequação, propriamente dita do processo, e até mesmo do procedimento, ao sistema no qual, por vezes, ele está nominado. Nesse sentido, sem se antecipar muito, quando se trabalha a finalidade do processo penal, ao referir que, em que pese se apor determinado nome ao sistema acusatório/ inquisitório, o princípio unificador – ideologicamente – é o que, verdadeiramente, identifica de qual deles se está a falar. A tipologia não pode ser utilizada como elemento analítico¹⁶, mas ao refletirmos, por exemplo, questões que nos remetem a gestão da prova, podemos, abstraindo-a do tipo a ela designado, identificar a qual sistema ideológico, e por consequência processual, a que pertence.

Explica Jacinto Miranda Coutinho, conceito de sistema utilizando a analogia da fábrica,

O verdadeiro sistema é o nosso próprio modelo atual de pensamento sistemático, a própria racionalidade. Se destruímos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzira outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte.¹⁷

Ademais, evidente que neste momento, é ponto relevante ao nosso estudo, também, destacar questões pragmáticas. A prática processual, e aqui, estamos tratando de todos os atores do processo independentemente, nem sempre é estanque ao modelo legislativo vigente, a questão da facticidade deve, por essa razão, ser levada em consideração no momento em que se pretende classificar de qual sistema se está a falar, para então fazer outros tipos de análises.

Nesse primeiro ponto, e sequência, temos o escopo de apresentar alguns dos muitos conceitos que são atribuídos ao assim chamado sistema inquisitorial, estudando-o a partir de seu contexto histórico, o que se faz primordial, para que se possa compará-lo a outros sistemas, como também, para podermos imprimir quaisquer críticas a ele.

¹⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 16.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. IN: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*, p. 31.

1.1.1 Sistema processual inquisitório: conceituação na histórica.

Em relação aos procedimentos penais, os antigos processos – pré romanos – não distinguiam os fatos e os direitos, ou seja, o direito era uno. Não havia propriamente direito canônico e o direito atinente aos cidadãos, matérias civis e penais, por exemplo, não existia em termos processuais, no sentido de que a forma como os atos de julgamento eram realizados não tinha maneira a ser seguida, quanto menos pré-estabelecida. A escola jurídica romana avança, alguns séculos após a era cristã, e sob certos aspectos, a forma passa observada, não se tinha propriamente um processo penal ou civil, aqui ainda há muita mescla entre direito material e processual. A influência da cultura romana não repousava apenas nos arcos das grandes construções, e como não poderia deixar de ser os povos por ela conquistado passam a ter um direito romano, o que, pode-se dizer, que após séculos se tornou o processo judicial, em especial nos lugares adotaram o romano-germano.¹⁸

A religião oficial do Império, depois que da adoção desta pelo Imperador Constantino em 313 passa a ser o cristianismo, a qual, ao contrário deste cresce exponencialmente em poder e finanças. A expansão do catolicismo impõe a necessidade de muitas normas para o controle dos fiéis, o que acarreta no direito canônico.¹⁹ Em um primeiro momento, aqui tratando do século X, não há uma jurisdição da igreja. Ou melhor a jurisdição das questões religiosas não existia para fatos da vida, o que tinha eram decisões acerca de condutas, exclusiva, e pertinentemente a procedimentos diretamente ligados aos ritos religiosos.²⁰

Em uma análise superficial poder-se-ia associar rito a fato, o que não deve ser feito neste momento. O direito canônico e, por conseguinte a sua área de atuação, se detinha a forma – rito – como, por exemplo, a maneira pela qual o pecado deveria ser perdoado, mas não ao fato – o direito que definia o que o era ou não pecado – em si. Mesmo que existissem regras de condutadas – os 10 mandamentos – não havia um processo para apuração da infração a estes. Afirmar a unicidade do direito processual e material, nesse diapasão, é na

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*.

²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

verdade propor a inexistência deles em si mesmos. Ou seja, confirma-se que haviam procedimentos confessionais, mas que se davam a partir da voluntariedade dos fiéis, e não por consequência de um processo legal que assim determinava.²¹

A influência econômica ou socioeconômica não pode ser confundida com fundamento dos sistemas de Estado e, ou dos processos nele inseridos, por isso, a diversidade de procedimentos, também, não está propriamente no modelo econômico adotado pelo ente estatal, embora não se negue que tenha grande influência nas suas estruturas.

O acúmulo de riquezas da igreja católica até por volta de 1300 era de grande soma, sendo os seus tesouros trazidos de todos os lados do mundo conhecido, com destaque para os espólios realizados, por exemplo nas cruzadas. Nessa época, sob dois aspectos de destaque, a Igreja merece ser analisada. Primeiro, há a questão financeira, possuindo muito mais dinheiro que vários reinos possuíam²², logo exercia influência sobre eles, segundo, e não menos importante, usufruía de grande influência psicológica sobre os fiéis, fluindo do rei até o mais humilde camponês.²³ A consulta aqueles que eram os mensageiros da divindade era permitida, e o período da Idade Média foi marcado pelo teocentrismo. O Rei deixara de significar o divino, e o Papa passa a ser o canal mais próximo da divindade, ou o representante de Deus na terra, se autodenominando aquele que poderia “depor imperadores”.²⁴

Não se tinha a possibilidade de falar com Deus propriamente, mas as suas palavras eram de conhecimento quase exclusivos dos membros da igreja, eis que grande maioria da população era analfabeta, e aos poucos que sabiam ler não era dado acesso aos livros, raramente se podia ler a bíblia fora dos mosteiros. A igreja vendia um artigo mental, do qual tinha monopólio, em decorrência, também disso, obteve considerável riqueza monetária. O que se tinha é que todo o questionamento mais filosófico, por assim dizer, era

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*.

²² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 71.

²³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁴ Gregório VII, edita o Dictatus Papae em 1075, promulgando tal princípio. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, p. 71.

respondido por quem detinha a exclusividade do conhecimento, evidentemente, ideologicamente a igreja proferia respostas a seu favor.²⁵

Todavia, em certa medida, ainda que com a obtenção de grandes vantagens financeiras, em decorrência das cruzadas acentuaram-se as rotas de comércio, e o maior contato com os povos Mouros trouxe diferentes busca pelo conhecimento, o que possibilitou a tomada de gosto pela questão agnóstica, por exemplo. O contato com outras culturas demonstrou aos cidadãos centro-europeus que alguns dogmas de fé não eram exatamente a realidade científica. Paralelamente a isso, o contato com outras ciências, como a filosofia, por exemplo, fez nascer questionamentos para os quais a igreja não tinha respostas, ou ao menos não de forma exclusiva ou satisfatórias. Por conseguinte, o sagrado passou a não ter mais a exclusividade nas respostas, ou seja, não era possível mais responder com provações perguntas que a filosofia melhor elucidava.²⁶

Ainda assim, surgiam questionamentos acerca das virtudes da cristandade, as mulheres mouras usavam roupas, perfumes, maquiagens, que eram considerados pecado pelas europeias, e os homens europeus se perguntavam por que o casamento cristão deveria ser monogâmico. Importante considerar de onde partem esses questionamentos, da burguesia, com as grandes rotas de comércio há sua acessão, pois naquele momento, alguns passam a acumular consideráveis riquezas. Como tais questionamento poderiam influenciar não só certo grupo burguês, como também os vassalos, o direito canônico surge como uma espécie de resposta, um sistema para combater, e reprimir, a influência do pensamento livre, em todos os aspectos que o mundo árabe pudesse influir sobre o feudal *dall'alchimia alla psicologia*.²⁷

Nesse cenário de acesso a várias formas de conhecimento, e também acessão da burguesia, sem uma data exatamente precisa começa a implementação do modelo de processo inquisitorial. O que se tem por certo, é que no ambiente do século XIII, feudal e cavaleiresco, no reinado Felipe IV, “O Belo”, mesmo com o vislumbre de outras formas de sociedade, o pensamento

²⁵ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

²⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1986.

²⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p.44.

cristão era quase que totalmente dominante. As atitudes cristãs eram medidas por ações virtuosas, e não havia, entre a população, a necessidade do saber.

Um dos motivos pelos quais o sistema Inquisitório se desenvolveu, atendendo aos interesses da Igreja e de quem, por assim dizer, comandava a sociedade, ao menos possuía a maior capacidade de influência, foi em razão da expansão econômica, menos conquistas cristãs, mais rotas e, conseqüentemente, um maior volume de comércio, acabou por resultar na perda do controle exclusivo das ideologias do conhecimento que eram exercidas pelo papado. Tornou-se conveniente que a existência de uma atitude repressiva, mais do que isso, o exercício de tal poder deveria ser centralizado, e organizado de maneira hierarquizada, como é própria na referida instituição cristã.²⁸ Antecipamos nesse aspecto, um primeiro reflexo que merece destaque no sistema inquisitorial, a grande concentração de poder, em termos de processo penal, vai explicar a possibilidade de atos *ex officio*, ou seja, é próprio do ofício do julgador a realização de atos independentemente da manifestação do lesado.²⁹

Com o nascimento de novos mecanismos persecutórios, muda-se, por consequência, a forma de julgamento, ou melhor “a maneira de repressão dos delitos como forma de manutenção do poder político das primeiras monarquias oidentais”³⁰ Relevante, e por isso, trazemos a apresentação aqui, havia questões processuais penais as quais eram apreciadas pela “voz da pátria”, ou “voz da nação”, algo que pode ser comparado ao júri contemporâneo³¹, mas que deixam de assim serem analisadas com o processo inquisitivo, pois passam em momento posterior ser consideradas sacras, e, portanto, de competência do tribunal da inquisição.

Ainda tentado delimitar, ou ao menos apontar um momento na história, há, sem dúvida, um marco histórico, que documenta a implantação inquisitiva, a Bulla Papal de Inocêncio VI, a qual, de acordo com Franco Cordero:

²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do Direito*.

²⁹ CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, p. 16-90 apud ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.149.

³⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 19.

³¹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 44.

As estruturas emergem lentamente: antes confinadas nos legados papais; em seguida entra em cena os dominicanos, em aparição prematura em Florença, 20 de junho de 1227, quando Inocenzo IV emite a bulla "Ad extirpanda", 15 de maio de 1252, o aparelho tomou valores definitivos.³²

Assim, como se tem uma referência documental, também, no próprio processo inquisitorial há uma baliza que o define, que o funda, e por fim, pode-se dizer que é o objetivo o qual busca. No ponto intitulado "reus tenetur se detegere", em uma tradução livre "o réu é obrigado a divulgar" o fim precípua do processo inquisitorial nos é apresentado por Franco Cordero, todo o processo caminha, busca, objetiva a confissão.³³ A necessidade da confissão, ou a finalidade, do processo como o intuito de se obter a verdade confessada, pois era preciso justificar a necessidade da infligência de tortura³⁴, é prática que remonta, portanto, a lógica do processo inquisitório de meados do século XIII, muito antes do "Manual dos Inquisidores"³⁵ escrito em 1376. Nesse aspecto, nos lembra Tourinho Filho, que em momento posterior na história, foram os canonistas que mais desenvolveram o sistema inquisitivo, em especial, com a instalação do Santo Ofício – Tribunal de Inquisição,³⁶ sendo "O martelo das feiticeiras"³⁷ e "O Manual dos Inquisidores", em termos de obras literárias, marcos referências dos séculos XIV ao XVI.

O instituto da confissão é o cerne do processo inquisitorial, não somente como procedimento, mas, também, como finalidade a ser alcançada. Em sua revisão do *Directorium Inquisitorum* Francisco de La Peña expõe que todo o processo converge, ou melhor, deve convergir para assunção de culpa do acusado, pois mesmo o advogado que prestará juramento de defender bem o

³² "Le strutture emergono lentamente: prima inquisiscono dei legati papali; poi vengono sulla scena i domenicani, apparizione precoce a Firenze, 20 giugno de 1227, quando Inocenzo IV emete la bolla "Ad extirpanda", 15 maggio 1252, l'apparato ha assunto figure definitive". CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 46.

³³ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*.

³⁴ "Confessio facta super inquisitione per tormentorum acerbitatem". CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 48. Tradução livre: "A confissão veio sobre a investigação pela gravidade da tortura".

³⁵ NICOLAU, Eymereich. *Manual dos inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86-87.

³⁷ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 20. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2009.

réu, terá como papel principal o de “fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir pena para o crime cometido.”³⁸

O Sistema Inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem, na busca de seus propósitos, talvez, como mais relevante característica em seu procedimento grande concentração do poder nas mãos do julgador, o que reflete pragmaticamente na detenção deste, de forma ampla, de toda a gestão da prova. Destaca-se ainda, que nesse sistema, o acusado é mero objeto de investigação, por isso, tido como o detentor da verdade de um crime, do qual deverá dar contas ao inquisidor.³⁹ Essa relação entre os poderes do juiz e busca pela confissão, é sintetizada em apontamentos de Nereu Giacomolli, o qual nos apresenta o sistema inquisitorial, e, com conclusão semelhante, estabelece o papel do réu de confessar diante de um julgador bastante ativo, nas palavras do autor,

Por outro lado, o sistema inquisitivo surgiu na época da decadência do império romano, inicialmente de forma excepcional, até atingir o seu auge na Idade Média, sob influência dos procedimentos da inquisição. Nessa concepção, o imputado era considerado como objeto da prova, não havia clara divisão entre as funções de acusar e de julgar, mantendo-se o segredo e a escritura, com forte ativismo judicial.⁴⁰

Para Levy Magno, originário no Direito Canônico, com a “Santa Inquisição”, conforme anotado alhures, é o sistema processual no qual as funções de acusação, defesa e julgamento se concentram nas mãos de um só órgão, ou de uma só pessoa. Além disso, não há a observância do contraditório, os atos são escritos e não se atém a publicidade (tudo era sigiloso, desde a inicial até a sentença).⁴¹

Explica Lopes Júnior a estrutura do processo inquisitório foi fundada a partir “de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. O que possibilitava a prisão do herege, eis que o inquisidor precisava do corpo do acusado, inclusive, para, sob tortura fazê-lo confessar. “Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita

³⁸ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*, p. 139.

³⁹ CABRERA, Michelle Gironda. O inconsciente inquisitório no processo penal brasileiro. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*, p. 151.

⁴⁰ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*.

⁴¹ MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*. São Paulo: Atlas, 2013.

de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas)."⁴²

Quando classificamos algo imprimimos nossa (im)pressão na nomeação posta na coisa, e, de acordo com ressalvas já feitas, é árdua a tarefa de classificar, ou melhor, identificar de que sistema se está a falar. Para Zili, a classificação dos sistemas processuais se faz levando em consideração a forma como poder do Estado é exercido, ou seja, há uma relação com o ente estatal e a sua forma de processo. Basta ver que o processo inquisitorial surge como forma da igreja católica manter o seu controle absolutista sobre os fiéis. O sistema, inquisitório, portanto, pode-se dizer, é próprio dos governos imperiais, que centralizam o poder. No caso o Papa, também era o juiz máximo, e o contrário, em uma espécie de oposição dicotômica, em que pese nem sempre observada, o modelo do acusatório é mais adequado aos sistemas governamentais republicanos. De novo, o reflexo do poder estatal é visto nas atitudes do juiz inquisidor, que não só concentra poderes, mas que através de seu alto grau de ativismo tem no acusado o objeto de sua persecução.⁴³

Os conceitos se reproduzem, ou seja, ainda que observemos autores de menor expressão na academia, a repetição advinda de outros doutrinadores mais consagrados, se faz novamente citar. Diz-se aqui, novamente, porque é originária de base bibliográfica que remonta a autores como Grinover, Reale, Prado, e Tourinho Filho, apenas para citar alguns.

Isso reflete a inexistência de um pensamento contemporâneo próprio que melhor se adegue as necessidade de mudanças atuais. Na tentativa de deixar mais claro, não estamos diminuindo o pensamento anterior, apenas, talvez, exista a necessidade de evolução, da busca de doutrina estrangeira, ou uma maior adequação a liquidez da sociedade⁴⁴ vivida em nossos tempos. Por essa razão, citamos em concomitância alguns autores destacados e outros com menor expressão na academia.

A adoção de um processo inquisitorial é o meio pelo qual o Estado mais totalitário⁴⁵, ainda que dito de direito, pune aqueles que atentam contra as

⁴² LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*, p. 83-87.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁴⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*.

normas por ele editadas. Na realidade, o próprio Ente editava normas a seu favor, e nesse sentido, era lógico que cumprira a lei para poder – legalmente – excluir da sociedade, nas prisões ou na fogueira, os seus adversários, uma espécie de forma autodefensiva de tutela no interesse do Estado em exercer seu poder punitivo.

A discricionariedade nos atos processuais inquisitoriais, como também a ausência da necessidade de justificá-los adequadamente, é comum nessa forma de processo, ainda, estando a produção de qualquer prova totalmente gerenciada pelo julgador, excluía, ou não dava efetividade ao contraditório do acusado, sendo a tortura e a prisão práticas comuns na Santa Inquisição, em citação de Prado há o apontamento de algumas de suas características:

concentração das três funções do processo penal — de acusar, defender e julgar — em um só sujeito, o que conduz, (...), relegando ao acusador privado uma posição secundária e proporcionando o princípio do processo (*rectius*, da persecução penal) independentemente da manifestação de pessoa distinta da do juiz (*procedat iudex ex officio*); procedimento extremamente secreto e destituído do contraditório, quase sempre marcado pela prisão provisória e disparidade de poderes entre juiz- acusador e acusado; forma escrita e exclusão de juízes populares, historicamente preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra a partir da confissão do imputado, (...). Não custa colocar em relevo a observação de Franco Cordero, sobre este período e acerca do emprego da tortura.⁴⁶

Nessa concepção, que considerava o imputado como objeto da prova⁴⁷, Nereu Giacomolli afirma ser forte o ativismo judicial, não somente quanto a escolha de que atos probatórios seriam produzidos, como também, era possível se observar, nas decisões processuais, que o juiz criava a decisão para condenar o réu.⁴⁸

Luigi Ferrajoli leciona a respeito do procedimento em si expondo que “no modelo inquisitório, o juiz procede de ofício na busca de provas, atuando em segredo e por escrito, com exclusão de qualquer contraditório ou limitação deste”,⁴⁹ na sistemática inquisitiva, existe tão só um exame de presunção do juiz. Como refere Foucault, “ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade

⁴⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 149.

⁴⁷ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*.

⁴⁸ NICOLAU, Eymerich. *Manual dos inquisidores*, p. 144-146.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 564.

com a qual investia o acusado.”⁵⁰ A prisão provisória, nesse sistema, se dava facilmente no curso da ação penal, e possibilitava que réu permanecesse todo o processo segregado, pois era sua conclusão lógica, ou seja, ausente a presunção de inocência, a finalidade do processo era a punição do acusado, por isso admitida a torturado para obtenção da confissão, já que o réu era mesmo culpado.

Frederico Marques, nos apresenta o caráter procedimental do processo penal inquisitório mais contemporâneo, explicando, com peculiaridade a pouca, ou quase nenhuma existência de pressupostos processuais, apenas a necessidade de juízo competente era suficiente ao processo,

Ao revés, onde vigora o princípio inquisitório, a hipertrofia dos poderes do julgador é tão grande que em suas mãos ficam colocadas todas as funções processuais, assumindo a atividade processual o caráter de procedimento unilateral, com o juiz munido de poderes multiformes. (...) no sistema inquisitivo, o Juízo criminal requer apenas a existência de juiz competente, réu e escrivão, inexistindo, portanto, um órgão de acusação. (...) No procedimento inquisitório, não existe relação jurídico-processual, podendo haver, quando muito, uma relação que traduza a submissão do indivíduo ao Estado, com a aplicação dos poderes de sujeição do poder estatal. (...) Com a forma inquisitiva, desaparece o processo, ficando em seu lugar um simples procedimento investigatório, que é a própria negação do Juízo Penal.⁵¹

Com relação ao conceito, propriamente dito de processo inquisitório, assevera Jacinto Coutinho, primeiro, que o sistema é regido pelo princípio inquisitivo, segundo, conforme já mencionamos, mas dada a sua importância para etiquetar a classificação que adotamos, trazemos novamente a baila, que o juiz é a “super-parte”, em relação as questões envolvendo provas.⁵² Ele concentra poderes não somente de admissão, como controla o momento, até onde se farão as buscas, e quais fatos probatórios devem ser inteirados ao processo. Em que pese o aparente exagero ao adjetivo referido ao julgador, de fato, no sistema inquisitivo ele tem razão de ser, pois a gestão dos elementos probatórios é colocada a disposição para que se chegue a conclusão antes já

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 6. ed. Tradução de Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1988, p. 36.

⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. Campina: Millennium, 2001, p. 18. Ainda, complementa o autor em outra obra, ser o processo inquisitorial “forma procedimental de autodefesa do interesse repressivo do Estado.” MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 10.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 11.

idealizada pelo juiz, sendo a confissão – forçada – a bengala processual para eventual julgador acometido de incerteza da culpa do réu.

Definitivamente o século XV, foi marcado pela grande influência que o sistema inquisitivo infligia na Europa monárquica. O que se vislumbrava também em Portugal, onde se fazia presente, tal modelo processual penal, basta ver isso na adoção desse sistema em suas Ordenanças do Reino. Mas não se trata de influência isolada, ao contrário, há verdadeira reação em cadeia, e como não poderia deixar de ser, o colonizador português, influenciou o Brasil, mesmo após a independência, visto que as Ordenações do Reino de Portugal vigoraram até o início do século XX.⁵³

Fato era, que na época em que o novo continente, se encontrava sob dominação colonial portuguesa, em especial no território que hoje é o Brasil, este seguia como tal os ditames legais do Reino. A consequência lógica é que o processo inquisitivo desta parte do velho mundo refletiu diretamente, inclusive, muito depois do desates das amarras do colonizador, no processo penal brasileiro. Aliás, a presença da doutrina advinda do outro lado do oceano, ainda que não a portuguesa, mais contemporaneamente teve contribuição fundamental para o modelo adotado no Código de Processo Penal vigente até o momento, o que tentar-se-a melhor expor a seguir apresentando a formação do que foi e é até os dias atuais o processo penal brasileiro.

1.2 O processo penal brasileiro de sua origem inquisitória ao acusatório constitucional

Iniciamos esse ponto retomando ressalva explicativa acerca da opção da abordagem direta ao Processo Penal Brasileiro a partir do Sistema Inquisitório antes de adentrarmos propriamente na conceituação do Modelo Acusatório. Primeiro, porque demonstraremos a clara influência que o funda, o sistema remete a “Civil Law”, mais do que isso, e por segundo, em decorrência, também, da língua inglesa o afastamento de adoção de procedimentos processuais

⁵³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 94.

próprios da “Common Law”, claramente mais adversarias faz com que a abordagem dessa tipologia processual, repete-se distante do modelo de processo brasileiro, seja didaticamente, em nosso sentir, melhor abordada a posteriori.

Pode-se afirmar que a implantação do processo inquisitorial na Europa se deu na Espanha mediante a outorga da Lei das Sete Partidas, de Alfonso X, no século XIII, expandindo-se por meio do Ordenamento de Alcalá (1348), até que, sob o reinado dos Reis Católicos, adquire inolvidável vigor. Na França, o marco processual que possibilitou, e impôs a jurisdição real em todo o território, a apuração das infrações penais de ofício foram as Ordenação de Luis IX, em 1254.⁵⁴

Considerando que o momento da chegada dos colonizadores no Brasil foi por volta de 1500, temos como ordenamento jurídico português as Ordenações Manoelinas⁵⁵, as quais previam as bases da organização judiciária da colônia, nos mesmos moldes daquela implantada em Portugal.⁵⁶ Posteriormente, em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas⁵⁷ que vigoraram até 1832, quando adveio o Código de Processo Criminal do Império, no qual, pode-se perceber que, a partir de situações financeiras privilegiadas era possível o gozo de certos privilégios, o que implicava em verdadeira existência de excludente punibilidade através de pagamento pecuniário.⁵⁸ Traço marcante no processo penal brasileiro da época das ordenações era a característica atinente ao sistema inquisitivo. Por exemplo, quando o juiz tivesse notícia do fato, deveria abrir inquérito sem a determinação do criminoso, exatamente para descobri-lo, sendo o mesmo julgador o do processo que este acusado iria responder.

Avançando na linha temporal, veremos que o sistema de garantias nasce pela primeira vez no Brasil, fruto da influência europeia pós ideias iluministas da Revolução Francesa, no reinado de D. Pedro I, sendo, por conseguinte estatuído que: nenhum indivíduo deve ser preso sem culpa formada;/; lei alguma,

⁵⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 144-146.

⁵⁵ Referência ao reinado de D. Manuel, de 1521, cuja regulamentação processual estava situada no Livro V.

⁵⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 148.

⁵⁷ Referência ao reinado de Felipe II, elaboradas por Paulo Afonso e Pedro Barbosa..

⁵⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 96.

notadamente a penal, será imposta sem absoluta necessidade; toda a pena deve ser proporcionada ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delincente. Sendo abolidas a: “confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e as diversas penas infamantes.”⁵⁹

Foi somente com a Constituição do Império, que estruturou a organização fundamental ao Poder Judiciário, registre-se, aliás, que a Constituição Imperial de 1824, ainda que de forma tímida, tratava de alguns temas afetos ao processo penal, sendo que, em 1832, edificou-se o Código de Processo Criminal.⁶⁰ Segundo Frederico Marques perdurou, ao contrário da Europa, com resíduos absolutistas, um “acentuado espírito antiinquisitorial”⁶¹. Todavia deve ser ressaltado que, em que pese a referida intenção de negativa ao processo inquisitivo, dogmaticamente sua influência não passa despercebida, a já anotada possibilidade de instauração de procedimento penal *ex officio*, e em caso de não comparecimento do réu, permitia-se o sumário de culpa⁶² em segredo.

Em 1842 é promulgada a Lei de 3 de Dezembro, no intuito de criar e centralizar um aparato policial. Nela também estavam inseridos dispositivos processuais penais, sendo para alguns, como o Senador Silveira da Mota, em sessão de 27 de Julho de 1871 eivada de defeito, afirmou o congressista que a falha dessa lei “não está nos artigos que estabelecem os trâmites do processo criminal”. A grande crítica ao referido dispositivo normativo era que aos policiais foi dada a possibilidade de formação de culpa, sendo que para alguns vigorou o “policiamento mais arbitrário em matéria de processo criminal”⁶³ de todos os tempos.

No ano de 1871, deu-se, após mais de trinta anos de debates e inúmeros projetos apresentados, a promulgação da Lei n.º 2.033 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n.º 4.824 de 22 de dezembro do mesmo ano, sendo destaque as seguintes alterações: a) separação entre *Justiça* e *polícia*; b) criação do inquérito policial; c) introduziu modificações no instituto da prisão preventiva,

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 102.

⁶⁰ MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*.

⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 102.

⁶² Fase que antecedia o júri de acusação, inspirado no modelo inglês.

⁶³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 105.

bem como no da fiança, dos recursos, e do *habeas corpus*.⁶⁴ Sob o manto da República, e sua Constituição de 24 de fevereiro de 1891, foram revigoradas as garantias processuais existentes, sendo que *habeas corpus*, passou a ser garantido constitucionalmente. Nesse período cada estado possuía seu código de processo criminal, inclusive, o que deu azo a postulados processuais afastados das garantias constitucionais, retomando práticas inquisitivas, como, por exemplo formação secreta da culpa.⁶⁵

A Constituição de 1934 promoveu, novamente, a unificação da legislação processual penal e, após a Carta Magna de 1937, veio a lume o ainda vigente Código de Processo Penal.⁶⁶ Em 3 de outubro de 1941 foi promulgado pelo Decreto-lei n.º 3.689o novo conjunto normativo processual, produto do labor e da cultura de Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz, Florêncio de Abreu, Roberto Lyra e Nelson Hungria,⁶⁷ estabelecendo em seu artigo 809, se período final de vacância para o dia 1º de janeiro de 1941. Também, seguiu-se ao do novo estatuto a promulgação da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, o Decreto-lei 3.931 de dezembro de 1941. Destaca Frederico Marques que o novo Código:

Estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo os procedimentos *ex officio*, que só permaneceu para o processo de contravenções, (...) e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório.⁶⁸

Há um raro consenso em se afirmar que o atual Código de Processo Penal foi inspirado na legislação processual penal italiana produzida no regime fascista. Destaca nesse sentido Nunes da Silveira para quem “O Código Penal brasileiro é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 107.

⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 108.

⁶⁶ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁶⁷ PRADO, Geraldo. *sistema acusatório. a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 267.

⁶⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 111-112.

a batuta de Getúlio Vargas, denominado Estado Novo.”⁶⁹ Ponto com o qual compartilha, também, entendimento Nereu Giacomolli.⁷⁰

Antes de adentrarmos propriamente no contexto histórico nacional da época, é preciso entender o cenário internacional de nascimento do Código. O Estado era instituído com função educadora advindo de princípios estabelecidos pelo ditador italiano de Benito Mussolini, os quais eram implementados e idealizados pela mídia brasileira, “crer, combater, obedecer”, ou como explica melhor Nereu Giacomolli:

No cenário europeu, após a Primeira Guerra Mundial, o desemprego, a miséria e a inflação propiciaram o nascimento de propostas totalitárias, apoiadas pela burguesia, receosa da implantação do regime socialista, como ocorrera na Rússia. (...) A ideologia era impor a ordem e a disciplina na sociedade. (...) O reflexo disso no Processo Penal é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. (...) Nesse período, neutralizou-se o indivíduo (liberalismo) em face do Estado (fascismo). O reflexo no processo penal foi a neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado e às necessidades do poder acusatório, persecutório e punitivo.⁷¹

Com propriedade lembra Nunes da Silveira, que essa influência tem significativo reflexo na gestão da prova, que é confiada ao magistrado, o senhor todo-poderoso do processo, na medida em que o papel das partes é reduzido ao mínimo necessário para que se justifique a sua existência.⁷² No mesmo sentido, de que o perfil ideológico inquisitorial brasileiro e os resquícios da influência fascista do Código Italiano 40 foram implementados no processo nacional, é o entendimento de Nereu Giacomolli.⁷³ Citando trecho do texto original da lavra

⁶⁹ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes, da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*, p. 56-72.

⁷⁰ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*.

⁷¹ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 84.

⁷² SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes, da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*, p. 56-72.

⁷³ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*.

de Francisco Campos, os poderes do juiz e a sua, consequente, busca pela verdade ficam evidentes:

A direcção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objectivo de investigação dos factos e *descoberta da verdade*.⁷⁴

Resquício forte, também desta época, é influência na doutrina, para qual, de forma ainda contemporânea, não há distinção entre processo penal e processo civil, em especial no que toca ao conceito de lide e como trata a formação e os conceitos inerentes a ação penal. Em idêntico pensar, Frederico Marques⁷⁵, Grinover⁷⁶, e por fim, citando Manzano,

O processo civil e o processo penal são, antes, um só processo; a natureza do litígio e a pretensão é que diferem, como também o procedimento. Trata-se de simples divisão de trabalho, que leva em consideração a natureza da causa e os interesses em jogo. Com efeito, os principais conceitos atinentes ao direito processual (ação, defesa, jurisdição e processo) são comuns aos dois ramos. Desarte, pode-se falar em uma Teoria Geral do Processo, pois os princípios que norteiam os dois processos são os mesmos, embora sejam objeto de disciplinas autônomas.⁷⁷

O perigo de levar em consideração discursos como o acima, para fundamentar a classificação da natureza jurídica sistêmica do processo penal é que podem induzir ao erro. Quando considerado, tão somente, o rótulo que o autor do texto apõe, sem observarmos o que a característica, de cada sistema processual impõe ao processo, podemos ser levados a acreditar que o perfume da rosa advenha exclusivamente do nome que apostado na flor. Por isso, é tão difícil classificar sistemas, explica Jacinto Coutinho, que outro prisma para se chegar a conclusão de qual sistema processual se está a falar, é quando se trata da busca da verdade material, o que se considera como influência direta do princípio inquisitivo.

⁷⁴ CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional: sua estrutura seu conteúdo ideológico. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 181 apud SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes, da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional "diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália"*, p. 56-72.

⁷⁵ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*, p. 9.

⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 278-279.

⁷⁷ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 378.

a grande maioria da doutrina brasileira insiste em dizer que o processo penal é regido pelo princípio da verdade material. Contudo, não se dá conta que esta idia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida em que tem o processo como meio capaz de dar conta “da verdade”; e não de “uma verdade”, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali estar-se-ia a buscar.⁷⁸

Paralelo as discussões da ausência de diferença entre ação civil e ação penal, Guilherme de Souza Nucci, expressa a sua classificação do processo penal brasileiro, o qual, segundo ele, pode ser entendido como misto, devido a sua natureza híbrida. Para o autor, a Constituição adota nitidamente o sistema acusatório, enquanto o Código de Processo é, principiológicamente, inquisitório, então quando da efetividade de ambos os preceitos legais sob alguns aspectos normativos temos um inquisitório e sob outros um acusatório.⁷⁹

Nereu Gioacomolli, quando se manifesta acerca da espécie de processo vigente no Brasil é categórico ao afirmar que estamos tratando de verdadeiro processo acusatório, pois a única leitura possível é a partir dos preceitos constitucionais:

A opção constitucional brasileira de 1988 foi pela afirmação e eficácia dos direitos fundamentais, incompatíveis com qualquer prática identificada com o sistema inquisitorial. Mantido o debate entre acusatório/inquisitório, verifica-se que o sistema processual desenhado pelo constituinte é o acusatório, entendido como o de separação entre as funções de acusar e julgar, envolto por um manto de princípios e garantias, as quais afastam as características do sistema inquisitorial. Isso porque o constituinte, expressamente, determinou a observância do devido processo legal, com todos os seus derivativos explícitos tais como: o contraditório, a ampla e plena defesa, a publicidade, o estado de inocência, o silêncio não autoincriminatório, o juízo predeterminado legalmente, a prisão como extrema ratio, a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público.⁸⁰

Geraldo Prado reafirma a adoção do texto constitucional ao modelo acusatório, fazendo especial referência aos papéis dos atores processuais, esclarece o processualista,

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública,

⁷⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 104-105.

⁸⁰ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 91.

na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório.⁸¹

O autor referido acima lembra que, a incidência do princípio acusatório quanto ao controle judicial dos autos de investigação criminal não é de exclusão absoluta, fazendo a ressalva que é dever do juiz controlar medidas constritivas de direitos fundamentais. Todavia, o Supremo Tribunal Federal admite o controle direto da autoridade judiciária na investigação preliminar⁸², inclusive com atos de ofício, o que acaba por fazer aflorar entendimentos, ainda que de menor expressão acadêmica, mas trazidos aqui para melhor ilustrar essa linha de pensamento, como o de Levy Emanuel, o qual tenta justificar alguns institutos do modelo, quando aponta certos elementos processuais consagrados como próprios do processo penal acusatório, os quais estão inseridos na Norma de Regramento Processual brasileira:

O sistema processual penal adotado pelo Brasil foi o acusatório. Esse é o entendimento que prevalece amplamente na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O sistema processual brasileiro é o acusatório, pois nele: se observa o contraditório (e os demais princípios constitucionais); vigora a publicidade do processo; a forma pode ser escrita e oral; as funções de acusar, defender e julgar são conferidas a pessoas distintas; o juiz não pode iniciar a ação penal de ofício; e quanto às provas, adota-se o sistema do 'livre convencimento motivado'. É sistema processual típico do Estado Democrático de Direito.⁸³ (grifo do original).

Se tomarmos por base as classificações esboçadas acima, considerando que o sistema processual penal brasileiro, claramente, apresenta institutos dos dois sistemas, ainda que com uma tendência forte ao processo acusatório, pode-se entender que a realidade trata de modelo híbrido. Porém, em relação a esse entendimento, afirma Jacinto Coutinho, que “ser misto

⁸¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 299-300.

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 1517*. Relator Ministro Maurício Corrêa. DJU 30/10/2002.

⁸³ MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*, p. 378.

significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.”⁸⁴ Como já apresentamos, se a classificação tiver por base o princípio fundador, e aqui ele deve ser único, a mistura ou hibridez não se sustenta. Fato este, que no entendimento de alguns processualista, como Franco Cordero, impõe uma impossibilidade de facticidade entre os dois modelos, nas palavras do professor italiano “ainda que possa seduzir alguns, repugna a razão, uma vez que é impossível conciliar dois opostos. Assim, embora chamado de “misto”, o processo do Código Rocco era extremamente inquisitório.”⁸⁵

Reforçando o entendimento da não existência do sistema acusatório misto leciona Zilli, ao nos apresenta, novamente, a ideia de não convivência ou a impossibilidade de adaptação diante do que funda o modelo processual, aqui, no sentido de fundação, do alicerce a partir do qual ele é construído, se a origem é inquisitória, regida por tal princípio, o resultado somente pode ser um processo penal inquisitorial. É mais ou menos como se pintarmos tomates de verde e afirmarmos serem limões, ainda assim, o suco destes não será uma limonada. O autor chega a afirmar que não existem adaptações, ainda que assim nominadas:

A composição entre os ideais romano (imperial)-canônico e o direito inglês levou os estudiosos a denominar este novo sistema de “inquisitório reformado” ou de “sistema misto”. Trata-se, na verdade, de um sistema inquisitório, em sua essência, e formalmente acusatório, porquanto o poder penal seguiu pertencendo ao Estado, dividido, todavia, em dois órgãos: um, o responsável pela função de requerer o reconhecimento da prática do injusto (acusar) e o outro, responsável pela função de afirmar ou não a sua existência (julgar).⁸⁶

Traço comum, dentre várias obras pesquisadas, e o que se dá praticamente de forma unânime, é de que os defensores da classificação do nominado Sistema Acusatório, apresentam como sua principal característica, o fato de que existem partes com papéis estritamente definidos, e por isso,

⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*.

⁸⁵ POLI, Camilin Marcie. Mentalidade inquisitória: memórias de um jurista italiano. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*, p. 123.

⁸⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*, p. 94.

estamos falando, toda vez que apareça essa constatação, de sistema adversarial. Comungam, ainda, com essa qualidade do processo, a definição proveniente do conceito de que as partes – defesa e acusação – produzem suas provas como “meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou in ocorrência de certos fatos⁸⁷”, sendo que o juiz tem a função precípua de julgar.

Perfeito, a premissa está correta, a existência de partes que apresentam as suas provas para o convencimento do julgador é própria do Sistema Acusatório, no entanto, não se pode esquecer que a classificação também passa por observar qual o papel de julgador nessa situação. Porque a sua maior ou menor atuação – independente dos atos das partes – é o que verdadeiramente irá, melhor definir, se estar-se-á falando de Inquisitório ou Acusatório. Para os esses doutrinadores, como alguns dos referidos acima, certas situações fáticas recebem duras críticas, por não encontrem explicações convincentes, acerca de elucidar como, e por que, por exemplo, mesmo que que inserido no sistema acusatório, se o julgador pode produzir prova por iniciativa própria, e se isso, poderia implicar em dizer que ele assume um papel que originariamente pertence ao Fiscal da Lei de “investigador unilateral da verdade”.⁸⁸

O que temos que identificar nesse ponto é: se o sistema é o acusatório – adversarial, tal prática seria com ele incompatível, ou se a partir de tais conceitos, essa classificação poderia não ser a mais adequada.⁸⁹ Não se impõe uma proibição, ou melhor, não se esquece que há necessidade de explicar e justificar a produção de provas unilateralmente a requerimento e iniciativa do julgador, porém a forma como é feita diz e define de que sistema processual se está a falar. Novamente, mais do que definir os papéis dos atores processuais é necessário entender a origem e a fundamentação ideológica do Estado, para determinados atos. Fala Frederico Marques:

Certo que a lei processual autoriza o juiz a, *ex officio*, investigar a verdade. Fá-lo, porém, subsidiariamente, como de maneira clara vê do art. 156 do Código de Processo Penal, - fenômeno que também ocorre

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 116.

⁸⁸ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*, p. 17. Não se olvida a incompatibilidade da busca de qualquer prova através da intervenção do juiz, como o instituto do Discovery na “Common Law”.

⁸⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

no Direito Processual Civil. Ao Ministério Público é que cumpre, de maneira precípua, trazer para os autos os elementos de convicção que demonstrem os fatos articulados na peça acusatória, o mesmo se dando com a defesa no que concerne aos elementos probatórios da inocência do réu.⁹⁰

O que se questiona é a imposição de funções que deveriam, segundo o próprio autor, estarem bem definidas, e serem praticadas por atores que não receberam esse papel, ou seja, acusar, defender e julgar, deve ser definido e estar vinculado, por isso mesmo, a determinado sistema processual. Pertinente para o momento, apesar de demasiada extensa a citação de Grinover, necessária por mostrar e elucidar tendência doutrinária que persiste, e insiste em qualificar, tão somente, como modelo acusatório, o processo que possui partes, independente das funções que juiz, mesmo não sendo etiquetado como tal, possui. Nas palavras da autora,

Mas pode-se afirmar, sinteticamente, que o que distingue o modelo acusatório do inquisitório é que, no primeiro, as funções de acusar defender e julgar estão atribuídas a órgãos diferentes, enquanto no inquisitório as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente.⁹¹ É no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que já falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação e o julgamento unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não ser processo genuíno, mas sim forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitivo poderá haver procedimento, ainda que dirigido por alguém chamado juiz, mas nunca um processo em contraditório. O principal corolário que decorre desse conceito sintético é o de que o modelo acusatório postula um *processo de partes*.⁹² (grifo nosso)

Não se pode negar que o devido processo legal assegurado constitucionalmente, e até mesmo alguns dispositivos do Código de Processo Penal convergem para o Sistema Acusatório. Ainda assim, o processo penal brasileiro, aqui usado como sinônimo de procedimento, segue algumas peculiaridades. Em sua pesquisa dogmática, Giacomolli destaca cinco marcas inquisitoriais nele, por isso, merece destaque a lição do autor, eis que busca demonstrar, a partir do Instituto Normativo, que as afirmações doutrinárias, as

⁹⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, p. 67.

⁹¹ Em lição acerca do sistema acusatório Nereu Giacomolli explica: “Defendendo-se que não cabe iniciativa probatória, direta ou indiretamente (iniciativa subsidiária ou complementar) do julgador, pois a função de acusar não se restringe à imputação inicial, mas reafirma-se durante todo o *iter* processual.” GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 90.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 312.

quais dão conta da classificação sistemática do referido Diploma não são as mais adequadas ao que se chama⁹³ de Sistema Acusatório, segundo o autor:

A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir *ex officio* na requisição de inquérito policial (art. 50, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP). Uma segunda marca é a prevalência da potestade punitiva sobre o status *libertatis*, na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão ad quem sem razões ou contrarrazões, situação ainda persistente no CPP (arts. 589 e 601), na manifestação obrigatória da acusação no segundo grau de jurisdição, sem cientificar-se à defesa para que pudesse exercer o contraditório. Uma terceira marca emerge da presunção de culpa do sujeito, sem consideração de seu estado de inocência. Nessa perspectiva, o pensar e o agir refletem uma concepção de que o imputado já nasce culpado. Por isso, a prisão processual é a regra e, se for acusado é porque alguma infração o sujeito cometeu, devendo ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova. (...) A quarta marca é a elevação do magistrado ao ápice da pirâmide, o protagonista, o condutor do sistema, do processo. Assim, justificam-se seus poderes instrutórios, seu agir *ex officio*. (...) A quinta marca é a transformação do sujeito, pelo processo, em objeto de prova. Nessa perspectiva, o réu é objeto de prova, pode produzir provas contra sua defesa, possui o dever de provar a sua inocência, deve submeter-se ao processo como ser dócil e obediente, colaborar com o processo, com o juiz, com a sociedade e com o Estado.⁹⁴ (grifos do original)

Não se trata de posição isolada, a Babel classificatória do processo brasileiro é extensa e variada, e é possível fazer constatações doutrinárias a partir de vários sentidos, o que se apresenta mais divergente e confuso, se tomarmos por base alguns dispositivos legais isolados. Se adoramos como exemplo a lição de Avena, veremos que ele explica, em relação ao artigo 156 do Código de Processo Penal, que a iniciativa probatória do julgador, na possibilidade do juiz em poder arrolar testemunhas *ex officio* é perfeitamente possível para a busca da verdade:

Ora, na medida em que, nestas situações, o móvel determinante da atuação oficiosa do juiz na produção da prova é a existência de dúvida sobre ponto relevante, é evidente que não está ele se substituindo às partes no processo criminal, mas tão somente adotando, no impulso

⁹³ Acerca dos sentidos antagônicos inquisitório vs. acusatório abordar-se-á, melhor a temática no ponto seguinte.

⁹⁴ GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, p. 83.

do processo, as providências que considera necessárias para descobrir a realidade de como efetivamente se passaram os fatos. Negar ao juiz, em nome do sistema penal acusatório, tal faculdade probatória importa negar, também, que o processo penal seja regido pela verdade real, o que é inconcebível.⁹⁵

Porém, Frederico Marques vai além, poderes inerentes ao sistema inquisitorial, são em prol do acusado, o que autoriza, de forma categórica, em virtude do caráter acusatório do processo penal brasileiro, mesmo considerando as garantias constitucionais do direito de defesa e do contraditório, expor como preceitos legais do juiz:

a) o que autoriza o juiz, de ofício, a mandar proceder a exame complementar em perícia sobre lesões corporais (art. 168); b) o que confere ao juiz a faculdade de formular quesitos nas perícias em geral (art. 176); c) o que dá ao juiz o poder de a todo o tempo proceder novo interrogatório do réu (art. 196); d) o que faculta ao juiz outras testemunhas, além das indiciadas pelas partes (art. 209); e) o que manda o juiz providenciar sobre a juntada aos autos de documento pertinente a ponto relevante da causa (art. 234); f) que possibilita ao presidente do tribunal do júri o ordenar de ofício, antes de marcar data para o julgamento, as diligências necessárias para esclarecimento de fato que interesse à decisão da causa (art. 425); g) os que conferem poderes ao juiz para a produção de provas, antes do julgamento e depois de encerrado o processo com a apresentação das alegações finais (arts. 502 e 538).⁹⁶

Contudo, bem lembra Coutinho que se melhor observarmos, veremos que a primeira parte do artigo 156 apresenta em sua redação uma leitura possível pelo verbete “ameaça” de deixar às partes a carga do ônus probatório, situação que é “desmentida” na segunda parte, quando emerge a tradição inquisitória⁹⁷ do Diploma Legislativo, ou conforme pode ser lido na referida norma: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.⁹⁸

Novamente, a remissão a conceitos e contextos históricos se apresenta necessária. Por isso, para melhor estabelecermos a origem, o conceito e modo

⁹⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 14.

⁹⁶ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*, p. 188-189. Artigos referidos nas alíneas “f” e “g”, revogados respectivamente pela Lei 11.689/2008 e Lei 11.719/2008.

⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*.

⁹⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689/41*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em 22 de mar. 2017.

do sistema acusatório nos remetemos aos seus primórdios ingleses, conforme discorreremos no ponto seguinte.

1.3 Sistema acusatório, a contribuição da “Common Law” no duelo processual de partes.

Inicialmente conforme tentamos demonstrar no título deste ponto, uma característica que salta aos olhos no sistema acusatório é sua nítida forma de disputa. As partes tem ampla liberdade no processo e o julgador, em contrapartida utiliza e segue rígido script na maneira e forma como exerce seus poderes. Para Frederico Marques os conceitos que se apresentam como basilares para o sistema acusatório são de fácil constatação, mormente quando comparados ao sistema inquisitório, porque, segundo o autor, a ele se opõe. Ele nos apresenta precipuamente a necessidade de separação entre órgão de acusação, órgão de defesa, e julgador, tratando assim os dois primeiros como partes de um processo levado a um terceiro imparcial. Mais do que isso, há liberdade equivalente entre as partes, para a livre proposição e busca de provas, sendo delas essa tarefa, sem se esquecer que após cada apresentação cabe o exercício de contraditório da outra. E por fim, o ritmo da causa é impulsionado desde o início pelas partes.⁹⁹

Ponto significativo, e por essa razão, novamente, trazemos ao debate é o da vinculação entre a forma de Estado e maneira como seus funcionários exercem seus poderes através deles. Para Zilli há uma relação de oposição visível entre o juiz que controla todo o curso do processo, e o que age exclusivamente por impulso oficial¹⁰⁰. Por isso, que para falar de sistema acusatório, é necessário trazeremos seus primórdios na concepção elaborada em decorrência do Estado absolutista inglês, o qual, tem por definição na “common ley” ou a “common law” no seu nascimento e aplicação. Desde já fazendo a ressalva de René David, para quem: “Os termos do direito inglês são intraduzíveis como são a fauna e a flora de outros países¹⁰¹”, mesmo palavras

⁹⁹ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*, p. 19.

¹⁰⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*, p. 43.

¹⁰¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 304.

iguais, desconectadas das peculiaridades de sua estrutura histórica podem falsear seus significados quando da tradução.

Não obstante, outra singularidade na formação do direito bretão, e por isso sua natureza singular, foi o impedimento de adoção de conceitos de direito romano, o que ocorreu, em grande medida, pelo acolhimento de procedimentos rígidos, sem a possibilidade de intercâmbios ou adaptação do direito estrangeiro. Com efeito, a Inglaterra integrou o Império Romano do século I ao V, porém, inclusive diante de questões geográficas a ilha sofreu pouca menor influência cultural, com destaque para a parga assimilação do direito. É de ver que os mecanismos jurídicos ingleses, em especial, as jurisdições reais afastaram o direito inglês do modelo romano-canônico imperante no resto da Europa. Quanto as questões processuais penais, desde o século XIII o procedimento do júri, substitui os juízos de deus. No campo específico do processo penal, desde o século XIII aflora a importância o júri, que substitui os juízos de Deus, extintos desde Inocêncio III.¹⁰² Dada a sua importância, nos ocupamos a seguir, com conceitos e algumas consequências do Processo na “Common Law”.

1.3.1 A importância do procedimento processual na “Common Law”

O processo inglês impõe extrema relevância ao procedimento, o processo em si era mais importante que o próprio direito em juízo, “remedies precede rights”¹⁰³, que pode ser traduzido como: o processo é mais importante que a obrigação. Isso, de certa forma, coloca toda a carga do sistema político ideológico da “common law” no processo, ou seja, os atores processuais, e quem presta cada função/ ação, torna-se menos importantes. Melhor dito, o que se pretende manter, dada a sua relevância para o sistema, é o procedimento organizacional na aplicação e distribuição do poder do Estado através do exercício da jurisdição.

¹⁰² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 150-151. No mesmo sentido GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 37.

¹⁰³ DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 47.

Para Zilli os fundamentos de uma justiça mais estruturada, ou o início do que viria a ser, posteriormente, o processo propriamente inglês como conhecido hoje, foi estabelecido por esta fórmula processual que supervaloriza o procedimento, mas além disso, a possibilidade de ver seu processo ser apreciado pelo rei, consubstanciada no instituto processual do “writ of remedy”.

Assim a ideia de paz do rei (King’s peace), inicialmente vinculada aos atos cometidos na presença do rei ou em suas terras, foi ampliada, estendendo-se, ao final, por toda a Inglaterra. Os ofensores passaram, então, a ser processados perante o tribunal do rei. Mas, como observa Churchill, não bastava compelir os súditos, mas convencê-los de que as jurisdições reais eram mais eficazes. Dessa forma, Henrique II elaborou uma justiça mais estruturada do que aquela propiciada pelos senhores locais que insistiam no emprego dos duelos, das ordálias e dos juízos de Deus.¹⁰⁴

Essa concepção, bem lembra René David não faz relação com a equidade das decisões, “A common law não se apresenta como um sistema que visa realizar justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios.”¹⁰⁵ Por isso, vale lembrar, novamente com as ressalvas das traduções, que o instituto processual do *equity*, não é sinônimo de justiça, ainda que se busque a partir dele equidade, conforme nos ensina Zilli, citando Black, o princípio que se busca como fim objetivado é o de justiça, mas não é o seu sinônimo:

Como esclarece Henry Campbell Black, op. Cit., a *equity* é orientada sobretudo por um critério de justiça, fundada em um sistema de regras e princípios originados na Inglaterra que se opôs às regras rígidas da *common law*. Nesse sentido: “*Justice administered according to fairness as contrasted with the strictly formulated rules of common law. It is based on a system of rules and principles which originated in England as an alternative to the harsh rules of common law and with were based on what was fair in a particular situation*”.¹⁰⁶

Não obstante o “direito comum” nascer, essencialmente, como forma de uniformizar as decisões, em contrapartida a equidade aflora em decorrência da ideia de justiça, e em oposição ao sistema da “Common Law”, utiliza para isso, critérios não estritamente fundados nas regras desse mesmo sistema

¹⁰⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 89-90.

¹⁰⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 291.

¹⁰⁶ Tradução livre: “A justiça é administrada de acordo com a equidade, em contraste com as regras formuladas de maneira comum no direito comum. Isso baseia-se em um sistema de regras e princípios que se originou na Inglaterra como um alternativa as duras regras do direito comum e que se baseou no que era justo em uma situação particular”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*, p. 101-102.

jurisdicional. Especificamente nesse aspecto, a partir do conceito de “equity”, citado acima, percebia-se, na sua idealização, certa distinção entre “Common Law” e “equity”, fato que a partir do século XIX não se vislumbra mais, razão pela qual entendemos importante a citação,

(...) a *equity* tende a tornar-se, se é que já não se tornou, o conjunto de matérias que se considera apropriado para se fazer julgar segundo um processo escrito, enquanto que a *common law* se torna o conjunto de matérias que são apreciadas segundo o processo oral de outrora.¹⁰⁷(grifo no original)

O modo de como se originou o processo se faz relevante, haja vista, que o enfoque a ser analisado pragmaticamente é a influência da ideologia que Estado imprime nele. Acrescenta Damaska que a forma processual está intrinsecamente ligada a ideologia do modelo estatal, no caso exposto, era permitido as partes duelarem para solucionar os conflitos, tendo o juiz como árbitro da disputa, todavia, em contrapartida, a sistemática processual era anti-duelo, o que se pretendia era, antes do processo, alcançar pelas próprias partes a solução do conflito,¹⁰⁸ razão pela qual, dando continuidade ao estudo da “Common Law”, abordaremos o papel das partes e sua relação como o Sistema Adversarial.

1.3.2 As partes no “Common Law”, o desenvolvimento do processo adversarial

No caso do sistema inglês, a partir de um período específico, em certo momento os jurados deixaram de ser pré-informados sobre os fatos que envolviam a disputa judicial, ou seja, deveriam julgar de acordo com as provas apresentadas no julgamento e não a partir do seu conhecimento pessoal, dessa forma os advogados passaram a assumir a função de controlar o fluxo de informações aos jurados. A pergunta mais importante, segundo Damaska passou a ser “qué normas controlan el comportamiento de los abogados”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 314.

¹⁰⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 26.

¹⁰⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 77.

Como consequência lógica, os juízes passaram a ser mais imparciais diante do julgamento, pois não tinha pré-conceitos para o exercício da jurisdição. Além disso, outras duas consequências importantes aqui a serem destacadas com relação a esse funcionário do Estado. A primeira é a despersonalização do julgador, ou a profissionalização da função de julgar de forma impessoal. A segunda, ainda que de originária do sistema burocrático francês do século XVI XVII, há restrição dos elementos que poderiam ser utilizados para proferir a decisão, o é conhecido pelo brocardo “quod no est in actis no est in mundo” passando, assim, a ter maior relevância a expressão “o que não está nos autos não está no mundo”.¹¹⁰

Mas então, como definir o sistema acusatório da “Common Law”? Mais do que isso, na sua verdadeira essência, qual era o papel desse funcionário do Estado, o juiz? As respostas a estas duas perguntas estão intrinsecamente ligadas, isso porque ao responder a primeira, necessariamente se toca na segunda, ou seja, os atos do julgador estão diretamente relacionados com o conceito.

Temos um modelo em que há embate entre adversários amadrinhado por um juiz ou um processo de adversários. O adversarial “caracteriza-se por uma disputa travada entre duas partes processuais perante uma autoridade imparcial que, além de deter o poder decisório, examina, de forma inerte, todo o material probatório que é apresentado por aquelas.”¹¹¹ Para Damaska

*A common law considera o processo como uma espécie de torneio no qual o juiz desempenha um papel de simples árbitro. Cada uma das partes deve apresentar suas provas, e nenhuma delas dispõe de qualquer meio para obrar a outra a apresentar, por exemplo, um documento que esteja na sua posse.*¹¹²

A ideia de torneio da “Common Law”, também é observada por Zilli, para quem há verdadeira disputa, na qual o juiz é o árbitro, particularmente, apontando a ausência de ação do julgador em relação a produção de provas: “Cada uma das partes deve(ria) apresentar as suas provas, e nenhuma delas dispõe de qualquer meio para obrigar a outra a apresentar, por exemplo, um

¹¹⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 62.

¹¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*, p. 44.

¹¹² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 310.

documento que esteja em sua posse”.¹¹³ A liberdade, iniciativa, e ação das partes processuais com ausência, ou quase nenhuma gerência por parte do julgador, o que inclina para o entendimento de se poder dizer que o adversarial é o processo do Estado liberal, as partes são livres para irem a juízo, e com muito pouca gerência por parte do ente estatal.

Explica Lopes Júnior que, contemporaneamente, a forma acusatória possui como características:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.¹¹⁴

O princípio acusatório tem como característica no núcleo básico a diferenciação dos sujeitos nos papéis que desempenham no processo, ou seja, julgar, defender e acusar. Para Geraldo Prado citando Goldschmidt as “regras do jogo” segundo distinguem o processo, que no aspecto acusatório estabelecem, a partir dos papéis dos atores processuais, possibilidades de defesa contra o arbítrio do poder de punir¹¹⁵. Na definição literal de sistema acusatório apresentada pelo autor.

Assim, sustenta-se neste trabalho a premissa de que, por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório.¹¹⁶

Talvez sim, pois não há como negar seus reflexos na ideologia político-econômica clássica do liberalismo inglês. Isso porque um Estado dito de modelo liberal em que se prima pela autonomia dos cidadãos, as partes têm a função de controlar a marcha processual, e por conseguinte, possíveis abusos do poder estatal exercido por seus funcionários. Em nota de rodapé Zilli citando Strier: “In

¹¹³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo pena*, p. 101.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*, p. 145.

¹¹⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 172.

¹¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 172.

a liberal state, the adversary system can be seen as means of preventing abuse of state power in the trial by the state's representative, the judge". (Franklin Strier, *Reconstructing justice: an agenda for trial reform*. Chicago: The University of Chicago, 1996, p. 30.)¹¹⁷.

Novamente, dada a sua importância para a presente dissertação, lembramos, mesmo que haja forte influência econômica, esta não pode ser confundida como o fundamento dos sistemas do processo. A diversidade processual não corresponde diretamente ao modelo econômico estatal, o processo escolhido pelo Estado não é reflexo direto do capitalismo, socialismo, e outros conceitos socioeconômicos¹¹⁸, mas é consequência do modelo ideológico e a forma como o Estado organiza os seus poderes. Focando novamente no processo e levando em consideração a análise a partir da prova – grande crítica e baliza originária de inúmeros escritos doutrinários –, verifica-se que no modelo de Estado liberal o juiz não atua, ou atua muitíssimo pouco na produção probatória, mesmo que isso signifique permitir que a parte mais forte se sobreponha a parte mais fraca sem nenhum tipo de intervenção. Talvez por isso, que Zilli irá destacar a contaminação do juiz quando produz prova, pois a sua atividade instrutória, implica em interferência na disputa, ou seja, o ônus que alguém possuía anteriormente teve seu exercício fracassado, logo fica difícil determinar qual das partes sustentou melhor a sua tese.¹¹⁹

Todavia, essa função pode ser incrementada, quando da busca de provas, e na sua relação com os atores processuais do "torneio". Isso porque explica René David que esta vedação das ações do julgador não é absoluta, havendo a possibilidade dele intervir em certos casos, mesmo em se falando de sistema processual adversarial da "Common Law"¹²⁰, pois "A jurisdição do Chanceler, se necessário, poderá ainda aqui intervir e ordenar uma das partes, por um *discovery order*, ou seja, a apresentação de um tal documento."¹²¹ E acrescenta o autor:

¹¹⁷ Tradução livre: "Em um estado liberal, o sistema adversário pode ser visto como meio de impedir o abuso do poder do Estado no julgamento pelo representante do estado, o juiz." Apud, ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 45.

¹¹⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 20-21.

¹¹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*, p. 64.

¹²⁰ DAVID, René. *O direito inglês*.

¹²¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p. 102.

O *discovery order* pode ser entendido como quando: “Cada uma das partes deve(ria) apresentar as suas provas, e nenhuma delas dispõe de qualquer meio para obrigar a outra a apresentar, por exemplo, um documento que esteja em sua posse. A jurisdição do Chanceler, se necessário, poderá ainda aqui intervir e ordenar uma das partes, por um *Discovery order*, a apresentação de um tal documento.”¹²²

O instituto do “Discovery” é diferentemente da produção – empreendimento na atividade probatória –. Aqui, é justamente por isso, que não há uma vedação, ou total incompatibilidade com o sistema adversarial inglês, temos um juiz com certos poderes instrutórios, não há como negar, porém ele será exercido desde que este sujeito processual não concentre, além da função de decidir também a função de acusar, que é a ressalva dos autores que defendem o sistema acusatório largamente apresentada no ponto anterior. O “in dubio pro reo” permanece, a descoberta somente será utilizada no processo penal para, quando houver certeza na condenação, se suspeite que o acusador possua prova, a qual, caso venha aos autos possa gerar dúvida em relação a acusação ou absolver o acusado.¹²³

Fazendo remissão novamente ao instituto do “Discovery” no modelo adversarial da “Common Law” inglesa merece destaque os limites da intervenção do juiz na prova descoberta. O “in dubio pro reo” se sustenta porque o árbitro não irá interferir, para que diante de uma “dúvida razoável”¹²⁴, se obrigue ao acusado a apresentação de prova que o incrimine. Porém, caso quem decida o caso fático perceba que o acusador tem prova capaz de interferir na disputa¹²⁵ de forma favorável ao acusado deverá fazê-lo.

Assim como somente algumas formas de processo se adequam a propósitos específicos, apenas certas molduras processuais podem ser justificadas em termos ideológicos¹²⁶. Ou seja, fala-se menos dos sistemas processuais e mais do papel dos funcionários do Estado, o que é determinado a partir do modelo ideológico estatal, perfil que abordaremos no ponto seguinte.

¹²² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p. 102.

¹²³ DIVAN, Gabriel A. *Correlação entre alegação e ônus no processo penal brasileiro: breve estudo da sintaxe constitucional da “presunção de inocência” e sua interpretação não circular*. p. 473-491. In: Direito penal e política criminal [recurso eletrônico] / [organização] Fabio Roberto D’Avila, Daniel Leonhardt dos Santos – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. 840 p.

¹²⁴ DAVID, René. *O direito inglês*.

¹²⁵ “Onde há equilíbrio não há necessidade de redistribuição de forças.” ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*, p. 58.

¹²⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 25.

Não se trata de ignorar ou desconsiderar as classificações ditas, ou melhor, impressas no que se nomina processo inquisitório e processo acusatório.

Há sim, um processo regido pelo princípio inquisitivo e não se está a negar todo o período de torturas procedidas durante o período da “Santa Inquisição”, o que pretendemos demonstrar no capítulo seguinte é que o modelo de Estado e a forma como seus poderes estão organizados, e por conseguinte a sua ideologia devem ser levados em conta quando se determinada de que processo penal se está a falar.

Ou seja, se de resolução de conflitos ou de implementação de políticas, se sob um viés inquisitorial ou acusatório, se direcionado de acordo com ideologia estatal, se serão os modelos processuais que definirão o Estado, ou ao contrário, uma vez entendido qual é o propósito que o ente estatal almeja, se a forma como se organiza (hierárquica ou paritária) tem consequência para um processo penal mais acusatório, ou mais inquisitório, e, também, se os institutos processuais e formas de atuação dos atores nele envolvidos são por estes elementos determinados.

A proposta para o capítulo seguinte, tendo como marco referencial os conceitos de Mirjan R. Damaska é esboçar, levando em conta suas classificações ideológicas de Estado, a forma como ele organiza seus funcionários, e maneira com a qual busca seus objetivos e a projeção destes no processo penal, desde sua condução, com maior ou menor exercício de poderes de seus servidores até a sua vinculação e determinação de Sistema processual.

CAPÍTULO II – FORMAS PROCESSUAIS PARA SISTEMAS JUDICIAIS HIERARQUICOS E COORDENADOS E SUA RELAÇÃO COM A IDEOLOGIA ESTATAL E O PAPEL DO JULGADOR

A importância de classificarmos as formas processuais, mesmo diante de afirmações da existência de sistemas não puros, como no capítulo anterior, é que para podermos conhecê-los, temos que trazer a luz certas individualidades classificatórias, explorar singularidades só é possível buscando-se elementos de classificações individuais. Novamente nos socorremos das analogias de Damaska: *“un edificio pueda clasificarse como ejemplo de un estilo en particular, o como una mezcla de estilos, nos dice muy poco acerca de la Singularidad del edificio.”*¹²⁷

Propositadamente, usamos anteriormente a terminologia “exercício de poderes” por determinados atores processuais, e não propriamente função das partes, pois, conforme iremos demonstrar nesse capítulo, não é exatamente o papel da defesa, acusação e do julgador, que define por si, o sistema do qual se está a falar, mas sim a forma ideológica com que cada um deles exerce seus poderes. O que implica em dizer que se, se está a denominar o sistema em acusatório ou inquisitório, a etiqueta advém mais do modelo de Estado em si, do que da forma processual que ele está inserido. Ou seja, a partir de uma projeção dos fins objetivados pelo ente estatal teremos certos modelos de processo, o que varia, também, e sobretudo, de qual Estado se está a tratar, como em um Estado Reativo, teremos um juiz com uma posição mais “reativa”, ou em Estado Ativo em que o juiz será bastante “ativo” no processo.¹²⁸

Destaca Kinijinik, dentre outros, que o tipo de Estado pode ser extraído a partir do modelo processual que ele utiliza, ou seja, há vínculo entre a forma estatal e o processo penal, e por conseguinte, a maneira como o Estado adota e conduz suas práticas punitivas, de acordo com o que lembra o nominado autor: “Um Estado Totalitário tenderá a atribuir poderes ilimitados ao juiz, enquanto que

¹²⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 416.

¹²⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 416.

um Estado Liberal tenderá a deixar o controle das provas inteiramente nas mãos das partes”¹²⁹. No mesmo sentido, porém diretamente sob o enfoque do papel do julgador, destaca Frederico Marques que no processo inquisitorial o Estado adota um “modus” mais imperativo¹³⁰. Para Lopes Júnior a instrumentalidade do processo penal é o fundamento da sua existência, e por isso, lógica, sua ligação com o tipo de Estado proposto pela Constituição, explica o autor fazendo referência ao Sistema Acusatório, que sendo o processo um “instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.”¹³¹

O prisma sob o qual tentar-se-á visualizar o processo a partir daqui vai além, sem desprezar, da ideia do que se nominou no capítulo anterior como “simplesmente” Sistema Inquisitorial e Sistema Adversarial. Tomaremos por base principal, mas não somente, a atuação dos juízes, para explicar suas relações com as formas de Estado, e processo a partir da classificação proposta por Damaska. Antecipando entendimento do autor, o momento que funda a justificativa do modo pelo qual os magistrados atuam – levando em consideração o conceito de cultura de Max Weber – é anterior a sua ação no processo, o que se tem é um Estado que age através de seus funcionários, os quais buscam em modelos diferentes: resolver conflitos, por isso concedem maior autonomia para as partes processuais, ou implementar políticas públicas, e por isso, delega maior poder intervencional aos julgadores ainda que em detrimento da defesa e da acusação.¹³² Tudo isso, sem esquecer que para o referido doutrinador as formas de organização dos servidores, também, reflete no modelo de processo, se “paritária”, todos são iguais em poderes e atribuições em uma horizontalidade de autoridade, ou “hierárquica” na qual os funcionários do estado estão dispostos em uma espécie de pirâmide onde os mais abaixo estão subordinados aos que estão mais próximo do topo de forma horizontal¹³³, conforme iremos a expor em seguida.

¹²⁹ KINIJINIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

¹³⁰ No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*, p. 7.

¹³¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹³² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

¹³³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

O que se chama de sistema processual está vinculado a administração da justiça, ou melhor, as funções dos funcionários que administram a justiça e a forma como estão organizados.¹³⁴ E nesse ponto, antecipa Damaska, que isso não é uma solução estanque para definição de uma etiqueta. Ele adverte, que o problema é que não se sabe o quão ativo pode ser o juiz no inquisitório, ou quanto de passividade os julgadores devem ser no acusatório. Não há certezas claras, e justamente por isso, que a tipologia do processo não pode ser utilizada como instrumento analítico de modelo processual. Uma “nova” possível perspectiva de análise, é classifica-lo tendo como ponto de partida um vislumbre da estrutura de poder do Estado, a qual Damska¹³⁵ vai classificar em: ideal hierárquico, e ideal paritário, ou seja, a forma de como o poder estatal é distribuído nas várias esferas pelas quais ele exerce esse poder: a jurisdição.

Se processo é forma, e forma é garantia e estas são instituídas pelo Estado, a ideologia estatal está muito mais ligada a maneira pela qual se organiza o processo, aqui traduzido pelo exercício de poder de maneira horizontal ou vertical, do que no nominado papel dos “funcionários”¹³⁶ estatais, imposto para cada função.

Não se está desprezando que em um sistema adversarial, por exemplo, há uma postura mais passiva do juiz – arbitro – e a responsabilidade das partes na produção de provas assume maior relevância com o julgamento do fato. Apenas, lembra-se, que como somente algumas formas de processo se adequam a propósitos específicos do certos Estados, somente certas regras processuais podem ser justificadas em termos ideológicos.

O Estado estabelece, a partir dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, a sanção de acordo com o grau de lesividade ao interesse ou valor socialmente relevante lesado¹³⁷, com o modelo processual aplicado para a salvaguarda desses bens não é diferente.

¹³⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

¹³⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 26.

¹³⁶ Expressão utilizada por Mirjan Damaska para designar atores processuais (juízes, advogados, acusadores). DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 13.

¹³⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*, p. 108. Em sentido idêntico a muito precede o citado autor a lição de Jhering “Cada Estado pune mais severamente aqueles crimes que mais ameaçam a sua própria condição de existência.” JHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*, p. 91.

A paz social é função e dever do Estado¹³⁸, somente ele pode cumprir essa tarefa, pois, há muito vedada a vingança privada. Não significa dizer que não existem regras para tal exercício, o direito penal, por exemplo leva em consideração o fato “típico”, e o processo toma como preceito o “procedimento” penal. Ainda que este último, posso, em uma análise superficial parecer estar sendo exercido com “intensa confrontação com o poder soberano do Estado”¹³⁹.

Retomando o entendimento da ideia de fundo ideológico do Estado, e seu correspondência no sistema(s) processual(is) Damaska apresenta seu entendimento de duas formas: Estado Gestor, ou Implementador de Políticas e Estado Solucionador de Conflitos, diz o autor:

Quando el Estado es concebido como gestor, la administración de justicia parece estar dedicada al cumplimiento de los programas del Estado y a la implementación de sus políticas. Em contraste, cuando el Estado se limita a mantener el equilibrio social, la administración de justicia tende a asociarse con la resolución de conflictos.¹⁴⁰

Tomando como ponto de partida essas duas formas de organização estatal de Damaska, quais sejam o Estado Implementador de Políticas e Estado Solucionador de Conflitos, temas melhor abordados nos pontos seguintes deste capítulo, o referido autor expõe duas possibilidades de ideal organizacional do Estado, quais sejam: ideal hierárquico de organização estatal, ideal paritário de organização estatal, na sequência, também, melhor expostos.

2.1 Ideal hierárquico de organização estatal

De acordo com Damaska o Estado pode ser organizado a partir daquilo que ele convencionou em chamar de ideal hierárquico de organização estatal. Nesse modelo, os funcionários estão organizados em níveis hierárquicos, o que significa dizer que estão em uma espécie de pirâmide, onde, conflitos entre

¹³⁸ WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

¹³⁹ TIEDEMAN, Klaus. *El derecho penal: introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Tradução de Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989, p. 133.

¹⁴⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 34/35.

iguais são decididos por quem está em um nível acima¹⁴¹, ou seja, há níveis e graus diferentes para o exercício dos poderes, os funcionários que concentram maior poder podem reformar as decisões dos que acumulam menos. Por essa razão, todas as decisões devem ser uniformes, e seguir o ritmo¹⁴² do nível maior, é que em uma organização hierárquica reina o legalismo lógico, o ideal é que processos sejam regulado por uma rede interna de regras rígidas, Damaska observa que todas as decisões daqueles que exercem o poder inferior aprendem a justificar as suas deliberações de modo a “resistir” a revisão de seus superiores¹⁴³. No ideal hierárquico de organização estatal os funcionários são profissionais, agrupados no modelo triangular escalonado de poder, como o próprio nome sugere, existe uma hierarquia entre eles¹⁴⁴ com maior razão “las visiones dominantes se forman arriba y se filtran hacia los funcionarios inferiores, de otro modo más vulnerables a la solicitud de la persona legal de una justicia más individualizada.”¹⁴⁵

Destaca o autor que sendo os funcionários profissionais, eles se identificam uns com os outros, ao mesmo tempo que a tomada de decisões é feita considerando regras rígidas que não levam em deferência suas opiniões pessoais, portanto, com alto descompromisso emocional, e acrescenta:

Como consecuencia del hábito y la especialización se produce la separación entre las reacciones profesionales y personales: el profesional adquiere la capacidad de anestesiar su corazón, si es necesario, y de tomar decisiones em su rol de funcionario – que nunca tomaría como individuo.¹⁴⁶

Se tomarmos como base alguns sistemas processuais penais, como o brasileiro exemplificativamente, é possível se perceber como existe a tentativa dos magistrados em manter o afastamento de tomada pessoal de decisões de

¹⁴¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 38-40.

¹⁴² “Todos marcham seguindo o ritmo de um só tambor”. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 39.

¹⁴³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 98.

¹⁴⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 38-40.

¹⁴⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 45.

¹⁴⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 37.

maneira automatizada, ou melhor de pessoalizar sentenças que, desta maneira, deixariam de ser burocraticamente automáticas.¹⁴⁷

Neste aspecto, é de fácil dedução a questão resolvida pela delegação. Como a autoridade suprema não pode tomar todas as decisões, ela, e conseqüentemente, de forma escalonada na pirâmide, da maior para a menor, se delegam tarefas, e logicamente, os poderes inerentes a elas, para que o funcionários de um nível inferior – primeira instância judicial, por exemplo –, tome decisões, as quais não se tornam, propriamente, a deliberação de quem as delega, pois, com maior razão, estas estarão sujeitas a revisão pelas instâncias superiores. A estabilidade das sentenças não é prioridade em um processo judicial desenhado para esse modelo¹⁴⁸. Aqui estabilidade é vista como possibilidade de revisão. Ou seja, a reforma é a regra, se um funcionário de grau superior entender como mais adequada para a implementação de uma política de estado (conceito exposto no ponto 2.6.1), a mudança do mérito ele poderá/deverá fazê-lo imperativamente.

A relação de quem decide com o fato em si é alterada conforme a posição que se encontra na pirâmide, tanto a proximidade como o afastamento dos decisores tem resultado direto com as sentenças dos casos, os mais de cima olham o universal, e os mais de baixo o pessoal.¹⁴⁹ Ou seja, ainda que de forma dita impessoal, os juízes julgam pessoas da comunidade da qual fazem parte, e por isso, sofrem maior influência do que os desembargadores, que são influenciados quase que exclusivamente por aquilo que está posto nos papéis que formam os autos do processos, ainda que as decisões sejam impessoais, algumas, são mais pessoais que outras.

Um desenho possível de traçarmos quanto a origem da competência no modelo hierárquico pode ser herdado dos Tribunais Reais, merece destaque essa relação com seu início no procedimento da “Common Law”. Evidente, que isso não significa dizer que um está associado ao outro, mas desprezar a influência deste naquele seria ignorar a obviedade. Melhor explica a situação

¹⁴⁷ Quanto a ideologia fundante na tomada de decisões no processo penal brasileiro ver capítulo seguinte.

¹⁴⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 307.

¹⁴⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 38-40.

René David, segundo ele não era qualquer processo que chegava ao rei, mas a ele se recorria para buscar a paz quando pela justiça normal não se podia alcançá-la, “O rei exerce apenas a ‘a alta justiça’; só se sente autorizado e só toma conhecimento de um litígio em casos excepcionais; se a paz do reino for ameaçada, se as circunstâncias impossibilitarem que a justiça seja praticada pelos meios normais.”¹⁵⁰ Essa passagem mereceu destaque para explicar a relação entre tribunal – rei – e juízes – julgadores de primeira instância –, ou o que Damaska vai melhor explicar fazendo analogia com uma conceituação de hierarquização olímpica¹⁵¹: os deuses são livres e poderosos, mas de algum modo subordinados a Zeus.

Quanto ao processo judicial estruturado pelo ideal hierárquico tem, dentre várias características, a marca do impulso e da atuação oficial. Rejeita-se, assim, a concretização de atos por particulares, tais como a tomada de depoimentos de testemunhas por advogados, ou mesmo a indicação de peritos pelas partes. Em outras palavras, o processo judicial hierárquico é identificado com a atuação pessoal dos oficiais estatais, não podendo nele ingressar ações realizadas sem, ao menos, a supervisão destes. Caracteriza-se, ainda, pela sucessão metódica de atos, todos registrados de modo a conferir autenticidade, credibilidade, propiciando, sempre, importante destacar novamente, revisão pelos órgãos superiores.¹⁵²

No modelo processual do sistema hierárquico¹⁵³ até mesmo a inércia do defensor é compensada com a ação dos agentes públicos, sempre visando o objetivo do Estado, implementação de suas políticas. Ou seja, a passividade do advogado, portanto, é mais fácil de aceitar, porque nesses casos, os funcionários do Estado participam ativamente das atividades da jurisdição.¹⁵⁴ Em contrapartida ao ideal hierárquico de organização estatal, tem-se o paritário em seguida pontuado.

¹⁵⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 286.

¹⁵¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 51.

¹⁵² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 54.

¹⁵³ Conceito tratado ainda neste capítulo.

¹⁵⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 303.

2.2 Ideal paritário de organização estatal

Preliminarmente esclarecermos que o ideal “paritário” pode ser traduzido como ideal igualitário, porque se a ideia é tornar par, e somente se verifica o par a partir do seu igual – o par de luvas – adotamos a tradução do termo desta forma, qual seja, ideal de iguais.

O ideal paritário é uma “máquina de justiça amórfica”¹⁵⁵. Damaska, introduz uma conceituação a partir de uma ideia de ausência de possibilidade em termos de definição da natureza da justiça, para este tipo de ideológico de organização estatal.¹⁵⁶ Avançado para questões mais pragmáticas, esse modelo organizacional, no que diz respeito aos funcionários, podem ser, inclusive leigos e temporários, ou seja, não têm continuidade entre a esfera pessoal e oficial, por isso, o pensamento institucional é muito rudimentar. As decisões judiciais “não são produzidas independente dos indivíduos”¹⁵⁷, logo, a pessoalidade no trato das questões decididas é característica comum.

Outro ponto que aqui merece giza, em oposição ao ideal hierárquico – na realidade é diametralmente o seu oposto –, é a configuração de poder, neste caso, horizontal, ou, na feliz analogia damaskiana expressa pela “teia sem a aranha no meio”¹⁵⁸. Traço também interessante, em que pese essa liberdade e independência, ou melhor, igualdade para o exercício do poder entre os funcionários, é que, ao contrário do que poder-se-ia concluir em um primeiro momento, as decisões seguem grande coerência e previsibilidade, justamente, mas não apenas, porque estão dentro de um nível único de poder, dessa forma:

*los instrumentos característicos son los ajustes voluntarios y la armonización de las actividades que, do otro modo, serían independientes: funcionarios del ideal paritário pueden llegar a acuerdos y adoptar directivas comunes o normas em ciertas esferas de sus jurisdicciones*¹⁵⁹.

¹⁵⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 45.

¹⁵⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 45.

¹⁵⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 45.

¹⁵⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 41.

¹⁵⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 49.

A distribuição horizontal do poder implica em uma ausência de sua concentração, mais do que isso, diante da distanciamento de profissionalização, todos tem competência para quase todos os atos, *“el aparato paritario se caracteriza por la fusión de funciones (debido a la ‘ausencia’ de profesionalización) y también por una dispersión del poder debido a la distribución horizontal del poder”*¹⁶⁰. O poder é igualmente exercido por todos, e em contraste com o aparato hierárquico – funcionários do ordenamento vertical-piramidal –, no ideal paritário permite-se que os servidores sejam “guiados” por valores e políticas de um “grupo ou elite dominante”.

No que toca a possíveis implicações do ideal paritário no processo: há destaque pela concentração de atos em um único processo, por conseguinte, a decisão de primeiro grau será, muito provavelmente, a única.¹⁶¹ Ademais, também por essa razão, mesmo que se tenha, em um recurso de apelação, reforma ou anulação da sentença inicial, não haverá continuidade a partir da antiga. Por essa razão é que nesta forma organizacional diz-se que o processo é um único processo, tal situação é melhor vislumbrada quando Damaska exemplifica a circunstância do réu absolvido em segunda instância em que o tribunal *“no necesita dar crédito a los acusados por el tiempo en prisión correspondiente a la sentencia original: la percepción de un único proceso unitario en el cual se impusieron dos sentencias es débil o inexistente”*.¹⁶²

Ademais, em relação ao processo judicial estruturado pelo ideal paritário¹⁶³, a autoridade judicial está, no mais das vezes, estabelecida em único escalão e, dessa forma, não são encontrados funcionários especializados no desempenho da tarefa inicial de colheita de provas, o que implica em dizer que serão as próprias partes que cumprirão essa tarefa. Por outro lado, a ausência de uma linha divisória entre o domínio público e o privado legitima o engajamento das partes na preparação do material necessário para o julgamento, o qual é submetido, constante e automaticamente, a um efetivo contraditório. Para tanto,

¹⁶⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 51.

¹⁶¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 100.

¹⁶² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 106.

¹⁶³ Quando faz referência ao processo o autor também utiliza a terminologia “ideal coordenado”. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 35.

a concentração de atos é outro traço fundamental, com ênfase nos procedimentos orais e depoimentos em viva voz, ao invés dos registros escritos.¹⁶⁴

Nos pontos seguintes apresentaremos, partido da existência de um processo estruturado por funcionários organizado hierarquicamente e um processo estruturado de forma paritária, como essas formas organizacionais e determinados sistemas se relacionam com a ideologia do Estado Reativo ou Ativo, com destaque para as funções exercidas pelos juízes.

2.3 Classificação de ideológica de Estados e seus respectivos processo de resolução de conflitos e implementação de políticas públicas

Damaska citando Maitland refere que “Abolimos as formas de ação, mas elas continuam a governar-nos dos seus túmulos”¹⁶⁵, do mesmo modo, para citar autor nacional Jacinto Miranda Coutinho o qual refere que “não adianta mudar o hardware se o software continua o mesmo”¹⁶⁶, avançando em ambos os raciocínios, e em sua relação com nosso estudo, a ideologia do Estado tem como produto seus objetivos, a forma como os servidores exercem suas funções no processo é resultado corresponde a espécie de Estado que se está a tratar, os quais, para Damaska, são divididos em Ativo e Reativo. Na visão de Goldschmidt, citado por Gabriel Divan nos é colocada a vinculação que autor faz entre processo penal e a política estatal, nas palavras do escritor alemão:

*Los principios de la política procesal penal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.*¹⁶⁷

¹⁶⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 55.

¹⁶⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 292.

¹⁶⁶ Adaptação do “exemplo da fábrica” de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho citado no capítulo anterior. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*, p. 31.

¹⁶⁷ GOLDSCHMIT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936. Apud, DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Proceso Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 116.

Abrimos um parênteses aqui, para trazermos novamente a discussão acerca do sistema constitucional processual penal e a sua incompatibilidade pragmática com o Código de Processo Penal. Como já expressado no capítulo anterior, o que diz a Constituição não condiz com as palavras do Regulamento Normativo Procedimental Penal. Geraldo Prado, entre outros, vai nos afirmar que temos um sistema constitucional de princípio acusatório¹⁶⁸, porém o próprio autor, inclusive, nos expõe a inquisitorialidade do Código de Processo Penal, sendo, portanto, a prática processual, uma espécie de mistura entre os sistemas, ou, um processo de princípio inquisitorial¹⁶⁹, com garantias desenvolvidas a partir e algo que almeja se aproximar de Sistema Acusatório, por alguns, denominado misto¹⁷⁰.

Por que retomamos, novamente, a questão dos Sistemas Inquisitorial e Acusatório? O que pode parecer um problema de incompatibilidade – Constituição e Código de Processo Penal –, na realidade se observado pelo prisma da classificação exposta por Damaska ganha traços coerentemente justificáveis. Sem se olvidar, que se mirarmos, a partir da ideia acima de Goldschmidt, para quem o processo é o reflexo da nação, a ideologia constitutiva do Estado explicaria a aparente incompatibilidade normativa constitucional, mas seria perfeitamente justificável com a equivalente ideologia estatal. Como bem informa Gabriel Divan, de um ponto de observação macro dirigido ao centro do processo, devem ser considerados os “caracteres que informam o processo penal enquanto um dos mecanismos políticos-criminais que regulam diretamente esse elemento do ‘sistema jurídico-penal’.”¹⁷¹(Grifo no original). Política criminal, aqui que pode ser traduzida como ideologia estatal na busca de seus objetivos. Com mais razão a ressalva feita por Aury Lopes Júnior, para quem o processo penal serve, similarmente, para absolver e garantir a liberdade dos cidadãos, e não somente para aplicação de pena¹⁷², a forma como isso acontece se dá de

¹⁶⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, p. 299-300.

¹⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*.

¹⁷⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 79-80.

¹⁷¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 117.

¹⁷² LOPES JR., Aury. *Direito Processual penal*, p. 118.

maneiras diferentes, no caso do Estado Reativo, ou do Estado Ativo, cujos contornos se passa a trabalhar nos pontos seguintes.

2.5 Estado Reativo

O Estado Reativo se limita a proporcionar apoio aos cidadãos para que estes possam atingir seus objetivos, suas instituições se dirigem para as convenções fixadas na autogestão social, para Damaska, *“El Estado no contempla ninguna noción de interés separado, aparte de los intereses sociales e individuales (privados): no existen problemas que son inherentes al Estado, solo problemas sociale e individuales”*.¹⁷³ Há uma determina forma para se fazer isso, o Estado Reativo, adota a ideologia de resolução de conflitos, conforme explicitado no ponto seguinte, para o momento iremos nos focar na ideologia reativa do ente.

Partido desse pressuposto, a função dos servidores no Estado Reativo é quase exclusivamente proteger a ordem, ou seja, quando um cidadão tem um direito privado violado por outrem, e tal constatação é perceptível, o Estado é acionado para decidir com quem está o direito, e terminar com a desavença, logo, proteger a ordem é resolver as disputas. A consequência lógica é que o Estado Reativo tem como funções não só socorrer a ordem, mas também oferecer foro para a resolução de disputas entre seus cidadãos. Contudo, as ações estatais são mínimas em relação a imposições acerca da forma de dissolução do conflito, todo o sistema estatal converge para que as partes acordem – literalmente a ideia principiológica de avença – entre si. Dessa forma, pensando no seu processo, se levarmos a cabo o papel do juiz, este tem de ser o menos ativo possível, pois quanto mais parca for suas ações maior atividade as partes terão, por isso a natureza de acordo de vontade entre as partes que referimos acima.

Exemplo disso é a cessação de disputas observáveis no processo penal norte-americano, quando perfeitamente possível que promotor “acorde” com

¹⁷³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 118.

acusado, as vezes isso acontece literalmente antes do processo, e em outros momentos, pode ser dar até em relação ao “quantum” da pena. Os juízes devem limitar-se a presidir a disputa, ou gerir o combate, assegurando *“la justa disposición de las controversias incidentales”*.¹⁷⁴

Desse modo, verificamos que a condução do processo deve ficar a cargo das partes, essa é a melhor solução para a marcha processual no Estado Reativo. Obviamente, há necessidade de regras, pois alguma das partes pode querer apressar ou retardar a apresentação de provas, cabe assim, nesse caso, ao juízo estabelecer prazos razoáveis para tal, o que não significa escolher como, e quais provas serão apresentadas. Damaska questiona que essa forma processual pode culminar em certo prejuízo na constituição da verdade no caso concreto, ainda assim o vínculo com a ideologia estatal demonstra estar *“más interesado en ofrecer un foro justo que en la exactitud de los resultados procesales, esta perspectiva se contempla con ecuanimidad.”*¹⁷⁵

Igualdade no processo de resolução de conflitos significa igualdade de direitos as partes. O problema, como assinala Damaska, é que dar armas iguais às partes, não implica em igualdade em manejá-las, a solução apresentada aqui é o tratamento configurado por Themis, fecha-se os olhos para questões pessoais. Isso não significa ignorar que há desigualdades entre os litigantes – um é pobre sem advogado, e outro é rico e pode contratar excelentes advogados – a questão que se assinala aqui é a da escolha estatal¹⁷⁶. Dito de outro modo, a igualdade formal é a única possível no sistema adversarial. Quanto maior a autonomia de vontade das partes exercida dentro do processo, maior sua compatibilidade ou característica adversarial:

Novamente, fácil é a remissão feita ao processo de origem inglesa, no que diz respeito ao brocado “do processo ser mais importante que o direito”, aqui, afirmando como sendo o “processo mais importante que a justiça”. Ou seja, o cidadão do Estado Reativo espera do julgador a imparcialidade, mais do que uma decisão correta proferida acerca dos méritos da causa. Prevalece a ideia

¹⁷⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 118.

¹⁷⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 232.

¹⁷⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 185-187.

do juiz que trate as partes de forma igual, mesmo que para isso deixe de sentenciar da melhor maneira em exata correlação com os fatos, diz Damaska, “*Si uno iguala la exactitud de los resultados con la obtención de justicia, y trato igual, con la imparcialidad, se debe concluir que el Estado reactivo - y asimismo el proceso de resolución de conflictos - valoriza más la imparcialidad que la justicia.*”¹⁷⁷

Quanto a forma organizacional mais adequada ao Estado Reativo é paritária. Isso porque o poder estará distribuído horizontalmente, razão pela qual a revisão judicial é perigosa para efetividade na resolução de conflitos, ou seja, questões já resolvidas devem assim permanecer. Tal afirmação tem como consequência dizer que reviver a disputa é mais gravoso ao sistema que revisar uma decisão errônea. Contudo, existe exceção para essa regra, o “jogo sujo” não é admitido, o Estado/ juiz não irá intervir, salvo se alguma prova obtida de maneira ilegal, ensina Damaska

*il ganador de la competición forense se ha embarcado en alguna clase de "juego sucio", la discovery y revelación subsecuente de su mala conducta puede revivir la disputa apaciguada por la decisión. La res judicata pierde su carácter vinculatorio cuando no emana de una competición justa: fraus omnia corrumpit (el fraude lo corrompe todo).*¹⁷⁸

O Estado Reativo, portanto, não diz aos cidadãos o que devem fazer, ou que vontades devem expressar no acordo, mas ele fixará procedimentos para que os arranjos feitos entre esses cidadãos possua força vinculante nos seus efeitos. A cultura do Estado Reativo é anômala a ordens absolutas, por isso o papel estatal é promover acordos entre os entes privados, os quais, caso inexitosos tenham como consequência a possibilidade de um dos seus cidadãos poder invocar “*el foro del Estado apto a imponer ele acuerdo ‘modelo’*”.¹⁷⁹

O Direito Processual, inclusive o penal, no Estado Reativo tem natureza, também, contratual, pois a ideologia deste converte os direitos públicos em direitos pessoais dos cidadãos. Daí a importância que impõe ao procedimento, este é substância do direito, e o juiz tem como função exclusivamente a de árbitro

¹⁷⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 250.

¹⁷⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

¹⁷⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 133.

da disputa, as partes é que iram ao processo, para, por elas mesmas decidir, sendo a imposição do julgador, de acordar por elas a última possibilidade.¹⁸⁰ Um possível efeito colateral aqui, estabelece que nem sempre quem terá direito irá vencer¹⁸¹, e isso implicaria em dizer que os princípios da competição estariam afetados de forma negativa, como se a imparcialidade do juiz ficasse obscurecida, como se tivesse tomado partido pelo perdedor. Por essa razão, o processo baseado na ideologia reativa do Estado possui uma variedade de mecanismos processuais, para prevenir tais problemas. Ainda, deve-se proporcionar iguais oportunidades de disputa aos litigantes, arranjadas processualmente pelo juiz, ou seja, existe a pretensão de mais do que justiça, a de que o ideal a ser preservado é o da disputa equânime das partes no processo.¹⁸²

Novamente surge a lição de que o “processo é mais importante que o direito” no Estado Reativo, assim, como característica oriunda da “Common Law”, se explicada que o foco do processo é a disputa, muito mais que seu resultado. Outra consequência disso é que a nulidades por erros processuais são mais apreciadas e declaradas. *“La ideología reactiva refuerza a perspectiva procesal em la administración de justicia: en suma, la forma de llegar a una decisión cuenta tanto como lo que disse”*.¹⁸³

No quesito de gestão da busca de provas, segue sendo, a maior prioridade a autonomia individual, ou a busca de provas competitivas, o que faz com que deixe de lado a perquirição da verdade¹⁸⁴ acerca dos fatos. Para Damaska dois pontos devem de ser destacados: a sentença objetiva apaziguar a disputa, e nas formas processuais do “laissez faire” a verdade não é um produto, mas um espelho da realidade:

El veredicto en el modo de resolución de conflictos no es tanto un pronunciamiento sobre el auténtico estado de las cosas, sino una decisión que resuelve el debate entre las partes, como un tratado de paz que pone fin a un combate. (...) No debe conjeturarse la posibilidad de que formas extremas del laissez faire se apoyen en concepciones de la

¹⁸⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 176.

¹⁸¹ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*.

¹⁸² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

¹⁸³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 178.

¹⁸⁴ Damaska, mesmo explicando os modelos processuais a partir de conceitos de busca da verdade, faz a devida ressalva entre a incompatibilidade que existe entre seus conceitos teórico e empírico, este último inatingível.

*verdad más como producto de un debate que como espejo de la realidad.*¹⁸⁵

De fato, ainda falando do sistema da “Common Law” em um Estado Reativo, não se olvida que o juiz possa interferir na busca de provas, inclusive, referente a ordem como são apresentadas nos julgamentos, em especial, para o convencimento dos jurados¹⁸⁶ no exemplo norte-americano, porém isso é feito muito excepcionalmente, sob pena de quebra do equilíbrio da competição processual.

Da mesma forma, a desistência do processo penal, traço típico do modelo adversarial, no Estado Reativo, segue, tendo o juiz, como muito pouco ativo, *“el juez no tuvo más opción que interrumpir el proceso si el fiscal del Estado decidía desistir de la acusación”*.¹⁸⁷ Sendo a principal característica do modelo processual de resolução de conflitos, nessa forma estatal é muito mais importante proporcionar e manter o controle das partes sobre o processo, do que o resultado em si. Pragmaticamente, isso, também, implicar em dizer, que uma vez que o acuator desista do processo criminal não há outra alternativa para o julgador senão a homologação dessa desistência. Por essa razão, que adoção de práticas como a *muttatio libelli* e a *emendatio libelli* são perfeitamente compatíveis com esse modelo de Estado. A ressalva a ser destacada é que tais práticas devem ser exercidas exclusivamente por iniciativa do fiscal da lei, ou seja, uma vez arguidos pelo Ministério Público qualquer um dos institutos não poderia ficar à mercê de alguma forma de discricionariedade por parte do julgador.

Outro efeito desse modelo é que o arranjo de culpabilidade entre acusado e acusador também terá de ser validado¹⁸⁸. Isso tem reflexo direto, até mesmo, em questões implícitas que poderia ser alegadas pelas partes, mas que

¹⁸⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 213.

¹⁸⁶ Ressalva: *“por lo menos en las causas penales, se reconoce laramente en Estados Unidos que las partes tienen el derecho de presentar pruebas en la secuencia que ellos juzguen más persuasiva”*. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 217.

¹⁸⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 192.

¹⁸⁸ A maior parte da jurisdição norte-americana concedem poderes ao juiz para revisar o caso penal e, inclusive, rechaçar declarações de culpa negociadas entre o fiscal da lei e a defesa. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

ao juiz não é permitido, no Estado Reativo, fazê-lo¹⁸⁹. Supondo que haja em uma acusação de homicídio, e há a possibilidade de alegação de legítima defesa, se o réu não a fizer, a atitude do julgador, nesse tipo ideológico de Estado deveria¹⁹⁰ ser a de manter-se inerte. Em contrapartida assinala Damaska que o fiscal da lei somente poderia denunciar considerando, implicitamente, a inexistência de tais circunstâncias. A separação entre juiz e acusado não deve ser somente em termos de funções, ela deve ser substancial, mormente configurada na impossibilidade do juiz assumir a “função” que cabe ao acusado quando este não produzir expediente típico da sua atuação, as cargas/ oportunidades acusatórias não podem ser supridas, e/ ou preenchidas pelo julgador¹⁹¹.

A negociação nos casos penais, incompatível com os sistemas continentais, como já frisamos é perfeitamente aceitável quando vislumbrada no caso de um Estado Reativo, novamente a luz do exemplo estadunidense. Nesse a manutenção da intensão da ideologia do Estado em solucionar o conflito é mantida por todos os seus funcionários, ou seja, o promotor, inclusive, negocia a dosimetria da pena, algo, que é perfeitamente aceitável no referido modelo processual, podendo aparecer como verdadeiro absurdo em outros. A própria sentença é um instrumento aberto de negociação, por isso, digno de nota, explica melhor Damaska.

En los EE.UU. las sentencias dictadas son instrumentos de negociación que se usan abierta y libremente, tanto por el fiscal como por la defensa, para llegar a lo que podría llamarse sentencia consensuada: el interés del Estado en la realización de una política respecto al crimen, no apoya los intereses' del acusado penal, mejorando su suerte, y los dos intereses pueden llegar a una confrontación legítima, como si estuviesen implicados dos intereses privados equivalentes.¹⁹²

Exceção a inércia do juiz, há norma em que o julgador exerce sua função em aparente detrimento do tenuous equilíbrio que se busca entre as partes, mas, como é próprio no Estado Reativo, existe a necessidade de provocação. Especificamente quanto a busca de provas, novamente trazemos a título de

¹⁸⁹ Pragmaticamente, não é tão simples, a linha entre autonomia das partes e a discricionariedade judicial nem sempre é tão clara.

¹⁹⁰ Quanto a cargas probatórias melhor discorrida no capítulo seguinte.

¹⁹¹ DIVAN, Gabriel Antonolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 167.

¹⁹² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 206.

exemplo o Sistema da “Common Law”, trata-se do o instituto do “Discovery”, o qual tem como pressuposto reestabelecer a igualdade, e impor competição justa, todavia, devendo ser aplicado, sempre, levando em consideração, exclusivamente os limites impostos pelos fatos que serão objeto da disputa, ou seja, o juiz não pode ampliar as pretensões probatórias, já pré-estabelecidas pelas partes. Nesse sentido, a norma processual pode implicar em várias consequências, como por exemplo: a) antes do duelo¹⁹³ possibilita uma avaliação dos custos na produção de provas, e portanto, análise das possibilidades de litigar; b) a troca de informações deve ser mútua, se uma parte usa uma “arma” deve-se permitir que a outra também a use. Em nota de rodapé assinala Dasmaka, em que pese uma aparência na quebra na busca equilíbrio entre as partes esta, de fato, não ocorre, ou melhor, como é próprio de suas esclarecedoras analogias, se *“el gato ya está fuera de la bolsa, el proceso puede permitirse que el acusado eche un vistazo”*.¹⁹⁴ O instituto é controverso, e concluir que pareça mais funcional aos arranjos paritários não é exagero, mas bem refletido no pensamento do autor que seu objeto é diminuir a tarefa do juiz, e não contrário, é fazer com as partes possam descobrir provas umas das outras, mas sempre fixando o intuito de que só os jogadores jogam.¹⁹⁵ O que importa, no sentido de tudo convergir ideologicamente para, é o que, modelo processual do Estado Reativo a prioridade é não ter, ou minimizar ao máximo quaisquer eventuais disputas, portanto, o modelo de processo desta forma de Estado é o da resolução de conflitos como passamos a esclarecer.

2.5.1 Modelo processual de resolução de conflitos no¹⁹⁶ Estado Reativo

Alguns Estados adotam modelos de interação mínima nas esferas da vida social, outros podem adotar um ideal de regulamentação destas: *“De este modo cubren una gama que abarca desde un extremo teórico – um Estado que*

¹⁹³ Próprio do Sistema Adversarial.

¹⁹⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 228.

¹⁹⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 231.

¹⁹⁶ A expressão denota a possibilidade deste sistema processual ser utilizado no modelo de Estado Ativo.

penetra en la vida social – al otro, es decir, un Estado auténticamente de ‘laissez faire’”.¹⁹⁷ Como já se destaca no título deste ponto, e em algumas menções superficiais no anterior, o Estado Reativo adota sistema processual que prioriza a atitude das partes, sendo que o juiz exerce seus poderes na busca de solução do embate estabelecido entres os outros atores processuais. Logo, em relação especificamente ao julgador, de imediato se desta que o processo de resolução de conflitos será tanto mais puro quanto for a mente virgem do julgador, “*un receptáculo vacío de argumentos jurídicos de las partes, antes que depositario de conocimientos jurídicos*”.¹⁹⁸ Ou seja, quanto mais aberto aos argumentos trazidos pelas partes, com maior facilidade ele irá auxiliá-las na resposta a disputa.

O processo como sistema de resolução de conflitos está adequado a ideologia aplicada de forma radical ao “laissez faire”, o que supõe um projeto de busca de um processo adversarial puro. Ainda assim, não há motivos para crer que o sistema de resolução de conflitos esteja sempre vinculado ao esse modelo adversarial, tão pouco ao sistema “Common Law”, conforme ressalta Damaska o modelo inglês em muitas vezes pode ser muito mais inquisitorial do que o anglo-americano.

O papel dos funcionários do Estado ganha fundamental importância nesse sistema, na medida em que no processo de resolução de conflitos ante a organização paritária, eles passam a ser o fio condutor dos trabalhos na busca de solução para a disputa, mas lembrando sempre que ficam limitados as matérias e ritmos impostos pelas partes.¹⁹⁹ Tudo nesse sistema converge para a resolução da disputa, aliás, ir a juízo acaba se tornando a última alternativa para as partes. Novamente, conforme já mencionamos acima, exemplificando com a forma processual estadunidense, na possibilidade de implantação da ideologia estatal no Estado Reativo, o processo de resolução de conflitos permite que o órgão acusador negocie – natureza contratual – com o acusado.

¹⁹⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 125.

¹⁹⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 241.

¹⁹⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 170.

A autoridade paritária atua em temas de interesse do Estado, sendo o processo penal, claramente, um deles. Por isso, é mais fácil imaginar um fiscal público norte-americano em um papel paritário, se observarmos certas características na sua atuação veremos que também ao Ministério Público é propício intentar resolver o conflito através da negociação, é que eles foram eleitos pelos seus conterrâneos, não sendo ligados aos seus superiores institucionais, tampouco ao governo federal; sua recompensa política está relacionada com as impressões exaradas pela comunidade local; e a influência de certos acusados pode ser maior que a do governo. É mais fácil imaginá-lo como parte frente ao acusado no processo penal de resolução de conflitos, mas não somente isso, é mais propício, por isso, ao sistema processual que ele busque resolver o conflito: *“Por lo tanto también es más sencillo implantar formas de resolución de conflictos en los procesos penales norteamericanos que en los continentales.”*²⁰⁰ A descentralização de poder, de novo fazendo menção a organização paritária, permite a implementação de interesses oficiais e não oficiais, *“no sólo los miembros de la sociedad civil pueden adoptar diferentes visiones sobre el bien social con libertad, sino también los diversos centros fragmentados de poder, incluyendo el judicial”*²⁰¹, o que significa dizer que não se está a buscar uma ideologia de estado, o objeto do Estado é resolver o conflito, independente para quem o acordo seja mais vantajoso.

Outra vez ganha importância o fundamento da ideologia do Estado e a sua relação com a classificação dos tipos de Estado, por conseguinte, com seus objetivos expostos no seu sistema de processo judicial. O que se tem neste momento é a finalidade do processo com maior ou menor atuação das partes. Com vigor, o modo de resolução de conflitos, no estado moderno, raramente pode ser encaixado no processo penal, o qual continua sendo o de implementação de políticas. Em que pese ser possível identificar mais formas de *“competición en el proceso penal angloamericano que en cualquier otro sistema contemporáneo de justicia penal”*²⁰², além do processo de resolução de conflitos,

²⁰⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 384.

²⁰¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 390.

²⁰² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 381.

com regramento altamente burocrático, organizado de forma paritária, Damaska alerta que se cambiando o modelo de Estado, para Ativo, o controle do processo vai apontar para outra forma de ideologia estatal, qual seja, o de implementação de políticas, por conseguinte teremos outra espécie de sistema de processo, os quais serão melhor abordadas nos pontos a seguir.

2.6 Estado Ativo

Passamos agora a discorrer outro conceito estatal estabelecido por Damaska, qual seja, o Estado Ativo. Aqui, o autor começa por introduz como característica na apresentação do conceito uma forte vinculação da sociedade com o Estado, ou como dito em suas palavras, “*Por lo tanto los problemas y las políticas sociales se disuelven en problemas y políticas de Estado*”²⁰³. Tal fato é notabilizado quando os funcionários do governo, no exercício de seus poderes, convergem, em oposição ao Estado Reativo, para as ocupações civis, deixando de lado os assuntos privados e os individualismos.²⁰⁴

Ainda, ao conceituar Estado Ativo, o qual o autor se refere com frequência como “estado de bem estar”, ele estabelece que esse é o modelo no qual a vontade e os desejos do cidadão são interpretados pelo Estado, e portanto, os anseios do indivíduo são aqueles que o ente estatal quer que eles desejem, ele usa sua base ideológica em programas de complemento de melhoria material e moral dos cidadãos. Com mais razão, o direito no Estado Ativo deve ser ameaçador, não se dá liberdades para objetivos eleitos pelos cidadãos, ele indica “*lo que devem hacer y como comportarse*”.²⁰⁵ Mesmo que possa parecer, se lida de forma isolada a frase, uma ditadura absolutista, o autor em nenhum momento coloca essa forma de governo, o que há, na realidade, é uma maneira de pensar em que os individualismos são colocados a parte, a partir

²⁰³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 141.

²⁰⁴ O autor não comete a ingenuidade de ignorar a existência de uma classe favorecida, com quem o governo faz alianças, inclusive emitindo leis que a favorecem, algo que concede maior permissão a nós e maior restrição a eles.

²⁰⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 143.

de pontos estabelecidos na Constituição. Conforme abordaremos no ponto seguinte, todas as instituições objetivam a implementação de políticas públicas, para o bem estar de todos os cidadãos, ainda que em detrimento de um. Como consequência lógica, haverá processo judicial independentemente de disputas, e até mesmo de vontade de acordo, o importante é manutenção de políticas estatais, ainda que os cidadãos estejam insatisfeitos em suas relações pessoais, o Estado os “protege” inclusive de si mesmos, diante de suas “más consciências”.²⁰⁶

No Estado Ativo o processo judicial é eminentemente instrumental. As decisões são acertadas em termos de justiça de procedimentos mais do que em relação aos resultados buscados pelas partes. Sob este aspecto um procedimento correto é o que maximiza, ou aumenta a probabilidade de incorporação da política de estado, no caso contingente, ou seja, fazer justiça, nesse modelo ideológico ocorre *“en la medida en que el propio derecho substantivo siga fielmente una política de Estado”*. Em outras palavras, ainda citando o autor, *“las salvaguardas procesales en el Estado activista se establecen con más seguridad si están vinculadas a la preocupación por mantener un proceso que maximice la probabilidad de alcanzar resultados exactos basados en los méritos del proceso.”*²⁰⁷

Utilitariamente, a solução prática não se apresenta de forma tão simples, pois, o fato é que o funcionário do Estado não possui a capacidade de calculá-la. Por essa razão não há previsibilidade de quando as regras, de forma fática, ainda que flexíveis, devem ser flexibilizadas. O Estado Ativo tenta resolver o problema impondo um número limitado de disposições com elevado grau de rigidez submetendo-as a buscar os objetivos dos ideais estatais. A consequência é que o processo de implementação de políticas do Estado Ativista, primordialmente, coloca os funcionários como encarregados de aplicar os procedimentos, considerando aqui as normas que convergem para o exercício de seus poderes nessa busca, ao contrário da ideologia de solução de conflitos onde os regramentos processuais são dirigidos as partes.

²⁰⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

²⁰⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 258.

A melhor denominação para aqueles que se convencionou chamar de partes no processo do Estado Ativo, acaba se tornando menos relevante por isso que há participantes do processo. Para assegurar que um caso processual confira vantagem ou benefício ao modelo estatal ele confere poderes ao cidadão no processo, convencionalmente chamado de direito da parte, porém, há singela razão de ser e vastos reflexos na busca ideológica estatal. É que ao mostrar sua força nesse aspecto, o Estado não permite que as partes decidam de maneira livre suas questões no processo. Exemplo disso é, pois, quando o cidadão se recusar a fazer sua defesa através de advogado, e preferir se auto-defender, o Estado providencia um funcionário público para fazê-la, o que seria perfeitamente aceitável no Estado Reativo, no Estado Ativo é algo inaceitável. Ou seja, o cidadão não é, necessariamente, o melhor representante de seu direito, logo, o seu interesse será resguardado pelo próprio Estado, o qual, de fato, tem como única finalidade a implementação ideológica de suas políticas, até mesmo em ações da parte, quando é ouvida em juízo, o que se pretende é, a partir das suas informações, ajudar a encontrar a melhor resposta política para o caso concreto.²⁰⁸ Ao enfocarmos o papel do juiz no processo, percebemos que ele não busca solucionar o conflito, mas sim a implementação da política que julgar mais adequadas ao fim objetivo pelo Estado. Por isso, o principal participante do processo torna-se o julgador. Ao analisarmos a situação sob o prisma do exercício do poder do juiz, percebemos que nesse processo, ele não será neutro, nem ao menos tentará ser neutro, por isso a investigação preliminar, aqui, tem papel fundamental, e ela “irá” até onde for necessário para que o Estado possa (im)por em vigor suas políticas públicas, nesse aspecto há clara alusão ao inquisitorial, ou “processo dominado oficialmente”.²⁰⁹

Outra perspectiva que merece destaque a ser mirada é que o começo e o término do processo são de competência exclusiva do Estado, o qual confere poderes a seus funcionários para exercício desta função. Se ele pode eleger as políticas que são de seu maior interesse, conceder aos cidadãos a possibilidade de findar o processo implica em dizer que estes últimos poderiam não

²⁰⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 263.

²⁰⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p.143; 148.

implementar a ideologia objetivada no Estado Ativo, eis que as partes, por exemplo, poderiam acordar entre elas o fim do processo em seu próprio interesse.²¹⁰ Isso não significa dizer que os cidadãos não tenham voz, mas até mesmo seu verbo é condicionado a um funcionário do Estado, novamente tentando elucidar a situação de forma mais pragmática, no caso da ação penal, a intervenção do órgão acusador é condicionada a representação da vítima. Nada impede que determinado servidor – Promotor Público – por exemplo, inicie ou termine, porém esse fato é uma afirmação falaciosa, pois é o juiz, a super-parte, que recebe a denúncia e dá início ao processo, e sentencia e dá termo a ele.

Ademais acerca do Ministério Público, o qual, no antigo regime soviético chamava-se “guardião da legalidade”, frequentemente se observa que ele está em igualdade com outros funcionários do Estado, como é próprio na ideologia paritária onde o poder é dividido horizontalmente. A exemplo disso, em vários sistemas processuais, o Ministério Público faz parte do mesmo órgão do qual são membros os magistrados, é o caso da “magistrature” italiana.²¹¹

A importância da investigação preliminar no Estado Ativo – inquisitivo – carrega bastante de sua ideologia, por isso, digno de comentário. O juiz passa a ser o revisor do trabalho feito na investigação preliminar²¹², isso porque ele estuda meticulosamente o que é descoberto no inquérito. Novamente, se destaca mais um traço da inexistência de competição. O que se tem, é a concessão de uma faculdade legal que permite ao acusado se defender da tentativa de implementação da política de Estado para aquele determinado delito. A ausência do duelo, nesse aspecto se faz, também, evidente diante da possibilidade do funcionário – juiz – concorrer com o fiscal da lei – promotor – para justificação da pragmatização da ideologia estatal, não obstante, há um certo simulacro de disputa.

O motivo da forma de simulação de competição no modelo referido tem a finalidade de “adornar” uma ideia de disputa, para que funcionário do Estado

²¹⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 265.

²¹¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 270.

²¹² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 330.

não seja mero “veículo orientador”²¹³, um despachante do que foi apresentado na fase de investigação preliminar. Também por essa razão, que o inquérito policial fundamenta e limita os parâmetros da denúncia, os quais, de certa forma²¹⁴ amoldam o exercício da jurisdição, mas que no fundo estão vinculados a ideologia estatal. Damaska alerta que para além desse olhar de aparente disputa deve-se vislumbrar a finalidade do processo, aqui entendido como meio do Estado implementar sua ideologia, nesse momento, justificativas como a busca da verdade substancial são de fácil entendimento. O trabalho dos investigadores, que realizavam diligências na presença dos acusados ou seus advogados prejudicava a busca da verdade substancial, para Damaska, “En gran medida, el juicio se transformó en una revisión del trabajo ya hecho, con su investigación original limitada a la búsqueda de la sentencia más apropiada.”²¹⁵

Gestores são mais importantes que manipuladores de programas normativos. O processo não é mais importante que o direito, fazendo referência as regras processuais, é por isso que os juízes precisam de mais poderes e não estarem “tão” atrelados as normas do processo²¹⁶, todos os sistemas convergem para o objetivo do Estado.

Esta forma de ideologia estatal permite a condenação, mesmo quando o fiscal da lei requer a absolvição²¹⁷, pode ter resultado processual decidido de forma diversa pelo juiz. A ele se permite ir além do alegado pelas partes, ainda que tenha boas razão é inquisitivo, mas novamente, o que deve-se ter em mente são os fundamentos que levam a isso, “*el interés del Estado en implementar sus políticas y programas puede posponer los intereses de las partes en resolver su disputa*”.²¹⁸ A postura de mover o timão além das direções limites estabelecidas pelas partes está vinculada ao modo ideológico com que o Estado trata com o processo.

²¹³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 327.

²¹⁴ É possível alteração da moldura processual em institutos como da *mutatio e emendatio libelli*.

²¹⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 330.

²¹⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 319.

²¹⁷ A exemplo do Processo Penal Brasileiro.

²¹⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 193.

Ao falarmos em um Estado ideologicamente Ativo, o processo penal mais adequado é o de implementação de políticas públicas – em larga escala observado na Constituição da República Brasileira, por exemplo – portanto, a melhor forma de fazê-lo é “implementando” um processo penal com menos possibilidade de ação das partes – defesa e acusação – e maiores poderes discricionários do estado/ juiz para a promoção destas políticas. Essa ideologia estatal é o que se passa a expor a seguir.

2.6.1 Modelo ideológico processual implementação de políticas no Estado Ativo

A partir de uma ordem constitucional, o Estado Ativo traça objetivos – expostos no texto constitucional – os quais serão objetivados no direito processual que efetivará as suas políticas públicas. Como já dissemos, no Estado Ativo o processo é eminentemente instrumental. Segundo Damaska, um sistema de direito processual para realização de políticas substantivas se caracteriza pela flexibilidade das regras processuais, as regras processuais gravitam ao redor de instruções cautelares, *basadas en la experiencia que deben seguirse en situaciones típicas, antes que hacia reglas rígidas*,²¹⁹ ou seja, a maior parte das regras processuais poderiam ser desconsideradas diante de circunstâncias excepcionais no caso de concreto que apresente uma necessidade superior.

O processo de implementação de políticas busca, tenta maximizar a possibilidade de descoberta da verdade, por isso a amplitude na investigação. E tal procedimento é aplicado em todos os processos, não há casos difíceis que servirão de standard, existe uma tentativa de otimização dos fatos a partir das provas apresentadas.²²⁰

Estrategicamente as partes poderiam desempenhar uma função de busca da verdade, e aliar-se ao objetivo do Estado no processo, todavia, a prova que fundamenta os fatos ditos verdadeiros passa, necessariamente, pelo

²¹⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 258-259.

²²⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 276.

controle de um funcionário público, ou seja, em último grau tudo passa pelas suas mãos, e, por essa razão, ele controla a prova.²²¹ O juiz tem que comandar o processo, e aqui, devemos gizar que não é o modelo inquisitorial que está a fazer com o juiz decida os assuntos probatórios. Analisemos o modelo brasileiro, por exemplo, a necessidade de manter a prova sobre as “mãos” do funcionário do Estado – julgador – é traço do processo de implementação de políticas que, no modelo hierárquico de poder, impõe que tal interesse estatal se sobreponha ao particular, pragmaticamente isso significa dizer que a prova é para o Estado, e busca da verdade seja para que suas políticas estejam implementadas, deve-se buscar, independente da vontade das partes, a efetivação das políticas.

Aliás as partes tem o dever de cooperação com o Estado, isso implica em dizer que não podem eximir-se de testemunhar, que tem o dever de apresentar provas e documentos aos funcionários estatais, e que a supremacia do interesse estatal se sobrepõe até mesmo aos interesses privados, ainda que na busca de ganho da causa.²²² Há um dever do acusado penal em responder a perguntas, o que é entendido como forte traço inquisitivo. Ainda assim, por si só, essa possibilidade não implica necessariamente em dizer que há um “plano moral inferior maléfico do Estado”²²³. O que se pretende é demonstrar o desejo do Estado em controlar a vida social. É claro, seria ingênuo negar a possibilidade de um Leviatã que fizesse uso do processo penal, inclusive para sobrepujar os cidadãos, mas o que Damaska tentar ressaltar aqui, é o fato de aventar a possibilidade do réu não quedar-se silente no interrogatório, por exemplo, por si, não é automaticamente afirmação que estamos a falar de um processo inquisitório.²²⁴

Na prática isso pode ser um problema, na medida em que ignorar completamente regras processuais, sob o pretexto de implementação de políticas pode ser utilizado, inclusive, no modelo da Santa Inquisição, que legitimou, por exemplo, a tortura. Segundo Damaska desrespeitar regras do

²²¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 277.

²²² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 283.

²²³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 284.

²²⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

processo sob a pretensão cega de buscar o objetivo ideológico do Estado é “uma espada sem fio”,²²⁵ apenas para citar dois dispositivos de processo penal vigentes em grande parte dos sistemas processuais continentais lembramos que é legal o réu deixar de responder perguntas, e até mesmo no caso de mentir em suas respostas não responderá por falso testemunho, a coerção física está terminantemente proibida, o não cumprimento dessas garantias aos acusados não pode ser soterrado, inclusive com subterfúgio para descoberta da verdade.

O papel do juiz no modelo de implementação de políticas públicas é o de ser honrado, antes que imparcial. Seu maior atributo deve ser o de identificar posições e atribuições que apoiem uma posição substantiva para resolução do caso a favor do Estado. Ou seja, mais do que não se esperar que tenha uma posição de neutralidade, tampouco se deseja, a pretensão deve ser a de implementação de políticas, o juiz ativista não está obrigado a tratar as partes de modos iguais.

Pero esta es una visión superficial: no sólo la abdicación total del control procesal es ajena al estilo activista puro, sino, también el modelo de decisión como elección entre puntos de vista en competencia, o una mediación entre estos puntos de vista. (...) Análisis, no elección, es la esencia de la decisión activista.²²⁶

O julgador pode manter-se afastado e sem participar, porém, isso dependerá de forma intrinsecamente proporcional a participação dos demais funcionários do Estado no processo. A inércia do magistrado é movida pela inação dos demais funcionários, ele só age quando os demais não o fazem, mas importante ressaltar aqui, que a sua ação acontecerá, caso seja necessária para implementação de políticas. Não é uma consequência automática se o Promotor não requer determinada produção probatória *então* o juiz determinará a sua produção. De qualquer modo, para decidir ele assume uma posição pessoal de controle no processo. E como o acordo não é possível no processo penal, o julgador é obrigado a sentenciar, mesmo quando há dúvida acerca de qual seja a solução correta ao caso concreto – qual a decisão que mais e melhor implementa as políticas estatais – ele não pode eximir-se de decidir. Diante de sua incerteza, aqui, ele pode utilizar-se de uma solução que implique em efetivar

²²⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 286.

²²⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 290-291.

políticas secundárias, mas sempre deve estar vinculado ao Estado, deve estar comprometido com as políticas estatais e a promoção destas.²²⁷

No Estado Ativo a importância do advogado é bastante reduzida, sendo sua atividade muito limitada, por exemplo, na fase inicial do processo penal, quase não aparece na busca de informações. “se llega a una política de postergar la admisión del abogado legal hasta el momento en que los investigadores oficiales crean haber concluido con el grueso de su trabajo de detectives.”²²⁸

A estabilidade das sentenças não é prioridade em um processo judicial desenhado para a implementação de políticas governamentais de um Estado dedicado a transformações governamentais, ou seja, a possibilidade de revisão e alteração das decisões dos níveis inferiores, em teoria, é perfeitamente aceitável. Porém, pragmaticamente há pequeno entrave para a sua ocorrência, essa forma processual destaca a ausência de revogações automáticas quanto ao respeito das normas processuais, o que implica em dizer que nesse sistema, o que se prima é o mérito – decisão de resultado correto –, a consequência para a teoria das nulidades é que irregularidade processuais somente fundamentam a reforma das sentenças quando evidente prejuízo a implementação da política, o Estado ativista prevalece a tendência de tratar o erro processual como “‘perjudicial’ sólo en la medida en que dicho error siembre la duda sobre lo adecuado de la decisión basada en los méritos del proceso.”²²⁹ Dito de modo mais conciso, a forma não é tão importante, nulidades processuais quanto a maneira da prova ser produzida serão relativizadas para que se dê segmento ao processo de implementação das políticas, em contra partida, a grande possibilidade de revogação de sentença que, no mérito, não era a mais adequada a ideologia buscada pelo Estado.

A observação acima, feita por Damaska, é melhor explicada, conforme se percebe em nota de rodapé, na qual tal entendimento é verificado, inclusive, quando da utilização de provas obtidas com violações processuais, pois não é

²²⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 292-293.

²²⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 305.

²²⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 309.

sempre que se descartam fatos que chegam ao processo sem terem cumprido seus ditames de obtenção legal.²³⁰ Aqui, não há desvio de finalidade do processo, ao contrário, o objetivo é claro, implementação de políticas estatais no Estado Ativo, relativizar nulidades, e, portanto, manter sentenças com o propósito de obtenção da verdade é verdadeiramente característica desse tipo de Estado. Citando ao referido autor: *“La idea de que la prueba impropriamente obtenida nunca debe utilizarse (aun si es contundente) pesa poco en el proceso de implementación de políticas.”*²³¹

De forma conclusiva, Damaska, toma partido classificatório, e vai nos dizer que há verdadeiro Processo Inquisitório, no Estado Ativo, pois:

*En un Estado así no existe igualdad ni mutualidad de derechos entre el individuo implicado en el proceso y el abogado del Estado: los individuos y los intereses del Estado no están en el mismo plano. El funcionario del Estado mantiene una posición superior, incluso exaltada; o bien está a la par con el juez y puede ejercer poderes coercitivos sobre el individuo (la otra "parte").*²³²

O conceito de adjudicação, aqui traduzido como ir a juízo, pode ser entendido tanto como implementação de políticas estatais, como busca de resolução de conflitos. A ideia de ambos os modelos vem resumida por Damaska nos objetivos do processo a partir de uma ideologia estatal, ativa ou reativa:

*De acuerdo con una forma, el proceso sirve para resolver conflictos; de acuerdo con la otra sirve para poner en vigor la política estatal. He mostrado que estas ideas contratantes están preñadas de implicancias para la elección de la forma procesal: mientras una favorece la morfología de la competición, la otra prefiere la morfología de la investigación. Por el contrario, la opinión común es que un proceso organizado alrededor de la imagen de la investigación, de hecho no son alternativas estructurales para alcanzar el mismo objetivo. Cada uno, en forma pura, está dirigido a una finalidad diferente.*²³³

Em nosso entender, as formas ora propostas não se confundem com as categorias tradicionais de sistematização processual penal comumente referidas por inquisitorial e adversarial. De fato, se se entenderem as duas como representativas de uma dicotomia entre disputa bipolar: de inquisitorialidade e

²³⁰ Nesse sentido GLOECKNER, Ricardo. Nulidades no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²³¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 309.

²³² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 270.

²³³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 154.

adversariedade, as ideias hierárquicas e paritárias tornam-se, então, independentes, podendo combiná-las com ambos os sistemas processuais. Ou seja, tanto a autoridade hierárquica como a coordenada podem desenvolver-se em processos penais adversariais ou inquisitoriais.

As teorias convencionais acerca dos processos adversarial e inquisitorial não são suficientes para explicar como a adoção de doutrinas políticas de Estado estruturam os desenhos dos processos judiciais. Um modo de resolução de conflitos pode se enquadrar tanto em uma ordem processual de um juiz ativo na busca de provas, como quando exerce a função exclusiva de árbitro. E o contrário também é verdadeiro, pois a postura do julgador, e a forma como exercer os seus poderes delegados pelo Estado é o que determina se a ideologia estatal é ou não a de efetivação de resolução de conflitos. A questão se desenvolve a partir da busca de implementação de políticas públicas, ou se na obtenção de solução de disputas, sendo estas, então, adequadas a um modelo de Estado ativo ou reativo, para os quais erguem-se suas bases estruturais que irão formar a moldura do processo.

Até agora nessa dissertação não abordamos, com a devida propriedade, a definição de ideologia²³⁴, fato este que se sucedeu deliberadamente de maneira intencional, não apenas por se tratar de conceito complexo e de vastas possibilidades alternativas de definição, mas principalmente porque, levando em consideração essas afirmações, teríamos que nos delongar em esmiuçar o conceito, o que nos distanciaria de nossa investigação acadêmica proposta para o momento, razão pela qual somente no capítulo seguinte apontaremos uma única conceituação, adotando-a de forma geral para todo o texto, em especial quando nos referimos no capítulo anterior a “ideologia damaskiana”. Iremos analisar a questão do Processo Penal Brasileiro a partir das sugestões da Associação de Magistrados Brasileiros, interseccionar as teorias apresentadas nesse capítulo com a forma pelo qual os juízes podem mirar o processo penal, em uma abordagem acerca de explicar algumas de suas posturas processuais propostas ao novo Instituto Normativo.

²³⁴ Tratamos o conceito levando em consideração a definição de EAGLETON, Terry. *Ideología: una introducción*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 29.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DOS CONCEITOS DAMASKIANOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E COMPORTAMENTO DOS JUÍZES

Mister deixar claro que, desde o presente lapso temporal nosso enfoque será, em análise, alguns artigos sugeridos pela dos Magistrados Brasileiros ao projeto de lei para o novo Código de Processo Penal, para, então, relacioná-los com os temas expostos nos capítulos anteriores, em especial, a tentativa de visualizarmos o local de fala do magistrado, desvendando alguns significados de determinadas proposições.

Não temos a ilusória pretensão de traçar um perfil do juiz, tampouco impor a ele uma determinada identidade²³⁵, de qualquer sorte teremos como base de pesquisa o exame do que alguns dos membros da associação referida disseram nas sugestões ao apontado projeto de lei. Não se ignora, contudo, que há justificativas, que não apenas normativas – todas as normas advêm (deveriam advir) da Carta Magna – para as razões que fundam as proposituras legais, mas considerando algumas das consequências axiológicas, traçaremos nossas considerações na pesquisa. Novamente, deixamos claro que tais assertivas podem ser consideradas elementos superficiais, para a demonstração da totalidade²³⁶, ou melhor, não se pode, por si, etiquetar uma cultura dos juízes, ou fixar uma base cultural de suas justificativas inquisitivas²³⁷ somente a partir de alguns dos seus comportamentos, eis que fazem parte de um sistema bem maior. De qualquer sorte, os magistrados decidem de determinada maneira porque são influenciáveis por vários fatores, inclusive, como se pretende demonstrar nesse capítulo, por alguns advindos do modelo de Estado e da busca deste por seus objetivos, aqui, entendidos como ideologia constitucional.

²³⁵ Bauman nos recorda que a identidade é inventada, e não descoberta. BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 21.

²³⁶ O direcionamento que o pesquisador pode dar a pesquisa nos é alertado por Gaston, ainda assim, a possibilidade de que as teorias da ciência do Direito, como quaisquer outras científicas, serem essencialmente refutáveis é o que encanta na pesquisa. BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.

²³⁷ De acordo com o demonstrado nos capítulos anteriores afirma-se que o Código de Processo Penal, e portanto, os funcionários encarregados de aplica-lo são inquisitorialmente por ele direcionados.

É certo, que fragmentos culturais não definem cultura, mas o quebra-cabeça começa a ser montado a partir da primeira peça, desconsiderá-la obsta conclusões mais abrangentes, ou melhor, não é dizendo que porque determinado funcionário estatal executa suas tarefas de certo modo que se pode daí extrair modelos de padrões de comportamento como se cultura fosse, mas não se pode, também, ignorá-los sob pena de não se vislumbrar o todo pela ausência de uma parte.

Para a tarefa proposta acima, neste derradeiro capítulo vamos analisar, também, alguns aspectos do Processo Penal Brasileiro atual, relacionando-os com conceitos base de Damaska expostos no capítulo anterior, e quais são seus possíveis reflexos no exercício dos poderes do juiz, com especial luz em alguns instrumentos legislativos sugeridos pela Associação dos Magistrados Brasileiros para o projeto do novo Código de Processo Penal²³⁸. Desenvolveremos nossa reflexão acerca da existência de um magistrado atuante, sem etiqueta-lo, em um primeiro momento, como inquisidor, desvelando a existência de um Estado Constitucional Brasileiro Ativo, implementador de políticas, que pode ter um julgador ativista que exerce seu papel democrático em um Sistema Acusatório, como melhor revelaremos na sequência.

Introduzimos a ideia de estudo de fragmentos, ou seja, de alguns artigos sugeridos pela Associação dos Magistrados Brasileiros a partir de conceito de Foucault para quem o *historiador*, aqui traduzido como pesquisador “não deve temer as mesquinhas, pois foi de mesquinhas, de pequena em pequena coisa, que finalmente as grandes coisas se formaram”.²³⁹

A análise jurídica de artigos específicos, ainda que isoladamente, é perfeitamente possível, desde que não se olvide sob qual princípio ela é fundada e a que fim se destina. Apenas, como já mencionamos, não se deve desprezar certos significados de determinados institutos, ainda que observadas isoladamente, ou conforme afirma Michele Taruffo as normas analisadas de maneira individual para depois desvelá-las de maneira conjunta podem assumir

²³⁸ Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acessado em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²³⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 16.

“modelos processuais”²⁴⁰ ignorados se considerados somente de maneira aglutinada. Em decorrência disso, escolhemos apresentar, alguns artigos selecionados na proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros ao Novo Código de Processo Penal, os quais demonstram a necessidade de manutenção de uma postura ativa da parte do magistrado, visualizados tanto em relação a marcha processual, com na busca da iniciativa probatório, o que poderia, em um primeiro momento ser considerado somente decorrência do código inquisitório, mas que, como pretendemos demonstrar nos pontos seguintes, tem muito mais relação – causa e efeito – com os conceitos de Estado, objetivos e forma organizacional dos funcionários estatais, apresentados por Damaska. O que, propriamente, em outros períodos fora considerado, exclusivamente, uma projeção a partir de uma mentalidade inquisitória, passaremos agora a considerar um elemento da cultura advindo de um Estado Ativo implementador de políticas, organizado em um ideal hierárquico conceituado por Damaska.

A seguir apresentaremos nossos pontos de análise levando em consideração pontos chaves, sendo nossa escolha feita, propositadamente, por aqueles que se podem extrair de uma postura mais ativa dos magistrados, como a produção de provas de ofício pelo juiz, a influência que eles impõe ao inquérito policial, a sub-posição do Ministério Público na titularidade da ação penal, a declaração, ou não, de nulidades o longo da marcha processual, e como todas essas questões se enquadram na moldura traçada por Damaska, tanto em relação ao modelo de Estado definidos por ele, como na classificação que ele impõe ao processo penal.

3.1 Reprodução de provas na fase processual segundo o projeto do novo Código de Processo Penal

Em que pese a classificação inicial parecer precipitada, a veia inquisitorial do artigo 280 do projeto do novo Código de Processo Penal²⁴¹ salta

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Revista de Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 110, p. 141-158, abr. 2003.

²⁴¹ Redação original Art. 280. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por motivo independente da sua vontade, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer

aos olhos, em especial em seu parágrafo único com a seguinte redação – “Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”²⁴²

Segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros, nas justificativas apresentadas, a repetição de provas implica na eficiência do processo, sem explicar exatamente o que isso seria, literalmente: “Em razão do elevado número de processos em várias unidades jurisdicionais do país, o juiz cooperador para prolação de sentenças não pode ser excluído, consideradas a eficiência e celeridade dos julgamentos.”²⁴³, não há, além desta, maiores considerações acerca de qual seria a necessidade de repetir provas já produzidas sob a égide de outro magistrado. Em decorrência disso, etiquetamos de inquisitorial a referida escrita, porque fica claro que há uma tentativa de manutenção de um status de controle, o magistrado deve continuar sendo a super-parte²⁴⁴, o senhor todo poderoso do processo²⁴⁵, os atores processuais, defesa e acusação, sob esse prisma, deixam de serem “persona esencial del procedimiento”.²⁴⁶

Mais do que isso, quando trabalhada a ideia de “eficiência” em um conceito indeterminado quaisquer possíveis garantias processuais se tornam (in)eficientes, em uma tentativa de extrair sentido maior ao conceito proposto pela magistratura, ressaltamos que aqui aflora a veia punitivista do judiciário, as vezes não percebida por ele. É algo que pode ser comparado a espécie de esquizofrenia²⁴⁷ jurídica que não enxerga sua própria realidade. Por exemplo quando usa justificativas para a aplicação da reincidência como direito a

hipótese, o sucessor que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. PLS 156/09.

²⁴² Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acessado em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²⁴³ Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acessado em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. IN: *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 11.

²⁴⁵ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes, da. *A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro*. p. 56-72. In: PAULA, Leonardo Costa de. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*: volume 1/ Anna Carolina Pereira Cesariono Faraco Lamy... [et al.]; organizadores Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, 264 p.

²⁴⁶ GOLDSCHMIT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJEJA, 1936, p. 779.

²⁴⁷ Franco Cordero chamará isso de quadro mental paranoico. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1986.

isonomia, o qual protege o réu primário da comparação com o criminoso habitual²⁴⁸, ou a ineficiência de outro juiz na condução de determinado processo.

Para Miguel Tedesco Wedy o discurso “da ‘eficiência’ funcional ou econômica acaba por se infiltrar fortemente na ciência penal, de modo a realizar, muitas vezes, proteções desarrazoadas de bens jurídicos, (...) bem como acaba por inverter, muitas vezes, o ônus da prova nos processos penais.”²⁴⁹ Eficiência, nesse sentido pode surgir, como critério de legitimação, “no instante em que objetiva congregar limitadores externos, como justiça, e limitadores internos, como as garantias constitucionais”²⁵⁰. Ocorre que em conceito diametralmente oposto ao proposto pela associação dos magistrados, a qual pretende, a partir de um dito interesse em agregar eficiência ao processo, justamente, relativizar as garantias processuais do acusado, no intuito de manutenção de um processo ideologicamente comprometido com o modelo inquisitorial de controle de prova, ou melhor “Por isso a necessidade do critério de eficiência, justamente como a liame capaz de edificar uma noção de processo penal que preserve garantias e não esqueça sua finalidade buscar a justiça e a paz social.”²⁵¹ E por justo o autor quer dizer que o processo deve ser eficiente, “porque a ineficiência ou a eficiência sem garantias terá repercussão justamente no processo penal” resultando em um processo injusto. É por isso que o autor adverte que o réu não deve provar nada, “sua condutada pode ser absolutamente passiva no curso de um processo.”²⁵²

Aqui é provável, que o grande desafio do crítico jurídico seja, talvez, ver essa cultura punitiva, porque refazer novas provas não garante ao acusado uma maior eficiência para sua possível absolvição, pois na dúvida o juiz deverá

²⁴⁸ Não nos olvidamos da tese de doutrinadores como ZAFFARONI e PIERANGELI, em seu *Manual de direito penal brasileiro*, para quem a aplicação da agravante da reincidência é verdadeiro *bis in idem*, com a qual coadunamos. Embora conhecedor de que tal argumento fora rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, em julgado Recurso Extraordinário n.º 453000, no qual se afirmou a constitucionalidade do instituto. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: Volume 1: parte geral. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁴⁹ WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016, p. 238

²⁵⁰ WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal*, p. 283.

²⁵¹ WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal*, p. 286.

²⁵² WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal*, p. 302.

absolver o réu. Logo, a repetição de provas duvidosas, busca a eficiência condenatória. Acontece que o tal pensamento jurídico também é cultural, a racionalidade é vinculada ao processo de legitimação das formas punitivas, que passam, nesse aspecto, para realidade da sociedade como um todo. O juiz que escolhe repetir provas o faz, talvez, porque não confie em seu antecessor. Porém, claramente o sistema de organização judicial brasileiro é o hierárquico²⁵³, o que implica em dizer que o poder que está em um, igualmente, está no outro, sendo, pois a repetição probatória, não uma questão de convicção, mas tendência de conservar o controle probatório, por isso, a referência ao modelo inquisitorial no início do ponto.

A verdade processual do primeiro magistrado pode não ser suficiente para o segundo²⁵⁴, lembra Zaffaroni que o magistrado tem em si a cultura da periculosidade da pessoa que está nos autos, e sob esse diapasão, “não faltam doutrinadores que acabam por inventar a ideia de “periculosidade presumida”²⁵⁵. A conexão com Damaska aqui se mostra mais clara, pois se o julgador está inserido em um Estado Ativo, que não logrou apresentar provas suficientes para concluir seus objetivos – aqui construímos a ideia de que o juiz entende proteger a sociedade, retirando elementos perigosos do seu convívio, portanto, realizado a política pública de efetivação da segurança – é dever do novo magistrado buscar as provas que não foram apresentar de maneira a atingir tais propósitos, o que implica em conclusão lógica ser o dispositivo em comento altamente inquisitorial, mas ressaltamos, que o modelo de Estado Ativo, assim o permite, pois idealizada a busca de implementação de políticas estais por funcionários que o fazem de forma ativa.²⁵⁶

Por ora, passaremos a traçar pequeno apontamento acerca de um dos artigos que trata do interrogatório.

²⁵³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, p. 37.

²⁵⁴ Tema melhor trabalhado mais ao final do capítulo.

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Volume 1: parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 717. Grifo no original.

²⁵⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*.

3.2 Interrogatório do juiz protagonista, promotor coadjuvante?

Para os observadores da “Common Law” o modelo liberal da “Civil Law” é inquisitorial pela possibilidade da condução do interrogatório. Em compensação a interpretação contrária também se faz verdadeira, os liberais continentais consideravam a justiça civil anglo americana extremamente inquisitiva pois “*demasiado comprometida con afirmar el estado real del mundo.*”²⁵⁷ A partir disso, uma das conclusões possíveis é a de que taxar o processo como inquisitório ou acusatório depende mais do ponto de vista do observador e toda a carga que ele carrega consigo²⁵⁸, do que, propriamente, se o juiz irá conduzir a produção ou não de determina prova, contudo, tal conclusão se mostra apressada, como comentaremos abaixo.

O Projeto de Lei 156/09 para o novo código carrega em seu artigo 74 a seguinte e substancial alteração: “Art. 74. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa.” O que será aplicado, também ao interrogatório. A par disso, passando quase despercebida, está a justificativa na proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros tributando como necessária a exclusão nos procedimentos especiais da “nova forma de inquirição da vítima, testemunhas e réu (perguntas diretas, ...)”.²⁵⁹

Nos parece óbvio que quando os magistrados pretendem a exclusão dessa forma de procedimento a conclusão que se chega em relação ao que aspiram é simples, continuar sendo a super-parte, e o fato de fazer todas as perguntas diretamente as testemunhas e réu, tem como consequência o controle total do processo, mais do que isso, pode-se até mesmo deixar de lado o órgão acusador, e o que é pior, pode-se colocar a posição da defesa como inócua, nesta forma processual não há verdadeiro contraditório, nem ampla defesa e a muito presunção de inocência resta relativizada, pois, certamente, o que o juiz

²⁵⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, p. 361.

²⁵⁸ BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.

²⁵⁹ Justificativas ao artigo 269, da Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Acessado em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

procurar irá encontrar. Ou seja, estamos falando de autêntico processo inquisitorial.

Para projetarmos os dizer nas formas de estatais de Damaska é preciso deixar claro que ele nos apresenta o modelo de Estado Ativo como sendo que implementa políticas, e certamente os juízes, funcionários estatais que são, devem nesse sentido proceder de forma ativa, mas isso não relaciona esse *modus*, como tentamos demonstrar no capítulo anterior que explicita o conceito, com o Sistema Inquisitorial. A busca de efetividade por determinada ideologia – ativa – do Estado, segundo Damaska não implica em desrespeito a valores inseridos nas normas constitucionais, como a presunção de inocência e ampla defesa, em outras palavras é perfeitamente possível um Estado Ativo, que implementa suas políticas em um processo acusatório não inquisitivo.²⁶⁰

Ademais, em termos de organização dos funcionários estatais, há uma peculiaridade quando a sua forma no Brasil, que segundo os conceitos de Damaska entendemos ser de ideal hierárquico. Nesse aspecto, não haveria, em tese, diferentes graus de hierarquia entre promotor e magistrado, o que deveria ser levado a cabo, inclusive, no processo, não obstante, ainda, porque pertencem a instituições diferentes. Todavia, outra lição que, ao nosso ver, poderia ser extraída da proposta da Associação dos Magistrados, é que culturalmente, aqui posta como elemento que justifica a prática de determinadas atitudes por certo nicho social, o julgador ‘não consegue’ deixar de controlar o processo penal, porque se é ele que deve implementar as políticas do Estado, então também se entende como superior na hierarquia, e portanto, ao manejar as perguntas diretamente ao interrogado o faz no intuito da busca de uma melhor efetivação dessas políticas no processo penal.

Mas não nos enganemos, não estamos negando a possibilidade de etiquetamento, ou melhor rejeitando o conceito inquisitorial, o que repetimos, no caso estão patentes. O que se está tentando dizer é que mesmo sabendo que os Sistemas Inquisitório e Acusatório são altamente complexos, e para analisá-los não basta somente vislumbrar o modelo processual em si a partir do nome que recebe, também, não é possível taxar de inquisitorial um processo porque inserido em um Estado Ativo, que busca a implementação de políticas por seus

²⁶⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

funcionários. A lição de Jacinto Miranda Coutinho, em que pese não ter sido desenhada para o conceito damaskiano se enquadra perfeitamente, porque impõe a classificação do sistema processual penal, levando em conta, como ponto determinante o princípio que será o fundador²⁶¹ do Sistema, e como apresentaremos mais a frente, a forma como ele dirige a condução do ator que recebe o papel central no processual, o juiz.

Abaixo, falaremos do representante do Ministério Público como parte no processo, seu poder negocial e sua relação com o magistrado.

3.3 O Promotor Público, parte, negociador ou assessor judicial

O surgimento desse funcionário do Estado remete ao período da alta Idade Média, sem precedentes no Direito Romano, por volta do Século XII, na Europa surge o “representante do soberano, do rei, ou do senhor”²⁶² no processo. Segundo Foucault a tarefa inicial do procurador era “dublar” a vítima, que a essa época, lembramos, já são monopólio do Estado os procedimentos judicializados para a resolução de conflitos entre os que viviam sob o manto de soberano.

O título do ponto atual revela, antecipadamente, nossa predileção para, de uma maneira mais incisiva, demonstrar a relação, não só de subordinação entre juiz e promotor, como, levando em conta que este último é titular da ação penal, passar o cedro do controle desta a ele é a regra constitucional, mas já adiantamos, ser algo, pelas propostas ao novo Código de Processo Penal, que os magistrados não estejam preparados para fazer.

3.3.1 A vontade do juiz: agente administrativo no processo

²⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n.30, 1998.

²⁶² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 65.

Nossa afirmação acima descende da conclusão que se chega quando percebe-se a inclusão do parágrafo nono ao artigo 266 do Novo Código de Processo Penal, para que o juiz possa decidir a disposição do processo, 266²⁶³ “§ 9º O juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas pelo Ministério Público para o não oferecimento da suspensão do processo, fará remessa dos autos ao procurador-geral, e este oferecerá a suspensão, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá na recusa do oferecimento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”²⁶⁴

Não se nega que há aparente desvantagem, na redação apartada da sugestão, para o réu, pois o verbete “poderá” deve ser lido como deverá, eis que direito subjetivo do acusado.

Porém, para além destas e outras discussões a respeito do tema, nosso objeto de análise é outro, qual seja, a tentativa de não permitir que o Promotor de Justiça, parte processual constitucionalmente competente, possa decidir, com sua autonomia institucional, acerca da suspensão da marcha processual.

O que destacamos para esse momento, é que as partes não comandam quando o processo deve “seguir”, ou ser sobrestado. No caso o Ministério Público, segundo a redação do projeto do novo código, conforme já previa a Constituição, é o titular da ação penal²⁶⁵, porém para a Associação dos Magistrados Brasileiros este não deve decidir acerca da suspensão do processo. Como o processo deve andar é (deveria ser) monopólio dos juízes. O que no remete a conclusão lógica, o controle²⁶⁶ faz parte da cultura do exercício da jurisdição, principalmente, em um Estado Ativo como o nacional, mas lembramos novamente, que isso não significa em um processo penal anti-democrático, pois, importante que se diga, em postura elogiável, há dispositivos como o do § 11 do artigo 283 que prevê a possibilidade de absolvição sumária pelo juiz, ainda que

²⁶³ Redação original: Art. 266. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). PLS 156/2009.

²⁶⁴ Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acessado em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²⁶⁵ Art. 57. O Ministério Público é o titular da ação penal, incumbindo-lhe zelar, em qualquer instância e em todas as fases da persecução penal, pela defesa da ordem jurídica e pela correta aplicação da lei. PLS 156/09.

²⁶⁶ GARLAND, David. *Castigo y Sociedad Moderna*. Argentina: [Siglo Veintiuno](#), 2010.

esteja sendo tratado acordo e/ ou suspensão. Aqui existe a reversão do valores, e axiologicamente, visto que se busca o ideal democrático de manutenção do status de inocente do cidadão, ainda que isso seja feito por um juiz de forma ativa. O que poderia ser feito, mesmo em mesmo desconsiderando que o processo teria outra marcha considerando *acordo* com as partes, para a suspensão, por exemplo. Por essa razão, nos ideais explicados por Damaska quando posto em marcha, ou dando seguimento ao processo, o controle dos atos – principalmente quanto ao mérito e a punição – passa de forma irrestrita aos funcionários do Estado, ou seja, o modelo hierárquico estará, necessariamente, vinculado a implementação de política de Estado, seus agentes, sua ideologia²⁶⁷, por isso que é mais democrático o juiz que aplica a presunção de inocência e deixa de dar segmento ao procedimento penal.

3.3.2 Promotor despido de poder negocial

Com relação aos dizeres do parágrafo dez do artigo 283²⁶⁸ é assim sugerido pela Associação dos Magistrados Brasileiros: “§ 10 O juiz poderá, fundamentadamente, rejeitar a homologação do acordo, aplicando, se for o caso, o disposto no art. 38, parágrafo único do Código de Processo Penal”²⁶⁹. Este conteúdo tem pertinente significado, pois revela o caráter cultural de exercício do poder por quem entende que controla a ação das partes, especificamente, a possibilidade de vedação de acordo entre a defesa e acusação implica em dizer, novamente, o processo é do juiz, ou o processo é o juiz, pois sujeito as suas subjetividades.

Algo que se apresenta impensável no sistema do Estado Reativo, do modelo da “Common Law”, no qual uma vez avençado entre o advogado e o promotor a solução para o processo deve ser cumprida, até mesmo eventual

²⁶⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 368.

²⁶⁸ Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. PLS 156/09.

²⁶⁹ Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acessado em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

pena que vier a ser acordada prática que neste se faz possível, deve ser respeitada pelo juiz. A conclusão que passaremos a expor e comentar se torna mais explícita quando observamos a redação original do projeto do Novo Código de Processo Penal, a qual predizia que o prosseguimento do processo somente ocorreria quando da inexistência de acordo entre as partes.²⁷⁰

Pelos dizeres dos magistrados em sua proposta há uma ilusão quanto a possibilidade de negociação para crimes cuja pena, de acordo com o Novo Código de Processo Penal não supere 08 (oito) anos. O que se tem, na realidade, é um mecanismo de desenvolvimento de entrave burocrático. Se há acordo – e a ela a inerente liberdade de acordar – temos que nominá-lo de homologação por adesão do juiz (lembrando da possibilidade de não aceitação é possível para absolver sumariamente o réu). Não nos olvidamos que ao acusado cabe apenas aceitar ou negar – com todas as mazelas do processo penal – mas o que não deve ser possível, e é esse o ponto que tentamos aqui destacar é a troca ou alteração da titulariedade dos acordantes.

A justificativa utilizada para fundamentar a intervenção do magistrado no acordo é que “3. Caso o acusado aceite proposta de aplicação de pena desproporcional, deverá o magistrado não homologar o acordo, nos termos dos dispositivos seguintes do artigo, conforme sugestões.”²⁷¹

O que a associação se olvida é que o acordo somente será feito, de acordo com a redação original²⁷² do projeto, quando ficar acordado que a pena aplicada ao caso será fixada no mínimo legal. Nesse ponto, percebe-se na Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro, alteração para que seja possível acordo, mesmo não estando a penalidade no seu patamar diminuto, segundo a sua redação sugerida para o inciso segundo do artigo 283, § 1º deve ser: “II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no quanto sugerido pelas partes ou no mínimo previsto na cominação legal,” fato que, se fosse aprovado poderia

²⁷⁰ “Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.” PLS 156/09.

²⁷¹ Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²⁷² “Art. 283. § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: (...) II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;” PLS 156/09.

gerar a dita desproporcionalidade da pena aplicada ao réu, porém, não haveria desproporção em pena fixada no mínimo legal.

Pensamos haver razão prévia para esse entendimento, destacamos, que para os juízes, existem a intensão – sugestão no seu documento proposta ao código – de possibilitar que sejam aplicados dois parâmetros penais: um no mínimo legal, e outro naquele sugerido pela partes, o que significa dizer a existência da probabilidade de avançar para além do mínimo legal da sanção segregatória. Sem adentrarmos em questões criminológicas punitivistas de controle²⁷³, eis que nosso objeto é processo penal, mais especificamente, a análise sistemática do comportamento dos funcionários do Estado a partir de algumas de suas características ideológicas²⁷⁴, destacamos para o momento, algo já referido nessa dissertação: para os juízes as partes não podem assumir o comando da marcha processual.

O Estado Ativo, tem que exercer o seu poder para garantir a implementação de suas políticas e os juízes assumem esse papel²⁷⁵, aqui justificada sob o pretexto de proteção ao réu²⁷⁶. Contudo, lembramos que o julgador pode absolver o acusado sumariamente, desconsiderando, inclusive, o acordo. Ou seja, caso a redação original seja mantida, e a pena privativa de liberdade decorrente da avença pudesse somente ser fixada no mínimo legal, que utilidade – eis que não haveria “pena desproporcional” – teriam os juízes em defender a não homologação de acordo? Se a pena está no menor “quantum” possível, e, alternativamente, a única opção diversa dessa seria a absolvição, não existe, de forma pragmática, prejuízo a ser evitado ao réu pelo magistrado. Não nos passa despercebido, por isso, repetido destaque, que ao réu só cabe aceitação, ou melhor, como chama atenção Damaska, o que se tem são: *“ofertas procesales no negociables en que el acusado paga una multa determinada o enfrenta la posibilidad de una sentencia más seria si elige ir a juicio.”*²⁷⁷

²⁷³ GARLAND, David. *Castigo y Sociedad Moderna*. Argentina: [Siglo Veintiuno](#), 2010.

²⁷⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

²⁷⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

²⁷⁶ O resultado do processo é o que importa, o Estado se protege e aos seus, ou na celebre frase de Michel Foucault “O rei ou seu representante, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido.” FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 67.

²⁷⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 332.

Ousamos, apontar aqui tratar de espécie engodo jurídico, dito de outro modo, existe a necessidade de se dar aparência de um processo acusatório, com origem menos inquisitório²⁷⁸, isso tudo, novamente, repete-se, com o intuito de implementação de política²⁷⁹ e não propriamente para solução de conflito de forma mais favorável a parte ré. Evidente, que tal aspecto também está ligado a maneira do exercício do poder hierárquico²⁸⁰, justamente, semanticamente usada aqui não no sentido de justiça, para que o funcionário do Estado não seja mero despachante do seu colega – servidor estatal – anterior, qual seja, o Promotor de Justiça. A liberdade deste, e da defesa, acaba por se tornar, se assim aprovado fosse o dispositivo do código, vazia, ou seja, não há liberdade sem capacidade de exercício²⁸¹, não existe possibilidade de acordo se dele o resultado pode ser obstado sob pretextos enganosos como tentamos demonstrar acima.

Sobre a capacidade de negociação das partes no processo penal, atualmente, existe procedimento regrado em legislação especial que tenta implementar modelos de justiça criminal negocial, como os da Lei 12.850/13, mas que ainda muito tenro para arriscarmos conclusões acerca da sua eficiência²⁸², apenas ressaltamos que neste, também, cabe ao juiz a homologação/ aceitação do acordo.

Conforme já mencionamos no capítulo anterior quando apresentamos conceitos base, no modelo de Estado Ativo há maior relativização no que toca a declaração de nulidades, mormente em relação aceitação, ou não, de provas²⁸³ eivadas de vícios. Nesse aspecto, trabalharemos no ponto subsequente a introdução, breve, do sentido processual de “carga”, além de demonstrar, ainda

²⁷⁸ Conforme desenvolvido no primeiro capítulo alguns autores entendem possível a existência de sistema misto. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 104-105. Em sentido contrário: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n.30, 1998;

²⁷⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 263-276.

²⁸⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

²⁸¹ ROUANET, Sergio Paulo. *O mal estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 37.

²⁸² Para ver mais: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

²⁸³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 309.

em relação as nulidades, qual a sua influência na finalidade de implementação das políticas estatais, e como estas se projetam na atuação judicial.

3.4 Resistência a declaração de nulidades

A proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o artigo 157²⁸⁴, que trata de nulidade é a de acrescentar uma frase ao parágrafo primeiro, tendo a seguinte redação “§ 1º São absolutamente nulas as medidas cautelares ordenadas por juiz ou tribunal constitucionalmente incompetente, ressalvada a hipótese em que o juiz ou tribunal era, inicialmente, aparentemente competente.”²⁸⁵

No modelo ativo de Estado, hierarquicamente idealizado, os funcionários estatais revisam uns as ações dos outros sendo, portanto mais adequada a anulação da decisão do nível inferior²⁸⁶ pelo superior. Porém, há de se considerar para o sistema de implementação de políticas, próprio desse traço estatal, que declarar uma nulidade implica na possibilidade de entrave a efetuação dos planos governamentais.

Por essa razão, quando esse Estado destaca o mérito da sentença em detrimento da forma, a organização hierárquica dos funcionários coloca todos como capazes de promover o ideal estatal. A estabilidade da sentença não é prioridade²⁸⁷, o que pode parecer contraditório, com a relativização das nulidades, porém não é. E aqui nos parece clara a adequação da teoria damaskiana, e seu reflexo, ousamos dizer, pois, que mesmo sem essa intensão, pode ter gerado no processo penal brasileiro.

O que se prioriza é o mérito – o que a decisão produziu – logo o não cumprimento de normas de regramento processual – por exemplo de competência jurisdicional – não é, ou é menos importante para o Estado Ativo

²⁸⁴ Redação original: Art. 157. Redação original: Art. 157. § 1º São absolutamente nulas as medidas cautelares ordenadas por juiz ou tribunal constitucionalmente incompetente. PLS 156/2009.

²⁸⁵ Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²⁸⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*.

²⁸⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 309.

de implementação de políticas. A tendência no Estado ativista é de tratar a competência como erro processual “*perjudicial’ sólo en la medida en que dicho error siembre la duda sobre lo adecuado de la decisión basada en los méritos del proceso.*”²⁸⁸

O juiz tem jurisdição sempre²⁸⁹, quando ele decide o faz em nome do Estado, por entendimentos como este que não se declaram nulas decisões que não atendem a competência constitucional, a justificativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, em sua proposta, é a de que nas “medidas cautelares determinadas por juiz aparentemente competente, é possível que haja convalidação posterior dos atos pelo juízo competente.” Novamente a sustentação do mérito – política do Estado – é mais importante que a forma, aqui traduzida por regramento processual de quem é competente constitucionalmente para decidir. A seguir passaremos a tratar mais do juiz.

3.5 O juiz como ator do processo: da investigação a produção final de provas

O processo que se apresenta pela Igreja no crepúsculo da idade média não tem como característica uma disputa entre acusador e acusado. A Santa inquisição coloca a vítima em um papel secundário, no sentido de que esta não precisa ir ao foro para que se inicie o processo criminal, a busca pela justiça passa a ser controlada por impulso oficial²⁹⁰. Com isso, o juiz obtém o papel de acusador, até mesmo quando este se queda inerte²⁹¹, como também de investigador, e a ele se atribuem poderes para examinar testemunhos, o interrogatório se converte na peça central dessa nova forma processual, sendo

²⁸⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 309.

²⁸⁹ Segundo Greco Filho: “se o juiz não tivesse jurisdição (aliás, então, ele não seria juiz) seus atos seriam inexistentes, ao passo que, na realidade, o que ocorre é que seus atos são nulos, absolutamente nulos”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 215.

²⁹⁰ Ver Capítulo I.

²⁹¹ O promotor era um ajudante oficial do juiz, pois também funcionário do Estado, e, portanto, aliado com seus objetivos ideológicos.

a confissão do suspeito a forma mais preciosa de prova. Tudo isso é justificável pela busca da verdade a respeito da existência de possível crime no inquérito²⁹².

Temos como último ponto de nossa pesquisa acerca das Propostas da Associação dos Magistrados Brasileiros ao Novo Código de Processo Penal mais dois artigos para exame. Primeiro, pelo acréscimo de parágrafo único ao artigo 4^o²⁹³, nos seguintes termos: “Parágrafo único – A vedação de iniciativa na fase de acusação não impede a requisição de instauração de inquérito pelo magistrado.²⁹⁴” E o outro, em decorrência da alteração em relação ao inciso segundo “Art. 20²⁹⁵. O inquérito policial será iniciado: (...) II – mediante requisição do Juiz.”²⁹⁶ Dois aspectos aqui a serem ressaltados: a) a pretensão estatal pela mudança explícita acerca de qual Sistema processual deve ser adotado, o Código é claro em seu princípio unificador²⁹⁷, qual seja, o acusatório²⁹⁸. E além disso b) a incompatibilidade do modelo proposto diante da iniciativa judicial para dar início ao inquérito. E este segundo ponto merece nossa maior atenção, em especial pelo seu significado, conforme passaremos a expor.

A importância da investigação preliminar no modelo inquisitivo carrega bastante de sua ideologia. Foucault nos lembra que desde a sua introdução no que se pode dizer os primórdios de um sistema processual de moldes mais contemporâneo, por volta do século XII, “o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer”. Com maior razão, e, por isso, séculos mais tarde a investigação preliminar – aqui se está a falar dos modelos continentais pós século XIX – é, deve ser, o elemento formador de opinião do Ministério Público. Precipuamente, o status que adquire, o Promotor, é de parte²⁹⁹ – ou

²⁹² Sobre processo inquisitório vide Capítulo I.

²⁹³ Redação original: Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. PLS 156/2009.

²⁹⁴ Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²⁹⁵ Redação original: Art. 20. O inquérito policial será iniciado: (...) II – mediante requisição do Ministério Público. PLS 156/2009.

²⁹⁶ Proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros para o Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://amb.org.br/>. Acesso em 04 set. 2017. Acesso em 04 set. 2017. Atualmente retirado do site.

²⁹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n.30, 1998.

²⁹⁸ Vide ponto 1.2 e 1.3.

²⁹⁹ Seu surgimento nos remete ao conceito de representante do rei no processo. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 65.

representante da vítima – na tentativa de introdução de competição na forma adversarial do processo, contudo, ele não deixa de representar o Estado/ rei, pois, ele continua sendo o fiscal da lei que irá decidir se deve ou não acusar formalmente o cidadão.³⁰⁰ Salo de Carvalho, todavia, nos lembra que mesmo após a instituição do sistema misto³⁰¹ o inquérito comandado pelo juiz só mudou a etiqueta do processo para acusatório, mas permaneceu com seu conteúdo inquisitorial: “A burla de etiquetas do Código Napoleônico (Processo Misto) apenas mantém viva estrutura cuja principal característica primordial é a concentração dos poderes instrutórios na figura do juiz.”³⁰²

Damaska etiqueta esse modelo processual que prima e fundamenta todo o curso do processo, como ato realizado por funcionários de governo, que ‘informa’ o promotor e o juiz como sendo de implementação de políticas diante do delito vinculada a autoridade hierárquica. Digna de citação, suas palavras:

*La prominencia de los archivos en actividades realizadas oficialmente y la revisión de la apelación, hace que esta nueva forma pueda clasificarse fácilmente como un proceso de implementación de políticas ante la autoridad jerárquica.*³⁰³

Poderia-se questionar o modelo acusatório é compatível com um inquérito de iniciativa do juiz? Conforme tentaremos responder a frente com mais delonga, não, pois como é entendimento de autores como Coutinho³⁰⁴ e Zilli³⁰⁵ não existe sistema misto, mas então se questiona: por que a ideia, na sugestão da dos Magistrados Brasileiros de, mesmo em um processo adversarial, imprimir a iniciativa de busca de qualquer prova pelo magistrado, antes mesmo da formação da tríade processual?

O processo inquisitório sempre teve alguns traços e muita terminologia do modo de processo de resolução de conflitos, o que não significa dizer que o

³⁰⁰ Fato este não exclusivo do Sistema Inquisitorial, eis que observado, também, em alguns modelos processuais adversarial. Damaska. p. 327.

³⁰¹ Vide Capítulo I.

³⁰² CARVALHO, Salo. *Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial*. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/5183/3898>>. Acessado em mar. de 2018, p. 19.

³⁰³ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 322.

³⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n.30, 1998.

³⁰⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

assim fosse, ao contrário, o que há é uma competição simulada.³⁰⁶ Daí decorre a afirmação de Damaska para que o juiz passa a ser o revisor do trabalho feito na investigação preliminar³⁰⁷, isso porque ele estuda meticulosamente o que é descoberto no inquérito. Novamente, se destaca mais um traço da inexistência de competição, o que se tem, é a concessão de uma faculdade legal que permite ao acusado se defender da tentativa de implementação da política de Estado para aquele determinado delito. A ausência de competição, nesse aspecto se faz, também, evidente diante da possibilidade do funcionário – juiz – concorrer com o funcionário promotor para justificação da pragmatização da ideologia estatal.

O motivo da forma de simulação de competição no modelo investigação tem a finalidade de “adornar” uma ideia de disputa, para que funcionário do Estado não seja mero “veículo orientador”³⁰⁸, um despachante do que foi apresentado na fase de investigação preliminar. Também por essa razão, que o inquérito policial fundamenta e limita os parâmetros da denúncia, os quais, de certa forma³⁰⁹ amoldam o exercício da jurisdição, mas que no fundo estão vinculados a ideologia estatal. Damaska alerta que para além desse olhar de aparente disputa deve-se vislumbrar a finalidade do processo, aqui entendido como meio do Estado implementar sua ideologia.

O trabalho dos investigadores, que realizavam diligências na presença dos acusados ou seus advogados prejudicava a busca da verdade³¹⁰, para Damaska ao observarmos uma das justificativas para o trabalho dos juízes investigadores³¹¹ percebemos que um dos argumentos é que o julgador não

³⁰⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 323.

³⁰⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 330.

³⁰⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, p. 327.

³⁰⁹ É, ainda assim, possível a aplicação dos institutos processuais da *mutatio* e *emendatio libelli*, artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

³¹⁰ Acerca da busca da verdade no processo afirma Goldschmit "la tesis muchas veces repetida de que el proceso criminal tiene una naturaleza inquisitiva, envuelve una confusión del 'fin esencial' del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con 'uno de los medios posibles' para lograr este fin." GOLDSCHMIT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJEA, 1936, p. 780.

³¹¹ Vários países aboliram a figura do juiz investigador, como a Alemanha, por exemplo. No Brasil a figura não existe, ao menos de direito, o que é um exagero afirmar sua inexistência de fato.

pode se limitar ao que o investigador, que não ele próprio, entende acerca dos fatos.³¹²

A segurança do passado, a intenção – impulsiva talvez – foi a volta ao passado do Código de Processo anterior (ainda em vigo), como já mencionamos no primeiro capítulo: fascista³¹³, eis que já sabemos como o juiz gere o inquérito no processo, ou seja, como sempre, tentamos retomar a segurança da imutabilidade do passado, a situação de que “naquela época que era bom, nos é explicada por Bauman conforme seu trabalho em seu “Medo Líquido”³¹⁴, aqui reportado para lembrar que insegurança das instituições, e mais do que isso, na busca de um passado “seguro” parece ser própria da humanidade, não necessariamente de um tempo.

Mas não se trata apenas disso, novamente trazermos os ensinamentos de Foucault quanto aos conceitos que estão intrinsecamente ligados ao inquérito, desde a influência advinda da junção entre “inquérito judicial é domínio econômico, social e do saber.”³¹⁵ A definição, ou conclusão que chega o autor francês, é a de que:

O inquérito é uma forma de saber-poder. (...) O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir.³¹⁶

Os magistrados são “máquinas resolutas”, são operários, frutos de uma bifurcação metafísica. Melhor dizendo, ele deve escolher entre uma carreira séria, comprometida com a realidade, ou agir como um pesquisador curioso. Frisa Divan que, de fato, não há essa possibilidade de predileção, pois não há

³¹² Damaska. p. 330.

³¹³ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Direitos individuais e processo penal na Itália republicana* artigo. In: PAULA, LEONARDO DE COSTA. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional 'diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália'*: volume 1/ Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy; organizadores Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 15-55. Tradução do original ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. In: AA. VV. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana: Materiali dall'incontro di studio* – Ferrara, 12-13 Novembre 2010. Milão: Giuffrè, 2011, p. 27.

³¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

³¹⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 74.

³¹⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*.

como definir “uma realidade mais real”³¹⁷. Damaska atribui este antepor da decisão as formas de Estado, e por conseguinte as proposições políticas ideológicas a que se destinam³¹⁸.

3.6 Poderes Judiciais e formas de justiça

A forma de resolução de litígio a partir de um terceiro que chega para decidir a disputa entre as partes, na civilização grega antiga, tem uma considerável mudança, quando, no desenrolar do reinado de Édipo Rei há um litígio criminal (quem matou o Rei Laio), momento em que aparece um novo personagem: o pastor. Aqui com propriedade Foucault nos expõe, muito antes do modelo do júri inglês a possibilidade de um julgamento a partir das “verdades” do povo.³¹⁹ A comparação ao sistema de julgamento da “Common Law” é rude, ou exagerada, mas o prisma que se quer focar aqui é a possibilidade de mudança geográfica do exercício do poder. Com mais razão, o entendimento de que o poder não é, como ensina Foucault, o poder está, mas complementa Terry, que algumas formas de poder *estão* mais do que outras. A força do significado de ideologia está em sua própria capacidade de apartar, de maneira classificatória, determinando lutas de poder são importantes para a vida social e quais não são, ou as que tem um grau maior e menor de relevância. Diz Eagleton *“Es perfectamente posible estar de acuerdo con Nietzsche con Foucault en que el poder está en todas partes, au deseando, por determinados fines políticos, distinguir entre tipos de poder más o menos centrales.”*³²⁰

Damaska organiza as formas das relações entre funcionários do Estado entre os estilos hierárquico e paritário, os quais são compatíveis tanto no processo inquisitivo, quanto ao adversarial, essa relação independe, portanto de

³¹⁷ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 56.

³¹⁸ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

³¹⁹ “A história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam.” FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 54.

³²⁰ EAGLETON, Terry. *Ideología Una introducción*. Traducción de Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997, p. 27.

onde o poder está, mas vinculada um maior ou menor exercício de acordo com estilo do seu exercício é que se adequa em razão das políticas de estado

Mais do que isso, se regressarmos a ponto de análise anterior veremos, exemplificativamente, que nos modelos de resolução de conflitos e implementação de políticas pode-se dizer que no primeiro o poder está menos nos juízes desse sistema do que no segundo. Fato este que reflete diretamente no forma como cada um deles conduz o processo penal, por isso, faz, ainda, importante ressalva Damaska ao expressar que essa relação tem maior conexão com a tipo de Estado – Ativo ou Reativo – do que propriamente com um processo mais inquisitorial ou mais adversarial. Nas palavras do autor:

El quid del contraste entre los estilos angloamericano y continental de administración de justicia se expresa convencionalmente en la oposición del proceso 'inquisitivo' de Europa continental, y el 'adversarial' de los países cuyos sistemas derivan de Inglaterra. He evocado este contraste, no obstante, al yuxtaponer los estilos jierárquico y paritario. (...) Deveria quedar claro que puede emplearse el estilo jierárquico o paritario tanto para juzgar una disputa bipolar adversarial, como para establecer si existen condiciones previas legales para la puesta en vigor de una política o programa estatal. (...) Los estilos jerárquico y paritario pueden ser utilizados siguiendo las líneas procesales civiles, penales y administrativas, líneas que difieren en las diversas culturas legales.³²¹

E acrescenta, na realidade em ambas as formas processuais se verifica a autoridade – poder – hierárquica e paritária, sem que isso esteja ligado a maneira como o processo é conduzido. Novamente, dada sua importância pertinente citação direta do autor:

El estilo jierárquico se puede combinar tanto con las formas adversariales y no adversariales, y el estilo paritario posee los mismos valores. Para ponerlo en otras palabras, la autoridad jierárquica y paritaria pueden cada una desarrollar sus propios procedimientos adversariales e no adversariales. (...) en la actualidad no hay un concepto de los modos adversariales y no adversariales que pueda aplicarse 'neutralmente' en la línea que divide a las dos familias de derecho conformadas por tradiciones diferentes de organización del poder judicial: las formas procesales y contenciosas e inquisitorias están terriblemente enredadas, con incrustaciones jerárquica y paritarias.³²²

Ou seja, a atitude do juiz em buscar provas, ou até mesmo, propriamente, produzi-las não é reflexo diretor do processo inquisitorial ou adversarial. Deve-se focar a questão sob o prisma da forma pela qual o Estado

³²¹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, p. 122-123.

³²² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, p. 123.

exerce – organiza – seu poder, pois, como visto é possível tanto em um como no outro sistema processual, o domínio do rito leva em conta a ideologia estatal e modelo o qual ele adota, se implementador de programas e políticas estatais, ou mantenedor do equilíbrio social (administrar a justiça ou resolver conflitos, respectivamente).

3.7 Presunção de inocência como política do Estado Ativo

Neste momento especial de nossa dissertação, no remetemos a nossa obra referência para explicitar que esta não ataca em seu desenvolvimento, propriamente, a acepção da ideia do que é ideologia. Destarte, na linha abordada aqui abordada, lembramos de que o julgador – pesquisador – faz escolhas, e as faz tomando como base concepções. Tabulamos a partir de agora até o término de nosso texto, o conceito de ideologia que nos é apresentando por Terry Eagleton, com a cautela que deve ser aposta para além da simples, mas bastante significativa frase: “La ideología es menos cuestión de propiedades lingüísticas inherentes de una declaración que de quién está diciendo algo a quién y con qué fines.”³²³ Destaca o autor que o pensar é direcionado a partir de quem diz, e para que(m) se diz, ou seja, a ideologia é uma questão mais de discurso, do que de linguagem, ou ainda é mais política que epistemológica:

*política se refiere a los procesos del poder por los que las órdenes sociales se sostienen o desafían, mientras que la ideología denota las formas en que se aprehenden estos procesos del poder en el ámbito de la significación. No obstante, esto tampoco vale, ya que la política tiene su propio tipo de significación, que no tiene que ser necesariamente ideológico.*³²⁴

O falar de ideologia, portanto é diferente de falar de política, nesse sentido quando apresentamos um Estado politicamente Ativo, nos referimos a sua ideologia: qual seja a de resolução de conflitos. Melhor dito, em que pese as diferenças apontadas não há que se negar a existência de conexão entre os institutos apontados (ideologia e política). Evidente que uma ideologia de implementação de políticas, quando houver previsão constitucional nesse

³²³ EAGLETON, Terry. *Ideología Una introducción*. Traducción de Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997, p. 29.

³²⁴ EAGLETON, Terry. *Ideologia. Una introducción*, p. 31.

sentindo, deve, com mais razão promover a aplicação de seus preceitos normativos, ou seja, se há previsão constitucional de instituto processual penal como o da presunção de inocência, no processo é tarefa do Estado³²⁵ e de seus funcionários a sua efetivação³²⁶.

Fazendo remissão a ordem constitucional, e talvez, com maior propriedade, agora trazemos a lição de Goldschmidt quando é explícito ao apontar para os elementos autoritários constitucionais refletem “*la estructura del proceso penal de una nación*” e mais adiante os coloca como termómetro de los elementos corporatio o autoritarios de su Constitución.”³²⁷. Entendido desse forma a Constituição Brasileira é clara ao prever o princípio da presunção de inocência³²⁸, nesse sentido declarar a absolvição do réu é tão, ou mais, importante quanto a aplicação da pena no processo penal, aqui lido com o olhar de Damaska como a implementação de uma das políticas do Estado Ativo. Todavia, a equiparação axiológica dessa situação – presunção de inocência como política estatal – no processo penal como atual brasileiro, é falaciosa³²⁹, pois no exercício da jurisdição, ainda que pensemos em um processo nacional de implementação de políticas, não há paridade de armas, porque a solução condenatória acaba ocorrendo em grande quantidade³³⁰, a consequência é

³²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. No mesmo sentido: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n.30, 1998.

³²⁶ Não podemos cair na armadilha de que as resistências encontradas no âmbito do Poder Judiciário, acabaram por gerar garantismo por conveniência, a exemplo do que alguns políticos envolvidos em corrupção buscavam – com urgência – a necessidade de imposição de limites a certos atos judiciais, estes sim, de maneira conveniente. Em suas conclusões Renzo nos diz que: “as questões de legitimidade são examinadas a luz do critério (notadamente político) da razoabilidade, ao invés de serem baseadas no critério (mais caracterizado no sentido jurídico) da proporcionalidade entre direito violado e a finalidade da medida restritiva.” In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Direitos individuais e processo penal na Itália republicana* artigo. In: PAULA, LEONARDO DE COSTA. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional ‘diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália’*: volume 1/ Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy; organizadores Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 15-55. Tradução do original ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana. In: AA. VV. Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana: Materiali dall’incontro di studio – Ferrara, 12-13 Novembre 2010. Milão: Giuffrè, 2011, p. 30.

³²⁷ GOLDSCHMIT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936, p. 778.

³²⁸ Art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil.

³²⁹ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 119.

³³⁰ De acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias a população carcerária – aqui incluído os presos provisórios – aumentou em 3 anos – Tempo médio nacional de duração em 2015 de um processo criminal segundo o Conselho Nacional de Justiça

lógica, pois, reflexo de um procedimento que relativiza a presunção de inocência, e supostamente, o faz sob a ótica, intuitiva, de obtenção da efetividade objetivada pelo ente estatal. No primeiro momento da ação processual o acusado inicia o processo absolvido, em um Estado com essa ideologia política essa deveria ser sua verdadeira pré-ocupação³³¹ processual, enquanto o caráter que se imputa ao cidadão como presumivelmente inocente deveria permanecer até “prova”³³² em contrário.

Divan ressalta a impossibilidade de um juiz ativista, levando em consideração a instrumentalidade do processo penal, resolver conflitos sociais.³³³ Aqui, não há uma discordância com Damaska, apesar dessa conclusão poder surgir em análise superficial apressada. O que o autor ressalta é que a solução de conflitos não passa pelas mãos do juiz, mesmo na tentativa de “resolver” os enfrentamentos sociais como sinônimo de justiça”. A expressão passa a ter importante significado, porque há um amalgama nas funções das partes do processo penal brasileiro. Retomamos a lição de Damaska para esclarecer que o modelo de processo baseando na resolução conflitos é o que mais concede poderes as partes – defesa e acusação – e o que menos possibilita ações do juiz. Na lição de Prado em uma sociedade mais democrática³³⁴, portanto, as funções jurisdicionais são tanto mais democráticas, quanto menor forem as participações judiciais. É por isso que chama a atenção Divan para explicar que a menor atuação do magistrado – vedada pela instrumentalidade processual – implica, como afirma Geraldo Prado em uma maior democracia. Nesse sentido, conjugando o entendimento acima com a lição de Damaska, temos que mais justo, no processo penal brasileiro, será aquele que não resolve conflitos, sendo, portanto, o seu oposto, o que implementa políticas, verdadeira expressão da justiça. E de que maneira isso deveria acontecer

– de 581,5 mil para 698,6 mil presos. Informações colhidas Conselho Nacional de Justiça <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>, e Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.

³³¹ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 123.

³³² O termo é usado entre aspas, pois, conforme já apontamos nessa dissertação, a existência ou não de certo fato pode determinada pelo juiz na busca da verdade.

³³³ Idem, p. 145.

³³⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

pragmaticamente? De acordo com Divan e Prado, democraticamente, com um juiz que não age/ interfere no papel das partes no processo, a sua inação aqui pode ser traduzida como sinônimo de democracia constitucionalmente ativa.

Quando trazemos o conceito de Damaska de Estado Ativo para implementação de políticas³³⁵, lembramos que ele trabalha, também, a ideia de que ao elencar o conceito do “presunção de inocência” como política a ser buscado pelo Estado, esta deve ser realizada, inclusive, em momento anterior ao processo, qual seja, no objetivo buscado pelo Estado a partir de sua ideologia com sua respectiva projeção *no e pré o processo*.³³⁶

Nos socorrendo, mais uma, na esteira do que aponta Cândido Dinamarco, com a devida ressalva do advérbio temporal destacado no início da frase: “Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional.”³³⁷ O processo ideal possui as garantias constitucionais na busca da verdade de Goldschmidt, preconizada pela presunção da inocência, mais, leciona o autor alemão que o processo para se chegar a verdade e a justiça tem um juiz encarregado da jurisdição penal limitado “al fallo de lass socitudes interpuestas y del material producido dejando la interposición de las solicitudes y la reconfida del material a aquellos que, persiguiendo intereses opuestos, se representan como partes”.³³⁸ Essa lição deve ser combinada com a noção de Damaska, em um processo que as partes assumem quase todo o controle probatório, restringindo a função do julgador a assegurar o cumprimento dos preceitos e procedimentos do processo, sem que isso signifique influir na sua marcha. A expressão de não totalidade na função constitutiva da prova permite o equilíbrio de forças pelo juiz, mas sempre, e absolutamente, restrita a garantir a presunção de inocência.

³³⁵ “Cuando el Estado es concebido como gestor, la administración de justicia parece estar dedicada al cumplimiento de los programas del Estado y a la implementación de sus políticas”. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 26.

³³⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33.

³³⁸ GOLDSCHMIT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936, p. 780.

Citando Goldschmidt, Gabriel Divan³³⁹ nos expõe a vinculação que autor faz entre processo penal e a política estatal, nas palavras do autor alemão: “*Los principios de la política procesal penal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*”.³⁴⁰ Todavia, há uma incompatibilidade pragmática entre o que diz a Constituição e as normas do Código de Processo Penal e a prática processual.³⁴¹ Geraldo Prado, entre outros, vai nos afirmar que temos um sistema constitucional de princípio acusatório³⁴², contudo, o próprio autor, inclusive, nos expõe a inquisitorialidade do Instituto Normativo Processual, pois, claramente de origem fascista, sendo, portanto, a prática processual, uma espécie de mistura entre os sistemas, ou, um processo de princípio inquisitorial³⁴³, com garantias desenvolvidas no modelo acusatório, denominado, impropriamente, por alguns misto³⁴⁴.

O que pode parecer um problema de incompatibilidade de sistemas, na realidade se observado pela classificação imposta por Damaska tem-se, que existe melhor enfoque a ser dado, e, é justamente, a partir da ideia inicial de Goldschmidt³⁴⁵ que o processo é o reflexo da nação, ou seja, é o termômetro democrático. No caso brasileiro, o sistema processual pode parecer incompatível com a Carta Magna – constitucionalmente acusatório e processualmente inquisitório – contudo, ele fica claro se retomarmos a lição de Damaska para considerarmos os comandos constitucionais, e tomarmos por base a ideologia

³³⁹ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 116.

³⁴⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 116.

³⁴¹ AURY, Lopes Junior. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215576/cfi/154!/4/4@0.00:27.2>. Acessado em 18 jan. 2017.

³⁴² PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 299-300.

³⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n.30, 1998.

³⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 79-80

³⁴⁵ GOLDSCHMIT, James. *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1936, p. 778.

constitutiva do Estado. Ou seja, se temos um Estado ideologicamente Ativo³⁴⁶, o processo penal mais adequado é o de implementação de políticas públicas – em larga escala observado na Constituição da República Brasileira – e, portanto, a melhor forma de fazê-lo é *implementando* um processo penal com menos possibilidade de ação das partes – defesa e acusação – e maiores poderes discricionários do estado/ juiz, para que esse funcionário estatal busque a efetivação da referida ideologia de implementação políticas.

Na esteira do que propõe Damaska o juiz que busca fazer justiça, é o que implementa políticas públicas, ainda que o faça de forma mais inquisitorial, mesmo em processo constitucionalmente de viés acusatório³⁴⁷. Essa afirmação deve ser analisada com cuidado, pois não significa que o servidor do Estado assim o fará, muito menos que os preceitos constitucionais – acusatório no caso brasileiro – sejam obedecidos, como pontua Divan citando Dinamarco “intenta desvelar a capa obscura que confere (falsa) ‘neutralidade’ a um aparelho que deveria estar repleto de axiologia. Contudo, acaba fornecendo munição para que na (concepção atrelada ao processo *penal*) essa visão ressurgja.³⁴⁸ Em crítica direta a ideia de Dinamarco, Lopes Jr. nega o processo como “instrumento político de segurança pública ou defesa social”³⁴⁹, pois evidente que a carga axiológica inerente ao julgador o impulsiona para a tomada de decisões a partir de determinados valores, ou, como prefere Damaska em um agir ativo na implementação de políticas.³⁵⁰

Sob o pretexto de “eficiência” do processo em resolução de conflitos, Tucci admite a ampliação do direito objetivo como uma garantia da sociedade, com a “maximização desenfreada da função do magistrado”, sendo que, na

³⁴⁶ No Estado Ativo o processo é eminentemente instrumental, as decisões são acertadas em termos de justiça de procedimentos mais do que em relação aos resultados. Sob este aspecto um procedimento correto é o que maximiza ou aumenta a probabilidade de incorporação da política de estado no caso contingente, ou seja, fazer justiça. DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 255.

³⁴⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*.

³⁴⁸ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Proceso Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 134.

³⁴⁹ AURY, Lopes Junior. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215576/cfi/154!/4/4@0.00:27.2>. Acessado em 18 jan. 2017.

³⁵⁰ Se elas são ou não implementadas pelo juiz é ponde que não se trás a discussão, o que se busca apresentar aqui é a forma de exercício de poder

mesma esteira do que expomos de Damaska, Goldschmidt alerta que tal prática é altamente inquisitiva, e o que é pior, supostamente justificada na busca da verdade e na verificação da justiça, tendo o processo penal como meio para essa finalidade.³⁵¹ Já para Lopes Júnior a instrumentalidade do processo penal é o fundamento da sua existência, sendo um “instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional.”³⁵² E concluiu Divan, a Constituição é o próprio antídoto para os poderes concebidos constitucionalmente. Ou seja, em que pese o processo penal, mesmo caso fosse considerado como instrumento de política criminal, e defesa social, tem em seu âmago a presunção da inocência, e a “desconfiguração” desse estágio – normal – para culpado é freada de todo o possível no instituto da *presunção* de inocência.³⁵³

Retomando a ideia de busca da verdade no processo ideal efficientista Goldschmidt nos apresenta ponto digno de nota. O próprio autor ressalva que há duas formas de fazê-lo, quais sejam, uma inquisitorial com um juiz ativo, tanto em relação as provas, como aos atos processuais, e, portanto, parcial, e outra acusatória, com um julgador reativo limitado as “solicitudes interpuestas y del material producido”.³⁵⁴ Há, como já dito, substancial diferenciação na proposta de Goldschmidt, na busca da verdade pelo julgador, a qual é limitada por preceitos de matérias processuais e constitucional. Para Divan

Pensar um política processual penal não-intervencionista e deliberadamente não-autoritária requer, sobretudo, estabelecer que tipo de *busca* da verdade será essa empregada pelo ente jurisdicional no curso processual e com que modelo de *verdade* para o conflito se operará. Já se sabe que Goldschmidt, entre outros, essa *busca* é um perquirir qualificado, não livre de limitações de cunho ético e procedimental/ instrumental e especialmente ligada à ideia de presunção de inocência: o juiz não pode abrir mão de sua condição *imparcial* para tentar ele mesmo superar a inexistência de

³⁵¹ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 141.

³⁵² AURY, Lopes Junior. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215576/cfi/154!/4/4@0.00:27.2>>. Acessado em 18 jan. 2017, p. 145.

³⁵³ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 146.

³⁵⁴ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 151.

aproveitamento das *oportunidades* ou do não desvencilhar das *cargas acusatórias*.³⁵⁵

Perfeitamente possível, na linha de Goldschmidt e Damaska que o juiz participe do processo, aqui traduzido como busca da verdade diante de partes ineficientes em fazê-lo, contudo, há a ressalva de que a presunção da inocência deve ser preconizada sob a “índole constitucional-garantista”.³⁵⁶ O magistrado, em um processo como o acusatório adversarial brasileiro, não deveria produzir prova, deixando essa tarefa a cargo das partes, na sua condução do procedimento ele deveria estar restrito a proteger o réu e seu estado de inocência e proporcionar equilíbrio as partes na disputa, mas retomando o conceito de Estado Ativo, e sua ideologia de implementação de políticas de Damaska, lembramos que certos objetivos de Estado se associam invariavelmente com determinados tipos de organização do poder. Portanto, um sistema constitucional democrático, pode, pragmaticamente, ter, perfeitamente, um processo penal autoritário, de novo, vide o exemplo brasileiro.³⁵⁷ A parcela de carga das partes e sua relação com o processo vai ao encontro da afirmação de que se pré-observada a presunção da inocência a inquisitorialidade do juiz pode ser afastada inclusive sob certos casos, em que até mesmo ele chegue a produzir, o que se tem que ter claro, é que a possibilidade e oportunidade de produção probatória não se confunde com sua carga que elas devem ter para o seu exercício:

A parte, pois, que se encontra em uma situação de, no processo, praticar um ato que lhe coloque em vantagem em relação à outra tem uma *possibilidade* ou *oportunidade* processual. Já aquela que precisa praticar um ato para prevenir uma situação desvantajosa, segundo Goldschmidt, possui uma *carga* processual.³⁵⁸

Há um exagero nos reformistas que tentam implementar, rigorosamente, certas aspirações liberais no sistema de implementação de políticas. Talvez esse seja o caso brasileiro, justamente, por isso, que não é possível a implementação de certas formas – um modelo acusatório puro de disputa entre as partes –

³⁵⁵ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 164.

³⁵⁶ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 163.

³⁵⁷ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 159.

³⁵⁸ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*, p. 154.

porque não há incompatibilidade com o sistema que é de implementação de políticas públicas,³⁵⁹ e, por conseguinte, avesso a ideologia de resolução de conflitos, mais adequado a aquele. Neste ponto reside possível influência que o sistema, ou ideal organizacional do Estado, tenha sob o processo penal brasileiro, sendo mais direto, em grande parte dos juízes se torna perceptível, como não poderia deixar de ser, a influência do Código de Processo Penal – inquisitorial – e a Constituição – acusatória adversarial –³⁶⁰. Nesse interim, inegável essa tendência da manutenção da *função* no controle da produção probatória, a qual pode ser entendida como a tentativa dos funcionários de permanecerem próximo, ou no controle da tomada pessoal de decisões, o que na realidade acaba por pessoalizar situações que deixariam de ser burocraticamente automáticas, e, portanto, (des)pessoalizadas.

Dunker, em seu texto “Mal estar, sofrimento e sintoma”³⁶¹, expõe e consegue traçar o perfil psicológico de uma sociedade. A psique humana é algo intrinsecamente ligado ao indivíduo, dizer que a sociedade tem certos traços psicológicos, é tratá-la como um ser, e como tal possuidora de consciência. O problema, ou talvez, o paradoxo é que as questões atinentes a hierarquia social, e as *projeções* que o autor faz em relação aos *sintomas* nacionais como sendo: - o senhor do engenho e - os escravos são exatamente os perfis que temos na sociedade. Por isso essa visão, aparentemente, paradoxal, se mostra adequada quando tratamos o juiz de um sistema acusatório com atitudes inquisitivas.

Se encaixa de forma perfeita o dizeres do próprio autor, Crinstian Igor L. Dunker, quando sabiamente diz que nem tudo precisa ser explicado, talvez, porque o psicólogo traça perfis individuais e o sociólogo coletivo, claro sem desprezar, em ambos os cientistas, os individualismos, tampouco a coletividade. O autor quando explicita a necessidade de uma psiquiatria própria ao Brasil, o que pode ser entendido, também, como a indispensabilidade de tratamento específico ao processo (constitucional) penal brasileiro, e seus atores e a forma como se desenvolvem suas peculiaridades. Há uma certa dicotomia, pois não

³⁵⁹ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, p. 327.

³⁶⁰ Não estamos adotando uma espécie de sistema misto, mantemos nossos apontamentos feitos ao longo da dissertação que inviabilizam essa modalidade processual.

³⁶¹ DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma Releitura da diagnóstica lacaniana a partir do perspectivismo animista*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n1/v23n1a06>>. Acessado em 28 fev 2018.

fica claro, se estamos a falar de inquisitorial ou acusatório. No ponto seguinte ousamos desenvolver uma resposta alternativa a esses dois pressupostos, o que significa dizer, que a solução para essa aparente necessidade de classificação do sistema penal brasileiro possa advir de uma terceira via.

3.8 O juiz no seu exercício de poder: democraticamente inquisitorial ou inquisitorialmente adversarial?

“A sentença não existe”, a frase expressa por Foucault é explicada por ele afirmando o porquê do processo não expressar no seu veredito, propriamente quem tinha razão – aqui estamos a falar dos primórdios do século XIII e fim do XII – “a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel”, a decisão vai trazer ao processo, vai declarar o erro de alguém. Ou melhor, o terceiro irá pronunciar quem mentiu, e, portanto, deve perder a disputa, e aquele que falou a verdade, e assim, tem razão, “existe simplesmente vitória ou fracasso”.³⁶²

Temos que uma adequação possível da frase seria a sentença é a expressão do Estado Ativo, que ignora o verdadeiro conflito, versando apenas a implementação de suas ideológicas, como a implementação de políticas, mas, ainda assim, a premissa é falsa, primeiro porque desde humano, o magistrado não é neutro, tampouco, imparcial³⁶³ e ainda que pragmaticamente efetive os objetivos estatais ele sempre colocará suas próprias ideologias ao julgar.

Damaska não proclama que assim deveria ser, ciente da (im)parcialidade do magistrado, ele nem ao menos, quando faz referência ao modelo processual de resolução de conflitos, explica que julgador não toma partido por nenhuma das partes do processo, pois ele deveria fazê-lo por ambas equanimemente. O que se pretende é expor o exercício do poder de julgar esteja vinculado a ideologia do Estado, e, em decorrência disso, tenha reflexo no

³⁶² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 61.

³⁶³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*, p. 61.

sistema processual penal.³⁶⁴ O que não nos permite olvidar a lição de Warat quando nos evidencia a sentença, em seu exercício de retórica do funcionário estatal, ela serve como meio, inclusive, para que ele decida com a sua subjetividade, “sob a aparência de estarem aplicando conteúdos fixados pelo legislador.”³⁶⁵ Mas isso referência a parte decisória final do processo, mas não nos olvidamos da marcha processual, que é o enfoque de nossa dissertação, aqui traduzido como trâmite processual penal propriamente dito.

Perfeitamente possível, nesse aspecto, de acordo com o que leciona Gabriel Divan, na linha de Goldschmidt, que o juiz participe de forma ativa no processo, na sua condução, até mesmo, como busca da verdade diante de partes ineficientes em fazê-lo³⁶⁶, contudo, há a ressalva de que a presunção da inocência deve ser preconizada sob a “índole constitucional-garantista”, com a carga probatória sempre balanceada,³⁶⁷ e a partir dessa regra, que tolhe o exercício de seus poderes quando eles servir para alterar o status de não culpado do réu³⁶⁸ de maneira a desequilibrar a balança. Em sentido complementar, acrescenta Amilton Bueno de Carvalho em texto co-escrito com Henrique Marder da Rosa que as garantias constitucionais – processuais – são, ou ao menos intencionam “reduzir os espaços de arbítrio”, sendo a lei o meio de proteção aos cidadão acusados no processo penal.

Dessa fórmula instrumental de processo, os referidos autores apontam ao problema que surge a partir dessa constatação, visto que é o próprio juiz, controlador que protege o cidadão do seu próprio arbítrio, “Em outras palavras, é ele (Poder Judiciário) que vai definir se houve ou não fundamentação da decisão, se foi garantida a ampla defesa, por exemplo”³⁶⁹. Objetivamente se Damaska fosse questionado de “quem vigia os vigilantes?” uma possível resposta poderia ser que em uma forma governamental de ideal hierárquico

³⁶⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*.

³⁶⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 38-39.

³⁶⁶ Vide exemplo do “Discovery” no capítulo I.

³⁶⁷ “Balance” é o critério que Dworkin utiliza como método de resolução de conflitos entre princípios. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 114.

³⁶⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 163.

³⁶⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 44.

aquele(s) que está(ão) no segmento acima da pirâmide. O que não significa dizer que as questões ideológicas atinentes as formas de Estado e os modelos de exercício de poder não afetam a resposta³⁷⁰, os argumentos judiciais para implementação de políticas do Estado são destinados a estabelecer os objetivos do Estado, de forma ativa ou reativa. A denominação de política nas decisões judiciais nos é alcançada por Dworkin, para quem, quando se fala em política estatal, existe um padrão que configura um propósito a ser buscado, uma “melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).”³⁷¹

Não se pode negar, ou ao menos não há que se ignorar que os juízes no processo têm em si, espécie de “programação doutrinária da jurisprudência”³⁷², eles até podem tentar a contenção ou, até mesmo redução do poder do Estado, exercendo, eles mesmo, maior fator decisório ao longo do processo, o funcionário deve ser ativo, pelo próprio ideal estatal do Estado Ativo. Com mais razão, a estrutura advinda do modelo estatal objetivado nas suas políticas estatais projetadas/ incluídas no processo penal, as quais ideologicamente convergem as decisões judiciais para implementação daquelas, limitando o poder das partes, mas também do julgador. Isso não significa dizer que existe um Leviatã invisível que comanda tudo atrás da cortina para ser desmascarado pelo magistrado de sapato amarelo, o Estado de direito é/ tem limite pela lei, e em casos como o brasileiro, em um sistema constitucional altamente democrático,³⁷³ e, é democraticamente autorizador ao juiz a promover políticas públicas, de forma ativa, o que não redundaria, necessariamente, em autoritarismo.

Novamente, porém, o que chama atenção nos ensinamentos de Damaska³⁷⁴ é que sistematicamente, e aqui já projetando ao caso brasileiro, no

³⁷⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Talkin rights seriously*, p. 141; 36.

³⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

³⁷³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁷⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Estado Ativo, não há, ou são muito poucas, as possibilidades de exercício da democracia na vontade das partes em, por exemplo, transacionar no processo penal. O juiz comandar a marcha processual, em certo grau, para dar igualdade as partes colocando-as de forma paritária na disputa, ou apresentar e buscar provas para apresentar, como já apontamos³⁷⁵ não, propriamente, é anti-democrático, mas o que pretendemos analisar aqui é que essas decisões são políticas, nesse sentido pode-se argumentar que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, daí, novamente, dizer que mesmo em detrimento de uma parte específica, ao fim, o Estado/ juiz deveria assumir o ônus de aplicar plenamente cláusulas constitucionalmente políticas, e possivelmente, mais democráticas.³⁷⁶ Deve-se, ter um julgador ativista, no sentido de que a ele incumbe estar preparado para dar respostas³⁷⁷ ideologicamente comprometidas com o modelo ativo de Estado. Porém, bem leciona Zaffaroni “que o poder jurídico é sempre limitado e, por conseguinte, carece em absoluto de produzir uma mudança total da sociedade e da cultura nas dimensões e na profundidade que isso implicaria.”³⁷⁸

O caso do magistrado inserido no processo brasileiro, enquanto agente do sistema jurídico-penal, nos é apontado, com peculiaridade por Divan, por ser “o último dos atores jurídico-processuais que pode exercer alguma função de ‘controle’ do próprio exercício interventor”.³⁷⁹ Nesse aspecto, Damaska vai nos dizer, que o exercício desse *controle* sobre o processo não é tão discricionário, por ser de finalidade direcionada, ou melhor, é idealizado a partir de um Estado Ativo que objetiva implementar suas políticas³⁸⁰.

³⁷⁵ GOLDSCHMIT, James. *Derecho, Derecho Penale y Proceso I. Problemas fundamentales del Derecho*. Buenos Aires: EJE, 1936.

³⁷⁶ Lembramos novamente do estado de inocência como política constitucional.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 231. O referido autor analisa o Sistema “Common Law” norte-americano, ainda assim, como Damaska pesquisa, também, o modelo processual Continental Anglo-saxonico, na esteira deste último é que fizemos todas as comparações a seguir expostas, guardadas as devidas peculiaridades de cada modelo, mas sem se olvidar dos pontos em comum, como já referido, muito bem coparados sob o prisma damaskiano de exercício dos poderes estatais ativa ou reativamente, na busca de implementação de políticas ou solução de conflitos.

³⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 170.

³⁷⁹ DIVAN, Gabriel Antonolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 391.

³⁸⁰ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1986.

Mais uma vez, evocamos a verticalização jurisdicional como manuseio de um sistema que busca, hierarquicamente de vários níveis, o cumprimento dos fins – constitucionais – do ente estatal. Conquanto, há que se ter cuidado com utilitarismos político – ou intervencionismo bem-intencionado –, de acordo com autores como Lopes Jr.³⁸¹ e Divan³⁸², fazendo referências, na esteira do que apregoa Goldschmit, os referidos autores vão observar, em que pese a instrumentalidade do processo, há limites definido na Constituição que não podem ser ultrapassados. Nesse sentido a crítica feita acima não é exclusividade do Sistema da “Civil Law”, basta notar que no modelo da “Common Law” para Dworkin chama a atenção de que “Se o utilitarismo deve figurar como parte de uma teoria política funcional atraente, é preciso que seja ressalvado de modo a restringir as preferências a considerar pela exclusão de preferências políticas tanto do tipo formal quanto informal”³⁸³.

Há o desafio de descobrir qual é o limite dos limites, pois o Poder Judiciário controla³⁸⁴ materialmente a aplicação dos ditames legislativos, porém existem critérios fornecidos pelo eixo normativo constitucional através de princípios³⁸⁵, e pelo fundamento de significados axiológicos nele inserido.³⁸⁶ Isso porque, o processo não pode estar simplesmente a serviço de uma ideologia política *utilizado* como instrumento da pretensão punitiva do Estado. Na lição de Divan:

Se o processo penal possui alguma função político-constitucional a imantar sua real ‘instrumentalidade’, essa é aquela de proteção das garantias fundamentais plasmadas democraticamente. Visualizar no processo um meio de fazer aturar outros interesses políticos e de com ele implementar, literalmente, política(s) via

³⁸¹ AURY, Lopes Junior. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215576/cfi/154!/4/4@0.00:27.2>>. Acessado em 18 jan. 2017.

³⁸² DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 414-415.

³⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 542.

³⁸⁴ Em definição símia: DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007 e GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008.

³⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2012, p. 168.

³⁸⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

‘intervencionsimo’ e, mais grave, ‘ativismo’ jurisdicional deliberado, não pode estar em pauta.³⁸⁷

No intuito de melhor ilustrar a situação com exemplo prático, em comentários a recente lei da colaboração premiada Vinícius Vasconcellos preconiza que mesmo em modelos de justiça criminal negocial, como os da Lei 12.850/13 o papel do julgador é consolidado como “ator garantidor das regras do devido processo e dos direitos fundamentais do acusado, conforme orientação constitucional e convencional”.³⁸⁸ Por esse motivo, ao observarmos os outros atores do processo, percebe-se que quando há maior liberdade para as partes resolverem o caso penal, a partir de critérios de forma convencional, o juiz imparcial é parcial no sentido de que sejam respeitadas as cargas constitucionais inerentes ao ato, sem que isso o torne, por si, inquisidor.

Ainda em referência aos estudos do autor norte-americano, nos é rememorado que a decisão judicial deve ser fundada em princípios³⁸⁹, mas nos olvidarmos que a legislação, em especial a constitucional, nos apresenta preceitos políticos. Por essa razão, ao decidir o juiz deveria conjugar tanto aspectos de proteção individual – princípios – como coletivos – políticos –, a resposta certa, portanto, é quando uma norma é “justificada pelos dois tipos de argumentos.”³⁹⁰

As justificativas de ‘princípio’ argumentam que uma norma específica é necessária para proteger um direito individual que alguém (ou, talvez, um grupo) tenha contra outras pessoas ou contra a sociedade ou o governo como um todo. (...) as justificações ‘políticas’, por outro lado, sustentam que uma norma específica é desejável porque trabalhará pelo interesse geral, isto é, pelo benefício da sociedade como um todo.³⁹¹

Tomando por base os ensinamentos de Damaska que e levando em consideração o conceito que o qual Dworkin classifica como resposta certa,

³⁸⁷ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 416. (Grifos no original).

³⁸⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³⁸⁹ Mesmo sendo o objeto de estudo do professor Ronald Dworkin o direito norte americano, o processo constitucional penal brasileiro, também, é baseado em princípios. Com mais sagacidade aplicação de suas lições a esse momento do texto. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*; tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 558-559. Em sentido equivalente ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição À Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2018.

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*; tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 558.

³⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 558-559.

ousamos afirmar que esta será tanto mais correta quanto for mais adequada ao modelo e a ideologia estatal oriundo da combinação dos objetivos do Estado, mas somente isso, pois necessário resguardas as escolhas ativas do magistrado pelos seus princípios democráticos inserido na Constituição.

Se levarmos em conta que processos penais seriam menos custosos se fossem mais céleres, e se para isso, desconsiderássemos normas do devido processo legal, pois, com isso resultaria em uma maior sobra no orçamento público e esses valores poderiam serem direcionados a investimentos governamentais. Nesse modelo hipotético, em adequação a um Estado Ativo, que tenha como ideologia a implementação de políticas governamentais, deveria ser prioridade o bem-estar da comunidade, e este seria um ideal a ser perseguido pelos juízes penais, ainda que eventualmente, condenassem inocentes. Todavia, com maior inteligência, aqui, Damaska vai nos dizer que justiça, de forma substantiva implica na tomada de decisões por funcionários estatais que “mesclam sentido comum prático com normas políticas”³⁹². Em decisões limitadas pela instrumentalidade processual, diante das garantias de uma democracia constitucional, o princípio da presunção de inocência, por ela consagrado normativamente, deve “proteger um direito individual que alguém (ou, talvez, um grupo) tenha contra outras pessoas ou contra a sociedade ou o governo como um todo.”³⁹³ Em nossa tentativa de aduzir os conceitos de Geraldo Prado³⁹⁴, e Goldschmit³⁹⁵ projetando-os conjuntamente aos pensamentos acima, estar-se-á – democraticamente – respeitando o conceito de justiça quando “inegavelmente, também, em sua índole principiológica”³⁹⁶ estiver-se aplicando os princípios consagrados na Constituição, como o da presunção de inocência, ainda que, em um aparente detrimento da coletividade. Se todos são inocentes, comunitariamente, a aparente proteção pragmática de um é a consagração de inocência de todos.

³⁹² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Trad. Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 52.

³⁹³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*; tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 558.

³⁹⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁹⁵ GOLDSCHMIT, James. *Derecho, Derecho Penale y Proceso I. Problemas fundamentales del Derecho*. Buenos Aires: EJE, 1936.

³⁹⁶ DIVAN, Gabriel Antionolfi. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015, p. 448.

5 CONCLUSÃO

É difícil desenhar um perfil para o juiz, sabemos que não podemos fazer uma leitura acerca de questões pessoais incutidas em sua psique, mas importante a possibilidade de dedução que, como alguns sociólogos apresentam, considera certos elementos externalizados. Não apontamos que há esse ente titereiro que comanda as cordas do agir dos magistrados, mas também é correto afirmarmos que ao analisarmos determinadas condutas, traduzidas nas propostas da Associação dos Magistrados Brasileiros, podemos concluir que existe uma forte tendência em manter – culturalmente – o controle exercido por eles sobre o processo de forma ativa.

O âmbito jurisdicional brasileiro está ligado a mentalidade específica, na trilha de Franco Cordero, Jacinto Miranda Coutinho e Aury Lopes Jr. – inquisitorial, e a lei processual por externar esse caráter, passa a ter significado de salvaguarda justificadora para a generalização do pensamento punitivista dos juízes penais. Porém, não se pode atribuir a postura ativa dos magistrados exclusivamente a cultura inquisitiva.

Há sim algo atrás da cortina, segundo Damaska o modelo de Estado, sua ideologia, a busca de seus objetivos, e a forma como seus funcionários são organizados. No caso Estado brasileiro, tendo como base a Constituição, eis que um Estado Democrático de Direito, estamos a falar de Estado Ativo, de ideal hierárquico, que busca a implementação de suas políticas. Porém, somente com estes conceitos bases, não há como afirmar que a atividade dos juízes seja preconizada por um processo inquisitorial. Retomando a afirmação anterior, ante sua fundamental importância, quando classificado como “democrático” o processo penal é incompatibilidade com o Sistema Inquisitorial.

Ao entendermos ser o modelo brasileiro o de Estado Ativo, e nossa Constituição da República, claramente, implementadora de políticas, passa a ser consequência disso a influência desta nos funcionários do judiciário, a explicar suas atitudes, a partir de certos elementos normativos, mas também culturais, pois temos conhecimento que:

Se, o poder está, e nesse modelo estatal a necessidade de que os juízes implementem políticas públicas os coloca como ativistas do Estado, isso implica em dizer que tal poder está neles em maior grau;

Em princípio, ninguém quer deixar de estar no poder, nem diminuir a sua possibilidade de exercício, logo, quanto há expectativa de mudar de um Sistema Inquisitório para um Sistema Acusatório (diminuição do controle), o que refletiria na organização hierárquica do Judiciário, nos parece visível, como na proposta da Associação dos Magistrados Brasileiros, que isso geraria (gera) grande resistência de adoção pelos juízes penais, visto que, propõe a manutenção do sistema processual atual.

Se temos um Estado Ativo, que implementa políticas, ele exige de seus funcionários uma postura ativa nessa implementação. Ainda acerca do caso brasileiro entendemos como possível duas probabilidades:

Estamos falando de um processo penal constitucional, ele deverá ser acusatório. E, em que pese a necessidade de um juiz ativista, este não é completamente livre para buscar justificativas nas políticas públicas. Há, em nossa democracia, limites claros que devem ser respeitados, ou seja, o objeto idealizado pelo Estado não é um coringa que permite quaisquer atos, portanto, a discricionariedade é altamente delimitada.

Todavia, ao tratarmos do mesmo modelo estatal com foco só no Código de Processo Penal, levando em conta seus valores, estaremos lidando com um processo de um juiz fortemente ativo, mas, e aqui a principal diferença, com limites muito menos efetivos, e, por conseguinte, permissivo de uma inquisitoriedade, a qual, repetimos, advém do próprio código.

E, para concluir, segundo o Código de Processo Penal Brasileiro, inquisitorial e fascista, a partir de um constitucionalismo de juízes ativos na implementação de políticas poderíamos ter (de fato temos) um magistrado com essa postura. Contudo, e aqui nosso verdadeiro fechamento, a premissa é falsa, pois isso não é o que preconiza a Constituição. Temos que diferenciar duas situações: uma é juiz que, ativamente, efetiva políticas constitucionais, mesmo fazendo isso em processo penal de cunho inquisitorial, ele acredita que está desempenhando seu papel de agente político, em um Estado Ativo, que objetiva a implementação de políticas, o qual deve ser ativo. Ele entende os limites principiológicos individuais da Constituição, e aplica as cargas do processo a favor do réu, agindo, porque deve agir, mas para proteger quem deve ser protegido; outra é o juiz fascista que utiliza a ideologia do código, a partir de uma cultura inquisitória, mas que transveste o ideal constitucional para fundamentar o

exercício ativo de seu poder jurisdicional. Um magistrado que sabe das garantias constitucionais, mas que cega para elas, ou pior finge não ver, alegando que busca implementação de políticas do Estado Ativo. Por isso, que melhor, ou mais democrático é não agir, ou deixar somente as partes agirem, porque o risco de junção entre em Código de Processo Penal como o nosso, aliado a possibilidade, por si só, de se ter funcionários estatais ativistas é a de praticarem um ativismo fascista.

Tendo por base nossos três principais marcos teóricos podemos construir um processo democrático, em um Estado Ativo, exercido por um magistrado encarregado de implementação de políticas, tabulados pelos limites da democracia constitucional brasileira.

Nos três vieses, liberais, temos pensamentos diferentes de processos no Estado, ainda assim é possível apontarmos a lente para o ponto comum, em nosso entendimento para:

Dworkin, a partir de um pensamento de Direito como um sistema em si, estabelece proteção a ameaça das individualidades a partir de políticas públicas de promoção do bem-estar, as liberdades individuais não deveriam ser restringidas, a não ser que diante da possibilidade de ameaças do Estado ou das maiorias, limitem-nas para proteger as individualidades. Estas últimas prevalecem, o que deve ser efetivado, no Estado Democrático de Direito, através dos princípios individuais consagrados na Constituição, mesmo que em detrimento da política;

Goldschmitz, agora falando de processo penal propriamente, preconiza haver princípios processuais que expressam significado e o limite mínimo de individualidades a serem protegidos. Sim, ele afirma que mais democrático será o processo penal, quanto maior ação das partes e menor exercício do poder dos juízes no processo, mas ele também deixa claro que o funcionário estatal deve exercer seu papel de maneira a preservar a carga da presunção da inocência, isto é, existe um limite imposto pela Constituição, o processo democrático é o que protege o cidadão de ameaças eventuais do juiz/ estado e do abuso do direito acusatório.

Damaska em seu Estado ideologicamente Ativo, e sob este, no aspecto de implementação de políticas públicas – observado na Constituição da República Brasileira –, aponta o procedimento correto ao maximizar ou aumentar

a probabilidade de incorporação da política de estado no caso prático, ou seja, fazer justiça é implementar um processo penal com menos possibilidade de ação das partes – defesa e acusação – e maiores poderes discricionários do estado/juiz, para que esse funcionário estatal busque a efetivação da referida ideologia de implementação políticas. Contudo, ele também vai nos dizer, ainda, que no Estado Ativo o exercício desse controle sobre o processo não é tão discricionário, pois evidente que a carga axiológica inerente ao julgador, que verdadeiramente o impulsiona para a tomada de decisões não pode ser anti-democrática, eis que advinda de uma democracia, portanto, com a necessidade de respeito a forma do processo. Ou seja, a Norma fundante do Estado elege parâmetros mínimos, aqui entendidos como justificativas políticas escolhidas pelo constituinte originário – que devem, mais do que a busca da implementação de políticas, serem aplicados, como é o caso do *in dubio pro reo*. Sob este aspecto um procedimento correto é o que maximiza ou aumenta a probabilidade de incorporação da política de estado no caso contingente, ainda assim, fazer justiça, nesse modelo ideológico, ocorrerá na medida em que a política de Estado siga os limites constitucionais.

De acordo com o que já referimos existe sim uma cultura inquisitorial entre os juizes, e há fortes indícios, como extraímos das sugestões da Associação Nacional de Magistrados, que assim se mantenha, ou queiram mantê-la. O processo penal está no momento que está porque, sim a estrutura do código processual é inquisitorial de origem fascista, mas é preciso ir além, para dizer que toda a estrutura da teoria do processo e sua aplicação pragmática têm um momento anterior de fundamentação, que é o modelo de Estado no qual se insere. Atribuir a maneira ativa como os magistrados controlam a marcha processual não nos apresenta todos seus amplos anteriores motivos. O processo se desenvolve a partir das ideologias estatais, sendo então adequada a um modelo de Estado ativo ou reativo, para assim erguer as bases estruturais que irão formar a moldura do processo.

É o pensar a partir da Constituição que o legitima, é dela que se extraem os patamares mínimos. Valores que foram eleitos e que ela quer ver implementados. Democracia com nos lembra Zaffaroni, é dizer que as pessoas tenham patamares mínimos a serem respeitos, e tais, em nosso Sistema Jurídico estão expostos na Constituição. Ela nos diz que temos um Estado Ativo,

implementador de políticas, e por conseguinte, que os funcionários estatais exerçam seus poderes de maneira mais ativa, para dessa forma cumprirem suas obrigações, mas ela também nos diz, e com maior importância, que é seu dever fazê-lo de maneira democrática, o que significa dizer, que devem respeitar o devido processo legal, devem garantir o exercício da ampla defesa, e promover a presunção de inocência, ativamente.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977320/cfi/6/30!/4/56/18@0:12.2>. Acesso em 22 mar. 2018
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975159/cfi/6/18!/4/134/2@0:100>. Acesso em 22 mar. 2017
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2012
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2018
- BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Trad. António José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005
- _____. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012
- _____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001
- BOURDIEU, Pierre. *La distinction*. Paris: Minuit, 1980
- BRASIL. *Constituição Federal*, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 mar. 2018
- _____. *Decreto-Lei n. 3.689/41*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 22 de mar. 2017
- CABRERA, Michelle Girona. O inconsciente inquisitório no processo penal brasileiro. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional "diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália"*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CARVALHO, Salo. *Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial*. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/5183/3898>. Acessado em 20 mar. de 2018

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em 22 fev. 2018

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1986

_____. *Procedimento penal*. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000 apud ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Renovar, 2001

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. ano 30, n. 30. Curitiba, 1998

_____. O papel do novo juiz no processo penal. IN: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Renovar, 2001

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Tradução de Adrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986

DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997

_____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

_____. *Processo Penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015

DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma Releitura da diagnóstica lacaniana a partir do perspectivismo animista*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n1/v23n1a06>. Acesso em 28 fev. 2018

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

EAGLETON, Terry. *Ideología: una introducción*. Barcelona: Paidós, 1999

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002

_____. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015

_____. *Vigiar e punir*. 6. ed. Tradução de Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis : Vozes, 1988

GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008

_____. *Castigo y Sociedad Moderna*. Argentina: Siglo Veintiuno, 2010

GIACOMOLLI, José Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497812/cfi/130!/4/4@0.00:48.1>. Acesso em 17 mar. 2018

GLOECKNER, Ricardo. *Nulidades no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

GOLDSCHMIT, James. *Derecho, derecho penale y proceso I: problemas fundamentales del Derecho*. Buenos Aires: EJE, 1936

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books. 2012

KINIJINIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. 20. ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2009

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215576/cfi/154!/4/4@0.00:27.2>. Acesso em 22 mar. 2018

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522490813/cfi/91!/4/4@0.00:36.8>. Acesso em 22 mar. 2018

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de história do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5099-6/cfi/6/20!/4/18/2/2@0:53.7>. Acesso 22 mar. 2018

MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522481903/cfi/58!/4/4@0.00:0.00>. Acesso 22 mar. 2018

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522476923/cfi/59!/4/4@0.00:48.2>. Acesso em 12 mar. 2018

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5565-6/cfi/6/110!/4/2/56/2@0:77.3>>. Acesso em 9 mar. 2017

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000

NICOLAU, Eymerich. *Manual dos inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

PIMENTA, José da Costa. *Introdução ao processo penal*. Coimbra: Almedina, 1989

Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009.

POLI, Camilin Marcie. *Mentalidade inquisitória: memórias de um jurista italiano*. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152724/cfi/93!/4/4@0.00:35.7>. Acesso em 22 mar. 2018

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

ROUANET, Sergio Paulo. *O mal estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Direitos individuais e processo penal na Itália republicana*. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

_____. *A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro*. In: PAULA, Leonardo Costa de; COUTINHO, Jacinto Nelson de; LAMY, Anna Carolina Pereira C. F. (orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil Law e de common Law*. *Revista de Processo*. vol. 110, abr. 2003. São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 141-158

TIEDEMAN, Klaus. *El derecho penal: introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Tradução de Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Ariel, 1989

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1980

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: Temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994

WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito e no processo penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan

____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: Volume 1: parte geral*. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003