

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS -**  
**DOUTORADO**  
**SISTEMAS JURÍDICO PENAIIS CONTEMPORÂNEOS**

DANIEL KESSLER DE OLIVEIRA

**EXPECTATIVAS E JURISDIÇÃO: A CULTURA AUTORITÁRIA**  
**COMO CONDICIONANTE DA ATUAÇÃO DO JULGADOR NO**  
**PROCESSO PENAL**

Porto Alegre

2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

**Daniel Kessler de Oliveira**

**EXPECTATIVAS E JURISDIÇÃO: A CULTURA AUTORITÁRIA  
COMO CONDICIONANTE DA ATUAÇÃO DO JULGADOR NO  
PROCESSO PENAL**

Tese apresentada ao Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso de Lima Lopes Junior

Porto Alegre

2021

**Daniel Kessler de Oliveira**

**EXPECTATIVAS E JURISDIÇÃO: A CULTURA AUTORITÁRIA  
COMO CONDICIONANTE DA ATUAÇÃO DO JULGADOR NO  
PROCESSO PENAL**

Tese apresentada ao Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso de Lima Lopes Junior

Aprovada em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Orientador: Prof. Dr. Aury Celso de Lima Lopes Junior**

---

**Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan - Examinador**

---

**Prof. Dr. Rubens Casara - Examinador**

---

**Prof. Dr. Rui Cunha Martins – Examinador**

---

**Prof. Dr. Salah Hassan Khaled Jr – Examinador**

*À minha filha Aurora.*

*Para ti e por ti.*

*Tudo. Sempre.*

## AGRADECIMENTOS

Não se chega a nenhum lugar sozinho. O dever de gratidão não é superior a alegria do poder de gratidão. Poder agradecer por ter pessoas que cruzaram nosso caminho é o sinal de que tivemos companhia na trilha que escolhemos, que não andamos sozinhos e que tivemos em quem nos espelhar, nos guiar e, até mesmo, nos segurar quando necessário foi. Essas pessoas, nem sempre sabem a importância que tiveram na jornada, mas é importante que elas saibam quem são, que nunca percamos a capacidade de expressar a importância que as pessoas têm em nossas vidas. Para estas, dedico esse grande momento em minha vida.

Inicio agradecendo ao meu professor orientador Aury Lopes Jr., o que ele representa pra mim em termos de exemplo, de referência, de inspiração em como conceber o processo penal e todos os seus desdobramentos já seria o suficiente para fazer de mim um eterno devedor. No entanto, para além disso, nesses mais de quatro anos pude ser agraciado com a generosidade e a confiança deste, no auxílio, na defesa e no oferecimento de oportunidades, o que aumentou ainda mais a minha dívida e me tornou ainda mais grato, diante da amizade que a mim foi demonstrada.

Agradeço à CAPES pela bolsa que me fora concedida. Sem esse custeio a pesquisa teria sido impossível de ser realizada, em um momento de escassos recursos e de falta de priorização no investimento em pesquisas, me sinto extremamente privilegiado por ter tido essa oportunidade que, infelizmente, não chega a todos os pesquisadores e pesquisadoras do país.

É fundamental agradecer a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, uma casa que me anima estar e que, no cenário pandêmico, tive de me contentar com um olhar à distância. Agradeço todos os funcionários, o que faço, justa e merecidamente, na pessoa da funcionária Márcia Lopes.

Todos os professores do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais merecem um agradecimento por aquilo que fazem, por fomentarem uma visão crítica e incentivarem uma ruptura com o pensamento ensimesmado do senso comum. Nominar todos seria impossível, mas não há como deixar de referenciar uma das mentes mais brilhantes com as quais tive o privilégio de aprender: professora Ruth Gauer. Um agradecimento muito especial aos professores Nereu Giacomolli, Fábio D'ávila, Jacinto Coutinho e Marcelo Ruivo.

Aos professores que integraram a banca de qualificação e que, com isso, conseguiram dar um melhor norte à pesquisa que se iniciava: Rui Cunha Martins, a quem devo muito da pesquisa. Celso Rodrigues e Ricardo Gloeckner, com quem sempre é um privilégio aprender e testemunhar o brilhantismo de suas lições.

Aos queridos e queridas colegas da PUCRS, da turma de Doutorado e, também, do Mestrado. Pessoas com quem dividimos as angústias e que, por vezes, eram as únicas que pareciam nos compreender. Adriane Pires, Bruno Rigon, Elisa Schultz, Marion Bach, Sarah Puthin, Fernanda Martins, Tiago Castilhos, Simone Schroeder, Thiago Bunning, Marcos Melo, Ítalo Rabelo, Carlos Hélder e Felipe Bertoni, meu muito obrigado!

Alguns parceiros desta trilha que com poucas conversas por ocasião da pós graduação na Feevale, muito me ensinam sempre, Salah Hassan Khaled Jr, Alexandre Morais da Rosa, Jader Marques e Gabriel Divan. Ao meu grande parceiro, que sempre auxiliou nas reflexões sobre a pesquisa, sobre o mundo e sobre o Grêmio: meu amigo Marco Scapini. Colegas da Feevale que deram o suporte, muitas vezes, para que eu pudesse cumprir as atividades acadêmicas, na impossibilidade de nominar todos, não posso deixar de referenciar os grandes amigos Cássio Bemvenuti, Diogo Carvalho e Lisandro Wottrich.

À família Iob & Kessler. À querida amiga Raquel, ao grande amigo Eduardo que, além de tudo, ainda auxilia nas traduções de todos os resumos e ao meu sócio há 11 anos e companheiro de luta que sempre segurou as pontas para que a dedicação às atividades acadêmicas pudesse acontecer: Luciano Iob.

À minha família, meus irmãos professores Lucas e Cristiane que tanto me ensinam e me inspiram com profundas conversas. Minha avó Maria Teresa Kessler que não perde uma oportunidade de mostrar o quanto acredita e se orgulha de seus netos. Ao meu pai Luiz Antônio, que venceu a duras penas essa doença maluca que assombra o mundo desde 2020 e nos mostrou a importância de dar valor aos momentos simples da vida. À minha mãe, Professora Maria Cristina Kessler por tudo, por coisas que não cabem num texto e que, tenho dúvidas, se a língua portuguesa tem condições de descrever com um mínimo de exatidão

À Mariana Calligaro, por sempre ter me incentivado e ter feito o possível para que o meu sonho de um dia ser Doutor em Ciências Criminais fosse possível. Por fim, para a pessoa a quem dedicarei tudo o que eu vier a conquistar. A responsável pelos meus mais sinceros e melhores sorrisos, por quem eu tento ser sempre o melhor que eu conseguir: minha filha Aurora.

## RESUMO

Apostar na centralidade da figura do julgador é marca na cultura jurídica brasileira. Exemplos históricos demonstram o quanto a aposta no protagonismo judicial e a crença na infalibilidade daquele que se vê investido no poder de julgar consolidam a tradição jurídica brasileira. Tradição esta que se apresenta permeada por um autoritarismo estrutural, uma ampla tolerância para os desvios éticos de alguns e um discurso seletivo de tolerância zero aos desvios de outros. Uma polarização que reduz a complexidade dos temas envolvidos na questão do processo penal e fomenta uma atuação autoritária, de restrição dos direitos individuais e fortalecimento do poder do Estado, nesse cenário representado pela figura do julgador. Marcado por essa carga cultural, o julgador adentra no processo influenciado por expectativas das mais variadas e que lhe projetam um espectro de atuação. Se espera do julgador uma determinada atuação e isso faz eclodir a questão acerca das expectativas a que deve corresponder o juiz em matéria criminal. De todas as respostas possíveis se extrai mais problemas do que conclusões, o que exige uma reflexão ciente de que o labor almejado deve se contentar com a redução dos danos, sob pena de incidir no reducionismo que tanto se denuncia. Mas essa carga de expectativas que podem ser sociais, políticas, jurídicas ou outras, conduz a uma ideia de preenchimento, que será realizada pelo julgador objetivando atender à estas, haja vista a estruturação potencializar uma atuação autoritária ao passo que inibe, coíbe, quando não pune, magistrados que desafiem a atuação em conformidade com a maré de expectativas projetadas. Os efeitos disso no processo penal brasileiro, são enormes, vindo de reformas legislativas, a novos entendimentos jurisprudenciais, evidenciando os sintomas de toda essa estruturação autoritária do processo penal. Estes efeitos, extrapolam os limites de um caso concreto, de um determinado julgamento, possuindo nítido e inevitável efeito na seara política e, por conseguinte, na vida de toda uma nação, foi o que pode se verificar na análise de casos emblemáticos no Brasil, como o mensalão e o caso do ex-presidente Lula na Lava Jato. O que decorrerá disso para o processo penal ainda é incerto, frutos destas escolhas irão ser colhidos por muitos anos, mas a reflexão que precisa ser realizada é para saber se é possível, ainda, salvar o processo penal brasileiro ou se caminhamos no sentido inverso, que culminará no sepultamento deste, enquanto garantia fundamental de qualquer cidadão e cidadã.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Jurisdição Penal. Autoritarismo. Imparcialidade do Julgador. Expectativas.

## ABSTRACT

In the Brazilian law environment, betting in the impartiality of the judge is a common sense. In history, we could point several examples that could demonstrate how much this establishment embraces the Brazilian law culture. This tradition presents itself fueled by an structural authoritarianism, a huge tolerancy for the ethical issues of a few ones and a 'zero tolerance' speech to other specific cases. A polarization status that reduces the complexity of the subjects in the criminal law procedures and encourages an iron fist atuation of the law, pervaded with several basic rights being violated in order to preserve the authority of the State, in this cenary, presented by the judge figure. Characterized by the culture sense, the judge goes thru the process totally influenced by many public expectations, from all sorts and this expectations projects a script of actuation. It is wanted from the judge that he acts in a certain order and this is the main issue of the question in a matter of criminal law application. From all possible awnswers we get more doubtt that certains, and this demands a reflection in order to work seeking a damage reduce politic under the penalty of getting into the so criticized 'reducionism'. Nonetheless, this expectations created could be a matter of social issues, political issues, lawfare and so many others issues and also conduce to a fullfilment ideia that could be used by the judge to awnser the expectations in order to avoid the missconducts of the state judges. So, the judge distorces the law interpretation in order to attend the expectation when he should be encouraged to apply the law, despite the public opinion on that matter. The effects of this method on the Brazilian criminal law procedure are overwhelming, going thru law makeovers and brand new jurisprudential interpretations, putting into the light all the sintoms due this authority infrastructure in criminal law procedure. This effects goes beyond the limits of a concrete case, in a determinated trial, mixing itself with political issuals and, thru this, in the very life standards of a nation citizens. This is extremely noticeable in many famous trials in Brazil such as the 'mensalão trial' or even the former president, Mr. Lula da Silva, trial, the so called 'Lava-Jato' trial (carwash-trial). The legacy of such developments to the Brazilian law procedure study stills uncertain. Only time will assure what will happen in matter of criminal law security, but the reflection that is demanded is to assure if its possible to rescue the democratic Brazilian law procedure or if we are in a hole diferent way of dealing with this matter, witch will end in his burial when it should be the most fundamental garanty against the authoritarianism of the State.

**Key Words:** Criminal Law Procedureo cc. Criminal Jurisdiction..Authoritarianism. Impartiality of the judge. Expectations.

## SUMÁRIO

<b><u>INTRODUÇÃO</u></b> .....	<b>10</b>
<b><u>1 A MATRIZ AUTORITÁRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</u></b> .....	<b>14</b>
1.1 Ordenações do Reino e a Formação da Cultura Jurídica Nacional .....	16
1.2 Política Processual Penal e a Tradição Jurídica Brasileira: O Autoritarismo Estrutural.....	28
1.3 A Matriz Doutrinária e a Cultura Autoritária como Condicionantes das Expectativas em Torno do Julgador Criminal .....	44
1.4 Periculum in “Moro” e o Triunfo do Autoritarismo Processual .....	59
<b><u>2. PROCESSO PENAL, JULGADOR E EXPECTATIVAS</u></b> .....	<b>72</b>
2.1 Processo Penal e o “Direito” de Punir: as Marcas da Centralidade do Julgador na Definição de Jurisdição.....	74
2.2 O Lugar do Juiz e os Sistemas Processuais Penais.....	91
2.3 A Busca da Verdade e as Expectativas Sobre Humanas: A Verdade como Confirmação no Processo Penal.....	110
<b><u>3. EXPECTATIVAS EM TORNO DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL</u></b> ..	<b>129</b>
3.1 Expectativas Sociais: Perfil da Magistratura Brasileira e Método de Seleção: .....	131
3.1. 1 Publicidade e Espetacularização: Senso Comum, Mídia E “Voz Das Ruas”: ...	145
3.2 Expectativas Políticas: O Julgador A Serviço De Interesses De Governo: .....	173
3.3 Expectativas Jurídicas: Instrumentalidade Processual e Tecnicismo: .....	188
3.3.1. Instrumentalidade Processual Penal: .....	194
3.3.2 O Movimento Direito Alternativo: .....	202
3.4 Expectativas Probatórias. Vinculação ao Conteúdo dos Autos. Mas, afinal a que(m) se destina a prova? .....	216
<b><u>4. TENSIONANDO EXPECTATIVAS, HORIZONTES DE PREENCHIMENTO NA LEGISLAÇÃO E O DESAFIO DO JULGADOR</u></b> .....	<b>232</b>
4.1 Jurisdição como Garantia e a Imparcialidade Judicial como Categoria Jurídica Imprescindível:.....	232
4.2 Expectativas Internas: O Problema da Contaminação da Decisão Judicial e a Atuação de Ofício.....	246
4.3 Relativização das Formas: Eficientismo Processual e a Derrocada do Devido Processo Penal.....	266
4.4 Processo Penal Premial e a Busca Pela Confissão: .....	289
<b><u>5. A CARGA DE EXPECTATIVAS MANIFESTADAS EM IMPORTANTES JULGAMENTOS PARA A VIDA POLÍTICA DO PAÍS</u></b> .....	<b>304</b>
5.1 Ação Penal 470 – Caso Mensalão: .....	305
5.2 Operação Lava Jato – Habeas Corpus Caso Lula:.....	342
<b><u>conclusão</u></b> .....	<b>389</b>
<b><u>referências</u></b> .....	<b>400</b>

## INTRODUÇÃO:

A que expectativas deve corresponder um juiz criminal? Esse é o questionamento que se apresentou como propulsor da presente pesquisa. Afinal, o estudo sobre a atuação do julgador e sobre o seu papel dentro do processo penal é extremamente importante, o que não permite atribuir a este o adjetivo de “ultrapassado”, “batido” ou “superado”. Obviamente que muito se fala e se falou acerca do tema, o que apenas denota sua fundamental relevância.

Essa relevância se evidencia quando o necessário distanciamento prático para que as ideias teóricas possam florescer, acaba por representar uma distância abismal entre os aspectos teóricos e (muitas vezes) as práticas forenses. Dentre as causas de tal fenômeno, certamente, se pode atribuir o *protagonismo judicial*, a crença na sacralidade da atuação do Magistrado e na sua superioridade ética, moral e intelectual que, por vezes, o torna o senhor do processo e do Direito a ser aplicado.

A evidência disso é clara demais para ser negada. A existência de entendimentos discrepantes entre juízes da mesma comarca, entre desembargadores da mesma Câmara ou Turma, entre Ministros do mesmo Tribunal é evidente. Certamente, há uma margem interpretativa, um aspecto a ser preenchido a partir da compreensão de cada intérprete, o que é natural e inevitável em qualquer campo do conhecimento. No entanto, no Direito, tal fenômeno vem atingindo patamares preocupantes, as construções doutrinárias e as lições teóricas esbarram, muitas vezes, em um saber pragmático, reducionista e autoritário, no estilo do “é assim, pois sou eu quem decide”. O ambiente acadêmico deve tentar trazer as respostas para os dramas que cercam o objeto de estudo, mas não pode olvidar de um papel social de uma avaliação que permita a problematização concreta das questões que estão a decidir, cotidianamente, a vida das pessoas em processos criminais por todo o país. Quando não for possível se atingir respostas que, ao menos, influenciado pelas lições fundamentais da filosofia, se consiga apresentar as perguntas, os questionamentos necessários para uma evolução do pensamento e para uma ruptura com crenças reducionistas e ensimesmadas.

O presente estudo se lança nessas águas tortuosas. A provocação que nasceu em uma conversa do Professor Aury Lopes Jr com o Professor Rui Cunha Martins, fora apropriada (não sei se devida ou indevidamente, mas com o consentimento de ambos) e transformada em uma pesquisa de doutorado em Ciências Criminais pela Pontifícia

Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na linha de Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

O desafio é enorme, uma pergunta que poderia ser capaz de explicar os problemas centrais de um processo penal espetacularizado, incerto, imprevisível e com limites facilmente transpostos e relativizados. Obviamente esta pretensão estaria muito acima dos limites do presente estudo e das nítidas limitações do Autor. Entretanto, para se responder ou tentar responder o questionamento propulsor da pesquisa, se faz necessária uma análise mais profunda daquilo que pode ser demonstrado como causa ou consequência deste duelo de expectativas que cerca aquele ou aquela investidos do poder de decidir em matéria penal. Para além disso, quais os sintomas, ou seja, como é possível se verificar a influência disso em proposições legislativas, em dispositivos legais, em interpretações acerca de textos de lei e institutos jurídicos, bem como em decisões sobre casos concretos.

Para que isso seja possível, é preciso, sempre, um breve apanhado histórico que possa demonstrar, ainda que em breves linhas, as marcas de uma cultura, não somente jurídica, mas, principalmente jurisdicional, visando compreender as marcas de uma formação de uma tradição na compreensão do ato de julgar e na percepção sobre o julgador. Uma vez que este imaginário social irá influenciar a forma de atuação, ao passo que, igualmente, influenciará a percepção que o próprio julgador terá de sua função.

A relação do processo penal com a política é, também, evidente e extremamente clara para quem compreende os problemas dentro de sua complexidade. Dessa forma, não há uma análise que se pretenda ampla do processo penal que não avalie os aspectos políticos de sua formação e aplicação. O processo penal vigente no Brasil até os dias atuais é nascido em um berço autoritário, gestado em ventre fascista e como é possível sua sobrevivência em ambientes democráticos? O quanto da cultura gerada naqueles primórdios da legislação ainda marca a sua aplicação para lhe permitir sobreviver em um ambiente que, deveria ser, de hostilidade e inadmissão de anseios que desprezem os valores, tão caros, à um Estado Democrático de Direito. Estando essa cultura a fomentar a centralidade do julgador, episódios históricos de figuras emblemáticas que marcaram com suas atuações a legislação processual penal ou a sua aplicação, também precisam ser avaliadas, por dizer muito acerca do que se buscará estudar. Nesse sentido, a análise e semelhança entre as figuras de Francisco Campos e Sergio Moro, de suas manifestações e efeitos disso para o processo penal, poderá explicar esse fenômeno e abrir os olhos para situações que podem sempre repetir-se.

Partindo da ideia que uma análise do processo penal, exigirá, sempre uma apreciação do papel do julgador, fruto de uma estrutura que incentiva (e até exige) sua centralidade, não se pode avaliar o papel exercido pelo juiz sem que se avalie o seu local, ou seja, a sua posição dentro do desenho processual penal. O local que será ocupado pelo julgador dirá muito sobre sua forma de atuação e, historicamente, isso fora objeto de grandes debates e de enormes problemas em termos de definição sistemática do processo penal. Aquilo que se espera do juiz será dito de forma muito clara a depender do local em que este é colocado, o que torna tal análise fundamental para as reflexões pretendidas no presente estudo. Importante, de igual forma, ao se pretender analisar local e função, que se avalie o central do tema da *busca da verdade*, haja vista que o depósito de determinadas expectativas sobre aquele investido de decidir o caso penal, irá refletir sobremaneira em sua atuação.

Após esta reflexão sobre as problemáticas advindas da crença na revelação da verdade e na legitimação a essa busca, partindo-se da ideia central do presente estudo de que toda expectativa conduz a uma ideia de preenchimento e que isso no processo penal mostrará o tipo de processo penal a ser realizado, na medida em que o julgador tenderá a preencher sua atuação de acordo com aquelas expectativas por ele internalizadas, com aquilo que ele, acredita, ser sua função. Para isso, pretender-se-á uma análise acerca das possíveis expectativas a influenciarem/conduzirem a atuação do julgador, avaliando, possíveis, consequências de uma atuação que vise à satisfação de interesses sociais, políticos, jurídicos ou probatórios. Será possível definir algum destes como ideal ou todos apresentam suas vantagens e inconvenientes? É possível definir as expectativas que deverão ser correspondidas pelo julgador ou se deve trabalhar em uma lógica de redução dos danos e se aproximar, o tanto quanto seja possível, de uma atuação mais adequada ao modelo de processo penal almejado pela Constituição?

Após essas repostas ou mesmo diante do não alcance delas, é importante que haja o tensionamento dessas cargas de expectativas e como elas se apresentam no ordenamento jurídico vigente e, mais precisamente, na aplicação concreta. De que forma essas expectativas depositadas apresentam uma trilha a ser seguida pelo julgador e se transformam em disposições de lei, em entendimentos consolidados ou em proposições legislativas? Quais os sintomas de tudo isso no atual momento do processo penal brasileiro e o que se projeta a curto e médio prazo? Tal análise corre o risco de pecar pela amplitude, mas não pode deixar de se dedicar a uma análise concreta e efetiva dos

problemas processuais penais que decorrem ou fomentam essa busca por satisfação de expectativas de que se incumbe o Magistrado.

Como uma análise empírica restaria impraticável ou insuficiente, se objetiva uma análise mais aproximativa e, até mesmo, simbólica do fenômeno. A análise seria impraticável pois não haveria como analisar todos os julgados do país ou do estado e, portanto, seria insuficiente, se buscase se ocupar de um número restrito de profissionais da Magistratura. Por isso, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, atuou como julgador criminal, na Ação Penal n. 470, caso Mensalão, bem como é instado seguidamente a se manifestar sobre questões penais e processuais penais, a exemplo do *Habeas Corpus* 126.292 ou, mesmo no caso, envolvendo o ex-presidente Lula na discussão sobre a prisão em segunda instância, a apreciação de decisões do Supremo e dos votos dos Ministros e Ministras da Corte poderá apresentar uma importante reflexão sobre o tema aqui versado, ou seja, o quanto aspectos políticos e sociais podem influenciar em decisões criminais. Com isso, buscar-se-á a análise destes julgados, por considerar imprescindível para a discussão político-jurídica do processo penal brasileiro, analisar casos envolvendo *o Mensalão* e *a Lava Jato*, seja pela repercussão do caso, pela projeção dos seus efeitos e pela cobertura midiática a apresentar um quadro de expectativas aos Ministros, que por ocuparem o topo da carreira jurisdicional, inevitavelmente, influenciam julgados em todo o país.

Ao final da presente pesquisa, se espera ter uma resposta mais adequada, se não para o questionamento central (*a que expectativas deve corresponder o juiz criminal?*) para outras periféricas como *o que se espera do julgador, como ele introjeta essas expectativas e o que é possível fazer em termos de estruturação processual para se evitar o coronelismo judicial*, do julgador como senhor supremo do processo. O desafio está lançado, os mares tortuosos de uma pesquisa complexa e vaga, não impedirá que se chegue a um desembarque e que aportemos transformados pela navegação, com respostas e, principalmente, com novas perguntas, pois são estas que nos movem.

## 1. MATRIZ AUTORITÁRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Para se compreender o atual estágio da sistemática processual penal brasileira, seja quanto à existência prática ou, ainda, em relação às doutrinas que embasam a prática forense é fundamental compreender o ambiente e a cultura em que tais conceitos foram forjados, descobertos ou criados. Até porque, como sustenta Goldschmidt, o *direito é um produto cultural*.<sup>1</sup> A discussão que marcará toda a pesquisa que se desenvolverá nos tópicos e capítulos subsequentes busca a avaliação das expectativas em torno da atuação jurisdicional a partir de uma análise de suas causas e (reais e potenciais) consequências disto. Sendo fundamental então que, já desde o início, esteja muito clara a perspectiva em que se trabalha com a noção de expectativas, sem prejuízo de que, ao longo da pesquisa, tais conceitos voltem a se fazer presentes, no afã de evitar incompreensões.

A perspectiva aqui trabalhada, inspira-se nas lições do professor Rui Cunha Martins, que trabalha com os *regimes de expectativa*, definindo que: i) a expectativa se inspira no real e arranca dele, estimando-o enquanto campo de experiência por ela filtrado a fim de eleger o que pode presumir-se por expectável; ii) dado que o expectável visa ser respondido, toda expectativa antecipa um determinado *preenchimento*, uma projeção de um conhecimento prévio naquilo que se espera; (iii) o sentimento de um preenchimento corresponde à satisfação de algo que começa por se apresentar como um *desejo* e que, de alguma maneira, deve ser cumprido; (iv) o caráter *alucinatório* dessa expectativa radica tanto na vontade de preenchimento quanto na prévia instrução dessa vontade a partir da lógica do presumível; (v) em resumo, o regime de expectativas é sequestrável pela lógica epistêmica da *evidência* e compreende três coisas: um dado *campo de experiência*, um dado *horizonte de expectativa* e uma dada *vontade de preenchimento*.<sup>2</sup>

A partir destas compreensões a pesquisa buscará a demonstração de uma carga cultural como um condicionante de expectativas que conduzem o Magistrado a uma determinada atuação, buscando a satisfação destas expectativas e como tudo isso se apresenta inserido em um contexto de uma sociedade complexa e hiperacelerada e,

---

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 11.

<sup>2</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 35.

principalmente, as consequências disso no campo do processo penal e, mais precisamente, na atuação do julgador.

Assim, a presente pesquisa prescindirá de um capítulo histórico por compreender que a ilusória pretensão de resumir milênios de civilização moderna em alguns parágrafos além de prepotente é reducionista e não agrega valores ao que aqui se busca. Portanto, o (sempre, também, arbitrário) corte temporal se dará na análise da tradição que sustenta a atual legislação processual penal brasileira e aquilo que representou a marca das doutrinas que a sustentaram. Por vezes, apenas a título de ilustração e sem qualquer pretensão histórica e, portanto, despido de critérios metodológicos e, até mesmo, cronológicos, realizar-se-ão saltos históricos visando, tão somente, tratar algum dos pontos a serem avaliados ao longo da pesquisa.

Como leciona Pierangelli: *“o estudo das nossas legislações pretéritas se revela, não só para a compreensão de certos institutos, mas também porque o legislador, não é raro, recorre a essas legislações e à experiência vivida para enfrentar os problemas sociais do momento.”*<sup>3</sup> Por isso, *no campo do direito, o estudo histórico das codificações e leis coloca o jurista e o estudioso em condições de alçar voos mais seguros, possibilitando maior certeza quanto às suas conclusões.*<sup>4</sup>

Compreender a matriz que embasa a atual sistemática é crucial para que se possa entender de onde se vem e identificar para onde se vai, pois é preciso compreender que as coisas se repetem, ainda que com roupagens distintas e com novos e diferentes elementos, pois tudo tem a sua historicidade e, por isso, não podemos olvidar da lição de Dussel: *“a história é mestra da vida porque nos mostra que o que ocorreu no passado continua acontecendo no presente.”*<sup>5</sup> Somente se abre para um futuro, um presente que saiba reconhecer os futuros cumpridos e incumpridos do seu próprio passado,<sup>6</sup> saber o que se viveu e o que se pode extrair desses episódios para que não se incida nos mesmos erros é fundamental em qualquer área do saber. Portanto, o breve estudo histórico aqui pretendido se faz necessário e vai na esteira daquilo que definiu Anitua, se faz: *“não com*

---

<sup>3</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 10.

<sup>4</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 10.

<sup>5</sup> DUSSEL, Enrique D. **Caminhos de libertação latino-americana: história, colonialismo e libertação**. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1984. P. 225.

<sup>6</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 36.

a pretensão de encontrar uma ‘verdade’ no passado, senão para reconstruir o passado de nossas ‘verdades’”.<sup>7</sup>

### 1.1 – Ordenações do Reino e a Formação da Cultura Jurídica Nacional:

Não há como se estabelecer uma análise histórica de nosso ordenamento jurídico e, portanto, da tradição que o sustenta sem avaliar o conteúdo das Ordenações que tanto marcam a tradição jurídica brasileira. A começar pelas *ordenações Afonsinas*, que foram resultados de um sentimento de nacionalidade e independência que originou o reclamo da constituição de uma legislação genuinamente portuguesa que substituísse a Lei das Sete Partidas.<sup>8</sup>

Portanto, as ordenações foram fruto de uma necessidade de organização de uma coletânea legislativa do reino, para evitar a incerteza resultante da dispersa legislação existente e para facilitar a administração da justiça. Iniciada com D. João I, o texto só fora concluído por D. Afonso V, com apenas sete anos de idade, no ano de 1446.<sup>9</sup>

As Ordenações Afonsinas, primeiro código de toda Europa, depois da Meia Idade<sup>10</sup>, usaram por padrão ou modelo a doutrina do *Corpus Juris*, seguiu quanto ao método e à disposição das matérias, as Decretais do Papa Gregório IX. Assim têm largo

---

<sup>7</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar**. Coord. e trad. Augusto Jobim do Amaral, Clarice Beatriz Sohngen, Brunna Laporte e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P:24/25.

<sup>8</sup> Lei das Sete Partidas foi uma compilação projetada por Fernando III, o Santo Rei de Castela, com o fim precípua de delir privilégios da fidalguia e atalhar os funestos efeitos da anarquia feudal, foi começada em 1256 e terminada em 1263, já reinando Afonso X, o sábio, filho de Fernando. Extremamente metódico, pode ser considerado como o corpo mais completo de Direito Público e Privado que se realizou entre as nações da Europa por aqueles tempos. (*in* THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.P:60/61.

<sup>9</sup> O Rei nomeou para a tarefa de realizar as ordenações o Corregedor da Corte, João Mendes, que logo veio a falecer. Por tal razão, se admite que apenas o primeiro livro é de sua autoria. Estima-se que a determinação real para a compilação ocorreu após o ano de 1404, portanto, após a morte de João das Regras. É que, se vivo fosse este, a escolha não poderia recair sobre outra pessoa, em razão da influência profunda e grande prestígio que possuía junto ao monarca. Perturbações internas, porém, impediram a conclusão do trabalho durante o reinado de D. João I, como o prólogo das Ordenações deixa evidenciado: “alguns empachos que se seguiram.” A tarefa seria retomada no reinado de D. Duarte, agora por outro legislante, Rui Fernandes, que gozava da confiança régia, “tend grã desejo, que em seus dias fossem acabados”. O reinado de D. Duarte, porém foi efêmero, com duração de quase cinco anos e a obra deveria ingressar no reinado seguinte. Subiu ao trono, então, D. Afonso V, com apenas de sete anos de idade e, por tal motivo, a direção do país foi entregue ao Infante D. Pedro, tio do pequenino rei. O Regente determinou ao Dr. Rui Fernandes: “que prosseguisse a dita obra quanto bem pudesse, e não alçasse dela mão por nenhum caso, até que com a graça de Deus a pusesse em boa perfeição”, tornando-se, o Regente, a alma de sua publicação. *In* PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 55.

<sup>10</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 70

assento nele o Direito Romano de Justiniano e o Direito Canônico, notando-se como fontes principais: O Direito Civil de Justiniano, conhecido pelo nome de Leis Imperiais; o Canônico, que se fez célebre na Europa logo depois do meio do século XII, debaixo do nome de Direito Comum, com as doutrinas dos glosadores e intérpretes; o Código Visigótico, na versão do *Fuero Juzgo*; as Leis das Sete Partidas; as Leis editadas pelos monarcas, desde Afonso II; as resoluções das cortes, celebradas desde Afonso IV; as concordatas de D. Diniz, D. Pedro, D. João; alguns costumes e forais.<sup>11</sup>

Importante destacar que as Ordenações Afonsinas apresentam um flagrante combate à vingança privada, em favor do publicismo da justiça penal. Por isso, a importância das ordenações, principalmente, em razão de seu pioneirismo e da época em que surgiu, constituindo-se no ponto de partida para posterior evolução do Direito Português, representando um *marco fundamental* na história do deste.<sup>12</sup> As ordenações posteriores estão calcadas fundamentalmente no diploma com que se inaugura o regime de unificação legislativa.<sup>13</sup> Certamente, apresentava muitas imperfeições, principalmente em relação aos fins da pena e sua proporcionalidade, além da grande influência religiosa, mas precisa ser compreendida dentro do contexto histórico em que se deu.<sup>14</sup>

Em 1505, portanto, 59 anos após a promulgação das Ordenações Afonsinas, D. Manuel I, mandou revisá-las. Como motivação para essa reforma, os estudiosos de uma maneira geral atribuem os seguintes: *a) a descoberta da imprensa. Com esta havia a possibilidade de sua aquisição e, por consequência, o seu conhecimento por toda a população; b) a legislação posterior, constituída de uma multidão de leis extravagantes;*

---

<sup>11</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 70.

<sup>12</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 57.

<sup>13</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.P: 72.

<sup>14</sup> A respeito do Livro V que trata dos delitos, das penas e do processo penal, assim se manifestou COELHO DA ROCHA: “Os defeitos dos Códigos Criminais da meia idade se acham nesta mistura com as disposições de Direito Romano e Canônico. O legislador não teve em vista tanto os fins das penas, e sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o trato ilícito de cristão com judia ou moura, e o furto do valor de marco de prata, são igualmente punidos com pena de morte. O crime de lesa-majestade foi adotado com todo o odioso das leis imperiais, assim quanto à qualidade do crime, como quanto ao modo de se o processar. Na imposição da pena reconhece-se a desigualdade do sistema feudal: aos nobres impõe-se sempre penas menores que aos plebeus. O marido podia em flagrante matar impunemente o adúltero, exceto se esse fosse cavaleiro ou fidalgo de solar, em atenção à sua pessoa ou fidalguia. Para a indagação dos crimes admitia-se não só o meio de acusação do Direito Romano e as querelas, filhas dos antigos costumes, mas também as inquirições devassas do Direito Canônico. Essas inquirições devassas se processam de três modos: a acusação, que se inscrevia pelo auto de querela; a denúncia, meio de delação secreta e da súplica dos fracos, que não se inscrevia e a inquirição, normalmente, *ex-officio*. PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 56.

c) a modernização do estilo, evitando-se, assim, a transcrição fastidiosa das leis antigas, muitas das quais já revogadas ou em desuso; d) desejo do monarca em ingressar na história por meio de uma obra legislativa de vulto, ele que já ostentava a glória indelével do descobrimento do Brasil e do caminho marítimo para as Índias.<sup>15</sup>

É difícil estabelecer uma prioridade de qual fora o fator preponderante para o surgimento das Ordenações Manuelinas, mas deve ser destacado o fato de que Portugal atingia um fastígio sem precedentes e o monarca, por isso, dispôs de condições para fortalecer o Poder Central.<sup>16</sup> Em 1514 a obra estava completa, mas essa versão não satisfaz as expectativas de D. Manuel, que mandou inutilizar os exemplares e nomeou uma nova Comissão. Assim, em 11 de março de 1521 foram publicadas as Ordenações Manuelinas. Modificações foram realizadas em relação à ordenação anterior, é possível mencionar o fato das ações não mais iniciarem por clamores, mas sim por *querelas jurada* ou *denúncia*. Deu-se maior destaque ao cargo de promotor público, as formas canônicas passaram a preponderar, os casos criminais ficaram melhor determinados e a possibilidade de recurso de apelação, não somente da sentença definitiva, mas também das interlocutórias, também fora trazido pelas *ordenações manuelinas*.<sup>17</sup>

As *Ordenações Filipinas*, merecem especial atenção por terem perdurado por mais de dois séculos e terem sido aplicadas no Brasil, mesmo depois da independência do país.<sup>18</sup> A economia de Portugal nessa época encontrava-se em fase de deterioração, as colônias, numerosas, imensas, dispersas por todo o mundo, mercê de uma política errônea e hesitante, ao invés de produzirem lucros, transformaram-se em sangradouro do reino. Atravessava a Espanha fase áurea, dirigida por Felipe II, ambicioso, arguto,

---

<sup>15</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 59.

<sup>16</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escoço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 73.

<sup>17</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 59/60.

<sup>18</sup> Importa aqui, um introito histórico: A morte de D. João III, em 1557 fez com que o Cardeal D. Henrique assumisse na qualidade de Regente, o poder, pois D. Sebastião, herdeiro do trono, contava apenas com três anos de idade. Ao atingir 14 anos, D. Sebastião libertou-se do tio e assumiu o trono com plenos poderes. Muito jovem e despreparado para as funções de Chefe de Estado, ao que se associa uma personalidade mórbida e sonhadora, o jovem rei atirou-se à aventura de tomar Marrocos aos mouros, sem que dispusesse de recursos para tal empreitada bélica. Na batalha Alcácer-Quibir, o jovem soberano encontrou a morte. Assumiu o trono, a partir de então, o Cardeal D. Henrique, que possuía discutíveis qualidades de governante e nenhuma autoridade para debelar a grave crise que assolava o país. Sua morte possibilitou a Filipe II, de Espanha, empolgar, por herança, o trono lusitano. Em 1581, era sagrado Rei de Portugal, com o título de Felipe I. in PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 61.

vigoroso. Empolgar o poder de um Portugal caótico não lhe foi tarefa difícil. Em 1581 é sagrado rei de da lusa terra, com título de Felipe I.<sup>19</sup>

Filipe I (II, de Espanha) mandou refundir as Ordenações. Essa determinação veio ao encontro de uma necessidade já sentida pelos Portugueses, pois era necessária uma nova compilação, uma vez que nos reinados de D. Sebastião, D. Henrique e no do próprio D. Filipe houve muitas outras legislações extravagantes, aumentando muito o número de leis. A nova ordenação foi concluída em 1595, entretanto, por motivos desconhecidos, obstaram a sua aplicação. Com a morte de D. Filipe I (de Portugal), ocorrida em 1598, o diploma foi submetido a uma nova comissão. Assim, as Ordenações Filipinas só foram definitivamente promulgadas no reinado de D. Filipe II (III, de Espanha), entrando em vigor por lei de 11 de janeiro de 1603.<sup>20</sup>

No que tange ao processo penal as Ordenações Filipinas repetiram em grande parte o conteúdo das Ordenações anteriores, sendo a sua especial relevância para o objeto do presente estudo, o fato de ter tido maior aplicação no Brasil. Embora, formalmente, vigorassem à época das capitanias hereditárias, as Ordenações Manuelinas e as compilações de Duarte Nunes de Leão, tem-se que o Direito aplicado nesse período, na prática, era o arbítrio dos donatários, tendo aquelas legislações vigorados restritivamente.<sup>21</sup>

Como notas relevantes se pode mencionar o combate à justiça privada<sup>22</sup> (na esteira do que já vinha sendo feito pelas ordenações anteriores), uma separação entre juízo criminal e juízo cível, a decisão de pronúncia (que tornava o indivíduo suspeito), e a *confissão, os instrumentos, as testemunhas e os tormentos* fundamentavam o julgamento.<sup>23</sup>

Os *tormentos* eram perguntas feitas pelo juiz ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de torturas. Antes da vigência das Ordenações Filipinas, uma lei de D. João I já determinara que ninguém fosse condenado por confissão

---

<sup>19</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 79.

<sup>20</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 62.

<sup>21</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 63.

<sup>22</sup> Não obstante a vincada orientação de publicizar a justiça penal, havia hipóteses de franca admissão acerca da vingança privada, por exemplo a possibilidade do marido matar a mulher adúltera, sendo permitido contar até mesmo com a ajuda de outras pessoas para tal fim. (in THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 84.)

<sup>23</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 64.

obtida mediante tormento, a menos que ratificasse a confissão em juízo. As Ordenações Afonsinas já haviam excluído do tormento o *fidalgo de solar*, o *cavaleiro de espada dourada*, o *doutor em leis ou em física*, os *vereadores*, salvo em crimes de lesa-majestade, falsidade, cárcere privado e feitiçaria. As Ordenações Filipinas mantiveram essas isenções e, ainda, estenderam aos *mentecaptos*, *velhos*, *mulheres pejadas*, *valetudinários*, *soldados*, *vereadores*, *nobres*, *letrados e menores de quatorze anos*.<sup>24</sup>

As Ordenações não usavam, porém, expressões bastantes claras, de maneira que, por elas, prontamente, se pudesse enquadrar a sanção cominada dentro do esquema transcrito em lei. Ao contrário, o emprego de linguagem inadequada pelo código criava, em muitos casos, perplexidades e discussões, somente solucionadas através das construções exegéticas dos doutores, nem sempre pacíficas.<sup>25</sup>

Afora o reforçamento do poder central, em pouco se distingue das ordenações anteriores, de que é mera cópia, conservando leis em inteiro desuso, compilando leis revogadas com revogadoras, o que fez com que ostentasse um sem número de obscuridades e antinomias.<sup>26</sup> Mas, por qual razão tal diploma perdurou por tanto tempo? A persistência nas Ordenações se explica pela sua confecção para servir de instrumento ao absolutismo real, mostraram-se úteis enquanto predominou tal regime, uma vez que entre seus defeitos, positivamente, não estava o de se não prestar como arma da autoridade discricionária.<sup>27</sup>

Mesmo com a retomada da independência portuguesa e tendo sido consagrado rei o Duque de Bragança, com título D. João IV, as Ordenações Filipinas foram mantidas, em que pese a promessa de construção de uma nova legislação. O fato que motivou que tal promessa não vingasse, fora o medo de que uma nova lei pudesse modificar o princípio da concentração nas mãos do soberano.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 69.

<sup>25</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 86.

<sup>26</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 99.

<sup>27</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 100.

<sup>28</sup> Com Filipe IV impondo os maiores ultrajes e despotismos ao povo português, tornou-se a ocupação espanhola insustentável. Já era tempo dos descendentes de Viriato e Afonso Henriques reagirem à usurpação humilhante. Em 1640, através do movimento denominado REVOLTA DE 1º DE DEZEMBRO, terra lusa reobteve a independência, sagrado rei, a 15 de dezembro, o Duque de Bragança, com o título D. João IV. No plano jurídico não repercutiu o sucesso político, pois que permaneceu vigorando a carta filipina. Por lei, em 29 de janeiro de 1643, o novo monarca houve por bem *revalidar, confirmar, promulgar e, de novo, ordenar, e mandar que os ditos cinco livros das ordenações, e leis que neles andam, se cumpram e guardem, como se até o presente praticaram, e observaram*. É verdade que, ao mesmo tempo, prometia

O regime absolutista, assim, esteve em constante ascendência, atingindo o ápice com D. João V (1706/1750) que governou como autocrata discricionário. Sucede-lhe no trono D. José I, que delegou todo o poder ao Ministro Sebastião José de Carvalho e Melo, Marquês do Pombal, que impôs um governo de força, duro e cruel, ressuscitando práticas das ordenações que haviam caído em desuso. Nesse clima, obviamente, que o Direito Penal (e processual penal) nada progrediu.<sup>29</sup> Por esta época, as ideias dos enciclopedistas começam a produzir efeitos na Europa, com destaque ao surgimento do livro *Dos Delitos e Das Penas*, de Cesare Beccaria.

Em 1764 Cesare Beccaria publica o famoso *Dos Delitos e das Penas*, com grande influência dos enciclopedistas, em especial Montesquieu e Rousseau, teve o grande mérito de estabelecer as bases do Direito Penal moderno, com páginas corajosas contra o arbítrio e a tirania que vigoravam àquela época.<sup>30</sup> Este pequeno livro abriu caminho ao movimento da Escola Clássica. Havia nesse tempo razões de ordem prática e de natureza filosófica para inspirar e estimular este movimento. A situação de violência, opressão e iniquidade a que chegara a Justiça Penal na idade média e nos séculos seguintes foi o que fizera, por fim, a consciência comum da época ansiar por um regime de ordem e segurança que pusesse termo ao incerto, cruel e arbitrário daquele Direito punitivo.<sup>31</sup>

Nas palavras de Heleno Fragoso: *Beccaria parte da ideia do contrato social, afirmando que o fim da pena é apenas evitar que criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda a punição que não se funde na absoluta necessidade.*<sup>32</sup> Em oposição ao arbítrio que prevalecia na justiça penal, Beccaria defendia a conveniência de leis claras, não permitindo ao juiz sequer interpretá-las. A pena de morte foi combatida, assim como a tortura e o processo inquisitório, defendendo a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade.<sup>33</sup>

A obra de Beccaria não fora científica, mas uma obra de humanidade e justiça. Porém, soube derivar com precisa dialética, das suas premissas filosóficas, um corpo de

---

o trono confeccionar um novo código em substituição ao ratificado. Sem dúvida, contudo, essa promessa não passava de manobra do rei para contornar as pretensões dos três Estados, a que devia a vitória da revolução: uma nova lei poderia modificar o princípio da concentração do poder nas mãos do soberano, e isso, obviamente, não convinha a D. João IV. (in THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P 103/104).

<sup>29</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 104.

<sup>30</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 2003. P: 48.

<sup>31</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo I**. Rio de Janeiro. Forense, 2003. P: 50.

<sup>32</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 2003. P: 49.

<sup>33</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 2003. P: 49.

doutrina sobre os problemas penais, que findou por imprimir ao seu livro um saber científico. Em um tempo de absolutismo, de soberania de origem divina, de confusão de normas penais com religião, moral, superstições, ousando construir um Direito Penal sobre bases humanas, traçar fronteiras à autoridade do príncipe e limitar a pena à necessidade de segurança social. Defendeu o homem contra a tirania e com isto encerrou um período de nefanda memória na história do Direito Penal.<sup>34</sup>

Obviamente, que mesmo diante de todas as evoluções propostas por Beccaria não se pode olvidar do contexto histórico em que se deu e da forte influência absolutista nas ideias da época, de modo que se percebe em trechos importantes da obra, a tendência à confiança demasiada no poder do soberano e na concepção deste como expressão da vontade de todos.

Sem perder o foco do que interessa nessa abordagem, vale destacar a preocupação de Beccaria na atuação dos juízes<sup>35</sup>, na busca por limites claros à interpretação das leis<sup>36</sup> e no risco resultante de um temor maior aos magistrados do que às leis, quando refere que: *“Se o soberano com o aparelho e com a pompa, com a austeridade dos decretos, com o não permitir as justas e as injustas querelas de quem se crê oprimido, acostumar os súditos a temer mais os Magistrados que as leis, estes lucrarão mais deste temor do que daquele que não ganha a própria e pública segurança.”*<sup>37</sup> Sendo, nas palavras de Ferrajoli: *“a polêmica contra o despotismo dos juízes, o que constituiu o principal motivo inspirados da batalha iluminista pela reforma penal.”*<sup>38</sup>

Em Portugal, tais ideias inspiraram reflexões e mudanças, que tardaram a ocorrer, já sob o reinado de D<sup>a</sup> Maria, que sucedeu a D. José e afastou o ministro Marquês do Pombal, aliviando a compressão tirânica. Em 1789, Pascoal José de Melo Freire,

---

<sup>34</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo I**. Rio de Janeiro. Forense, 2003. P: 50.

<sup>35</sup> “Muito menos a autoridade de interpretar as leis penais pode assentar-se tão só nos juízes criminais, pela mesma razão de não serem legisladores. Os juízes não receberam as leis dos nossos ancestrais como uma tradição doméstica e um testamento que não deixasse aos sucessores senão o cuidado de obedecer, mas as recebem da vivente sociedade, ou do soberano representante desta, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos” (in BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P: 43.)

<sup>36</sup> O espírito da lei seria, portanto, resultado de uma boa ou má lógica de um juiz, de uma fácil ou difícil digestão, dependeria da violência de suas paixões, da debilidade de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido, e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto no ânimo flutuante do homem (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P:44).

<sup>37</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P: 121.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 371.

professor da Universidade de Coimbra que fora nomeado juntamente com o, também professor, Francisco Xavier de Vasconcellos Coutinho, apresentam os projetos de código de Direito Público e Criminal, que acaba se transformando em lei.<sup>39</sup>

Se este Projeto viesse a ser transformado em Lei, estaria assegurado a Portugal a posição vanguardista no campo das ciências penais. Melo Freire na exposição de motivos da obra procurou sistematizar a ciência criminal, demonstrando estar a par do que de mais moderno havia na matéria e revelando acentuado progresso de técnica jurídica. As ideias dele estavam enraizadas na teoria do contrato social, tendo se declarado partidário de Grócio, Pufendorff, Montesquieu, Tomásio, Bohemero, Paulo Rizzi, Felipe Maria Renazzi, Puttman, Filangieri e, claro, Beccaria.<sup>40</sup>

Em que pese mantida a pena capital, mesmo reconhecendo as críticas feitas por Beccaria, entendia que *em Portugal não pode por ora haver segurança pública sem elas*, trouxe 13 importantes princípios, nominados de *axiomas criminais* onde assentava toda a sua obra e neles podemos perceber importantes preocupações com a presunção de inocência, a necessidade de prova, a proporcionalidade da pena, dentre outras.<sup>41</sup>

Em 1792, D. Maria I, que já dava sinais de perturbações psíquicas, enlouqueceu completamente, tendo passado a governar, o seu filho, que mais tarde se tornaria rei, com o título D. João VI. A Europa vive um momento extremamente conturbado após a execução de Luiz XVI, 21 de janeiro de 1793). Portugal e Espanha iniciam um conflito armado com a França (1793). Daí para a frente a situação portuguesa ficou cada vez mais precária, sobretudo porque a Espanha se bandeou para o lado francês. Em 1808 a família real abandona a pátria e migra para o Brasil. Este período da família

---

<sup>39</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 106.

<sup>40</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 106.

<sup>41</sup> Axiomas criminais: 1 – *É melhor deixar impune um crime que condenar um inocente; por isso, maior dano vem à sociedade da condenação dum inocente que da absolvição dum culpado.* 2 – *Antes da sentença condenatória o réu deve ser tido como inocente.* 3 – *No foro criminal apenas se deve admitir a prova plena e perfeita.* 4 – *Quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova.* 5- *A pena a ser infligida deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e gravidade do delito e à maldade do delinquente.* 6 – *Não há delito nenhum sem vontade certa de delinquir.* 7 – *A sua medida é o mal causado à humanidade.* 8 – *Na imposição das penas somente se deve olhar à utilidade pública.* 9 – *As penas foram estabelecidas, não tanto para punir, como para prevenir os crimes.* 10 – *Somente se devem castigar os verdadeiros delinquentes ou os quase delinquentes.* 11 – *É justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal.* 12 – *E é, pelo contrário, injusta a que for inútil ou cruel.* 13 – *A atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delito, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública.* (in THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 107/108)

real em solo brasileiro, tão relevante para a história, do ponto de vista do Direito Criminal não sofreu nenhuma alteração significativa.<sup>42</sup>

Merece destaque o quanto a tradição processual penal brasileira vem marcada pelo absolutismo e pelo protagonismo judicial. Ao longo da presente pesquisa, far-se-á diversas referências ao juiz como protagonista, cabendo destacar, a partir do conceito trazido por André Karam Trindade que o termo pertence à esfera dos estudos literários e serve para designar um personagem principal de determinada narrativa. Embora, normalmente, se apresente como herói, pode, também, ser um anti-herói, ao redor do qual se constrói toda a trama e de cuja ação dependem os acontecimentos narrados. A expressão *protagonismo judicial*, é empregada para designar o juiz como a personagem principal que ocupa central posição no Estado Constitucional de Direito.<sup>43</sup>

A partir dessa conceituação, é possível perceber como tal marca está enraizada na cultura judicial pátria, pois D. Pedro I sucedeu D. Afonso IV e sua passagem pelo trono português pode ser retratada pelo seu acalentado ideal de justiça, que lhe deu o apelido de *justiceiro*. Afirma-se que este monarca corria todo o território, disposto a ouvir os reclamos do povo, queixas essas que eram efetivamente apuradas. Se verdadeiras, os castigos eram pronta e seguramente aplicados, tanto para o fidalgo, como para o peão, na mesma proporção. Daí o amor que lhe era devotado pelo povo, pois com sua forma de justiça, ditada mais pelo sentimento pessoal, impedia que as classes privilegiadas tripudiassem sobre os mais fracos e pobres. Mas, exagerou na condução dos tormentos, para a obtenção de confissões e na aplicação de sanções cruelíssimas, quando o delito mais lhe despertava a ira.<sup>44</sup>

Como destaca Augusto Thompson: “*Punir delinquentes foi sua paixão: rápido no julgar, mostrava-se fulminante no executar. Pouco atendia ao estabelecido nas leis, seguindo uma justiça guiada pelo seu sentimento, pragmática e intolerante. Daí a razão de seu apelido e por isso a sua adoração pelo povo.*”<sup>45</sup> Percebe-se aqui uma centralidade pessoal no poder jurisdicional, estando o direito à mercê de sentimentos

---

<sup>42</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 120.

<sup>43</sup> TRINDADE, André Karam. O Protagonismo Judicial sob a Perspectiva da Literatura. In **Os Modelos de Juízes: Ensaio de Direito e Literatura**. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015. P: 03.

<sup>44</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 48.

<sup>45</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.P: 65/66.

personais daquele que detinha o poder de decidir e desde lá a associação da punição como realização de “justiça”, o que imbuía o magistrado desse propósito.

O absolutismo monárquico expirava e as reformas teriam de brotar das novas correntes políticas que se apressavam para derruir o regime carcomido e ultrapassado. Em Portugal, o liberalismo galgaria posição preeminente pela porta da revolução constitucionalista; no Brasil, através do Grito do Ipiranga. E somente com o liberalismo ocorreriam as modificações efetivamente capazes de alterar o retrógado regime penal das Ordenações. As cortes constituintes portuguesas eleitas em dezembro de 1820 se reuniram no ano seguinte, cheias de entusiasmo pelas ideias humanistas, incluíram entre suas preocupações a de adequar as leis criminais aos novos tempos.<sup>46</sup>

A independência brasileira em 7 de setembro de 1822 não correspondeu à separação dos dois países no que respeita à legislação penal, pois perdurou vigorando em ambos, o livro 5º das Ordenações. No Brasil, a constituição de 25 de março de 1824 continha uma série de princípios liberalizantes. A partir daí, Brasil e Portugal, separadamente passam a desenvolver atividades para substituir o anacrônico Livro 5º, o qual desamparado do sistema político que por tanto tempo o acoroçoara, evidenciava-se incapaz de resistir aos ataques de que era alvo.<sup>47</sup>

Importante pontuar, também, ainda que brevemente discussões travadas no âmbito da assembleia constituinte brasileira de 1824, destacando que os deputados que dela participaram utilizaram a mesma linguagem usada pela elite letrada, adepta do liberalismo, da Europa e dos Estados Unidos da América.<sup>48</sup> Entretanto, mesmo guiado por ideais liberais foi alvo de amplos e profundos debates entre os deputados quem, afinal, poderia ser considerado cidadão brasileiro.

Ideais liberais, tentativas de conter o arbítrio estatal na defesa de direitos individuais, inspirados em noções contratualistas, a partir da fundação de um pacto social que seria fundante da nação política brasileira, mas os constituintes teriam que se pronunciar sobre quem reunia, ou não, as condições para ser reconhecido como um sujeito com capacidade para celebrá-lo ou, pelo menos, a ele aderir.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escoço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 121.

<sup>47</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escoço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P: 123.

<sup>48</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e Cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P: 21.

<sup>49</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e Cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P: 43.

Tais ideias se inspiram naquilo apresentado por John Locke, para quem o *fim principal da união dos homens em comunidades e da sua sujeição a um governo, é a preservação da sua propriedade”, propriedade que deveria ter sido adquirida com seu próprio trabalho. Assim sendo, só os proprietários seriam os que faziam parte do pacto social.*<sup>50</sup>

Portanto, todos os direitos consagrados, certamente não estavam sendo defendidos para todo e qualquer indivíduo, pois havia uma questão primeira a ser definida, quem seria o indivíduo, quem seria o considerado cidadão e, portanto, detentor de Direitos. Não se pode ignorar essa marca elitista em uma nação escravagista e como isso moldou a forma de compreender quem seriam os detentores de direitos. O reconhecimento de uma liberdade completa implicava em estabelecimento de uma igualdade o que não era do interesse dos grupos dominantes.

Como marca de todo e qualquer absolutismo se tem uma divisão da sociedade e uma crença na inferioridade da massa que necessita de um Estado forte para lhes proteger de si próprios. Por isso, *acreditavam que a proteção dada a escravos e alforriados poderia resultar em levantes sangrentos, uma vez que a sociedade brasileira não estaria preparada para essas concessões e porque os escravos não saberiam governar-se.*<sup>51</sup>

Obviamente que o que fomentou diversos debates fora justamente a discordância de parte dos deputados acerca destas compreensões, entretanto, não se pode olvidar que o que estava sendo defendido por vários deputados, e o que era aceito por muitos deles, tinha como ponto de partida a lógica que estava tatuada na consciência de vários parlamentares: a inferioridade da população negra em relação à população branca.<sup>52</sup>

Isso é uma vergonhosa marca da tradição jurídica brasileira que moldou por séculos a definição do sistema jurídico do país e que não se rompe facilmente. Muitos grilhões sociais através de uma nítida seletividade penal vêm mantendo presente uma lógica de percepção de que alguns não são detentores dos mesmos direitos que os outros, com a diferença de que, hoje, a Constituição os assegura a igualdade.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> LOCKE, John. Tratado sobre Governo. In: **Coleção os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

<sup>51</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e Cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P: 58.

<sup>52</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e Cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P: p: 37.

<sup>53</sup> Sobre o tema, sempre valiosas as lições de Silvio de Almeida, que refere: No fim das contas, quando se limita o olhar sobre o racismo a aspectos comportamentais, deixa-se de considerar o fato de que as maiores desgraças produzidas pelo racismo foram feitas sob o abrigo da legalidade e com o apoio moral de líderes

No entanto, à época, não havia igualdade, ao passo que nem todos eram considerados cidadãos, nem todos eram detentores de direitos e, portanto, nem todos eram vistos como humanos. Trabalhando a partir destes contextos, Tocqueville traz o exemplo dos fabulistas que quando querem despertar o nosso interesse pelas ações dos animais, dão a estes ideias e paixões humanas, da mesma forma que fazem os poetas com os anjos, pois: “*não há misérias tão profundas, nem felicidades tão puras que possam deter nosso espírito e se apossar de nosso coração, se não nos representam a nós mesmos sob outros traços.*”<sup>54</sup>

Quando não verificada essa igualdade, quando falta a projeção no outro, não há limites a serem definidos. Com isto se explica a existência de escravidão em eras democráticas, um mesmo homem pode ser cheio de humanidade para com os seus semelhantes e se tornar, totalmente, insensível quando não mais se verifica esta igualdade.<sup>55</sup>

Historicamente o processo penal fora marcado como um importante instrumento de controle social e os Magistrados que ali estavam para a tomada de decisões eram representantes destas elites e expoentes destas culturas. Não se pode ignorar a influência de uma base cultural, a *cultura marca as características que quer nos indivíduos ali formados*<sup>56</sup>, daí a enorme dificuldade de compreender e lidar com uma carga cultural, muitas vezes imperceptível (por quem a possui) mas sempre sintomática.

O propósito deste tópico fora o de traçar as bases que sustentaram a tradição jurídica que ainda inspira o modo de pensar o direito e, mormente, a atuação dos magistrados, diante da inevitável influência que os modelos históricos possuem na formação e modelação das instituições<sup>57</sup>. A análise das legislações realizadas no Brasil enquanto nação independente e as influências em cada uma delas, serão realizadas em

---

políticos, líderes religiosos e dos considerados “homens de bem”. (in Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. P: 25)

<sup>54</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 203

<sup>55</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 207.

<sup>56</sup> A cultura marca as características que quer nos indivíduos ali formados – como se pode ou não se pode ser – e ela mesma se torna função do temperamento e da personalidade dos seus membros. A cultura marca e é marcada. Indivíduo e cultura se influenciam mutuamente. As idéias de personalidade e temperamento são como fatores capazes de determinar a base normativa da cultura. (in GUIMARÃES ROCHA. Everardo P. **O Que é Etnocentrismo?** 5ª ed. Brasília: Editora Braziliense, 1988. P: 19/20.)

<sup>57</sup> O processo penal da atualidade não nasceu pronto e acabado. Foi produto de um contexto de manifestações jurídicas e sociais. Em consequência, aquilo que caracteriza o processo penal do hoje, é resultado de todas as influências que, ao longo da relativamente recente historicidade humana, formaram e modelaram as instituições. (in LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 103.)

tópico posterior, onde se busca entender a mentalidade inquisitória que está enraizada na tradição jurídica brasileira.

## 1.2 – Política Processual Penal e Tradição Jurídica Brasileira: O Autoritarismo Estrutural.

Sendo a jurisdição um poder estatal (o que será melhor avaliado em tópicos posteriores) e sendo o processo penal o palco onde se vivencia esse poder, é inegável que a concepção e estruturação de um processo penal é influenciada sobremaneira pelo modelo político vigente. Como bem sustentou Goldschmidt: “*A estrutura do processo penal de uma nação nada mais é do que um termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição*”<sup>58</sup>

Em linha semelhante o entendimento do Bettiol, ao referir: “*ser o processo penal um dos índices mais típicos do grau de civilização atingido por um povo na sua caminhada histórica.*”<sup>59</sup> Assim, o processo penal é muito mais do que um instrumento de composição do litígio penal mas, sobretudo, um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade.<sup>60</sup> Onde existe um corpo social aberto aos valores, existe um ordenamento jurídico que dos próprios valores (da civilização) recebe o alimento e a justificação.<sup>61</sup>

Para além da influência política, não se pode deslembrar que a justiça penal, como todo campo social, possui uma configuração histórica, que lhe marca através de relatos históricos e tradições. Como destaca Binder: “*não somos escravos do passado nem podemos nos desfazer dele: é uma companhia que às vezes nos empurra para adiante e noutras tantas nos impede de avançar, mas sempre está ali.*”<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 73

<sup>59</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974. P.195.

<sup>60</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. P. 50.

<sup>61</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974. P.55/56.

<sup>62</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 121.

Portanto, é mister que se consiga enxergar a dimensão política existente na jurisdição, bem como as marcas de sua tradição, compreendida como uma manifestação do poder “decisório”<sup>63</sup> do Estado, analisando o que adverte Zaffaroni quando afirma que: *“tão política é a questão judiciária que, praticamente, a Revolução Francesa foi desdobrada contra o poder arbitrário dos juízes, mais do que contra o poder monárquico, que em uma democracia empobrecida e endividada era bastante precário.”*<sup>64</sup>

Daí a crucial relevância de se compreender o papel jurisdicional, mas para isso é imprescindível a definição do que se espera deste na medida em que a superação de um modelo de julgador como mero aplicador da lei não pode criar um sistema totalmente à mercê de árbitros jurisdicionais. Então, algo na origem do Direito é de difícil explicação pois ele surge como uma estrutura a questionar determinados atos ou, ainda, a legitimá-los, mas tem na sua gênese uma ideia de defesa dos menos favorecidos.<sup>65</sup> Obviamente que em muitos momentos da história (e até os dias atuais) o Direito foi usado de forma indevida para a prática de atos abusivos, mas o fato de necessitar do Direito para a realização dos atos já demonstra o seu importante papel na estruturação de qualquer sociedade.

Como leciona Warat: *“A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social.”*<sup>66</sup>

O Direito é e sempre foi, inegavelmente, influenciado pela política, pela religião e pela moral, mas se distingue destes pela própria autonomia do Direito. O Direito, assim, não pode ser resumido a *vontade do Papa, do Imperador, do Juiz ou,*

---

<sup>63</sup> Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado decide. Decide em abstrato, mediante normas de conduta ou de organização; decide em concreto, em sede propriamente política, ou administrativa, ou jurisdicional. (in DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 106.)

<sup>64</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P: 79

<sup>65</sup> Em diversas lutas o Direito era invocado contra fatores e condições materiais vigentes; ele virou-se contra a própria estrutura social que o tinha moldado, por assim dizer. O Direito é empregado para defender o dissidente e o herege, apesar de as autoridades políticas e a opinião pública condenarem a dissidência ou a heresia. O Direito pode proteger o coletivo contra a dominação do individualismo, assim como pode proteger o indivíduo contra um coletivismo dominante. Essa lealdade do Direito com seus valores é difícil de ser explicada nos termos de uma teoria instrumental que vê as instituições jurídicas como um instrumento da classe dominante ou da elite política. (BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P:60)

<sup>66</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P: 57.

*mesmo, do legislador.* Por isto, a necessidade de se compreender o Direito como um empreendimento no qual as regras só têm valor no contexto de instituições e procedimentos, valores e modo de pensar. Desse ponto de vista mais amplo, as fontes do Direito estão para além da vontade do legislador, abrangendo a razão e a consciência da comunidade, seus usos e costumes.<sup>67</sup>

Ao se buscar o estudo e compreensão de determinado modelo processual penal inserido em um dado contexto político, obviamente, se deve levar em conta as variações culturais de cada sistema social. Como referido alhures, o presente trabalho abdicou de uma abordagem histórica geral, tendo por base as referências que influenciaram no modelo brasileiro, que é o objeto do presente estudo.

Vale esclarecer que, por vezes, se utiliza do termo *ocidental* na definição trazida por Harold Berman<sup>68</sup>, mesmo cientes das mudanças fundamentais na estruturação jurídica em países orientados pela *common law* ou pela *civil law*, mas estas são distinções que serão realizadas no decorrer do texto, pois existem muitos pontos em comum, em especial na tradição que embasou ambas. Nessas diferenças sobre os mecanismos de justiça continental e anglo-saxão, Damaska enumera importantes distinções, trabalhando (no modelo continental) com a grande influência da Igreja católica na construção de um sistema hierarquizado e burocrático de justiça, que estava centrado na atuação jurisdicional especializada para resolver temas jurídicos e desempenhar atividades de busca de provas. Como correspondia a um direito sacralizado, se esperava dos juízes da igreja que temperassem o rigor das regras com considerações ditadas por sua consciência.<sup>69</sup>

Enquanto no modelo de justiça anglo-americano havia a preferência por órgãos decisórios leigos, o que deixava o juiz com uma função mais de “moderador de uma conferência judicial” ou supervisor de um processo justo, anunciador de uma sentença mais do que um órgão decisório. Isso retira da figura do juiz o papel central e

---

<sup>67</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental.** Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P:22.

<sup>68</sup> O “Ocidente” neste livro é uma cultura ou civilização em particular que pode ser caracterizada de muitas formas, dependendo do propósito a que se quer servir. Costumava-se trabalhar com “ocidente” o conjunto de todas as culturas que partilharam da herança da antiga Grécia e Roma, em contraste com o “oriente” que era formado pelos Estados Islâmicos, Índia e Extremo Oriente. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, os termos *Leste* e *Oeste*, têm sido utilizados para distinguir Estados Comunistas e Capitalistas. (in BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental.** Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 10)

<sup>69</sup> DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia y el Poder del Estado.** Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. P: 55-57.

coloca diante dos jurados, o que torna o sistema bem menos hierarquizado e especializado.<sup>70</sup>

O Direito compreendido como um saber local fundado por aqueles que escolhem lhe dever obediência ou a ela são obrigados é a perspectiva da tradição enunciada por alguns juristas da *common law*, onde, inclusive, se suscitou a extinção das faculdades de Direito no século XIX, pois, afinal, o direito não passava de *regras sociais institucionalizadas*, que todos deveriam compreender e às quais deviam ter acesso garantido, e não mediado por nenhuma instituição universitária. Diferente seria a perspectiva da *civil law*, que funda a sua legitimidade em uma racionalidade abstrata. Por isso mesmo, considera que julgamentos técnicos, efetuados por magistrados, são melhores que julgamentos por pessoas comuns, que não têm acesso a um saber jurídico especializado e que, portanto, seriam dotadas de uma razoabilidade subalterna.<sup>71</sup>

Daí a crucial diferença para se compreender o modelo judicial e as diferenças expectativas que podem guiar a atuação jurisdicional nestes dois diferentes modelos, ao passo que um julgamento por precedentes permite a mutação do Direito a partir de novos contextos sociais, enquanto em um modelo de matriz romano-germânica essas alterações se darão pelos representantes do povo, nas casas legislativas, cumprindo ao julgador um papel diferente, que seja mais vinculado ao que restou definido naquela racionalidade abstrata trazida em lei. Ou, como lecionam Garapon e Papadopoulos: *na França e nos Estados Unidos os dois rituais do processo não celebram a mesma coisa. Nos países latinos de cultura católica, o processo se assemelha a uma missa; no common law, a uma sessão do parlamento. Não há lugar mais revelador da intimidade de uma sociedade que um processo.*<sup>72</sup>

Não se pode olvidar de qualquer análise jurídica, em especial da que se pretenda analisar direito penal e julgamento penal, a função desempenhada pela Igreja, haja vista que desde o século IV, primeiro no reino armênio, depois por meio de Constantino no império bizantino (Constantinopla é fundada em 330), e posteriormente na cristandade germânico-latina, a igreja foi lentamente se comprometendo com o estado. Na Europa feudal, e desde a fundação do sacro império romano, no início do século IX,

---

<sup>70</sup> DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. P: 74.

<sup>71</sup> LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico/2009**. P: 30.

<sup>72</sup> GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis, **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada. Trad. Mirian Alves de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P: 20.

novamente a igreja chega quase a identificar-se com os órgãos do poder político e a sacralizar o modo de produção feudal.<sup>73</sup>

A Igreja deixou subsistir o poder dos soberanos laicos, o que não impediu que ela tenha querido servir-se dos órgãos do Estado para seu próprio desenvolvimento. Os estados cristãos, sobretudo os de tendência imperialista, pretenderam servir-se da Igreja como de um serviço público. Assim, o conflito entre os dois poderes – temporal e o espiritual – foram numerosos, tendo chegado a soluções muito variadas que vão desde a teocracia até a separação da Igreja e do Estado.<sup>74</sup>

A combinação dos fatores político e intelectual ajudou a produzir os sistemas jurídicos ocidentais modernos, dos quais o primeiro foi o novo Sistema de Direito Canônico da Igreja Católica Apostólica Romana.<sup>75</sup> A busca pelo *poder jurisdicional* motivou conflitos entre Imperadores e Papas, uma vez que era a forma de exercer o controle, a relação do Direito com a Fé, limitava o poder dos imperadores e os deixavam, em certa medida, subordinados às decisões papais.<sup>76</sup>

O papa Gregório VII foi muito mais longe que seus predecessores, proclamando a supremacia jurídica do papa sobre todos os cristãos e a supremacia jurídica do clero, sob o poder do papa, sobre todas as autoridades seculares. Os papas, de acordo com o que afirmou, podiam depor Imperadores – e ele realmente depôs o Imperador Henrique IV. Além disso, Gregório proclamou que todos os bispos deveriam ser indicados pelo papa e deveriam obediência, em última instância, a ele, e não às autoridades seculares.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> DUSSEL, Enrique D. **Caminhos de libertação latino-americana: história, colonialismo e libertação**. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1984. P: 171.

<sup>74</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P: 137.

<sup>75</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. 112.

<sup>76</sup> Em 1075, o papa escreveu um documento – *Dictatus Papae* (as Bulas Papais) consistindo em 27 proposições, dentre as quais pode-se destacar: 1) a Igreja Romana é fundada somente pelo Senhor; 2 – Somente o bispo de Roma é, por direito, Universal; 3 – Somente ele pode depor e reintegrar bispos a seus cargos; 4 – Seu legado, mesmo sendo inferior em grau, tinha procedência, em um concílio, em relação a todos os bispos e podia aplicar uma sentença de disposição contra eles; 7 – Somete a ele era dado elaborar novas leis de acordo com as necessidades dos tempos; 9 – Somente o Papa era aquele cujos pés deveriam ser beijados por todos os príncipes; 10 – Somente seu nome deveria ser recitado nas Igrejas; 11 – Ele tinha o poder de depor imperadores; 17 – Nenhum livro ou capítulo deceria ser considerado canônico sem sua ordem; 18 – nenhum de seus julgamentos poderia ser revisto por quem quer que fosse, e somente ele poderia rever o julgamento de todos; (*in* BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 124)

<sup>77</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 121.

A autoridade de bispos e padres, formalmente derivada apenas do sacramento da ordenação, passou a ser derivada também da jurisdição: eles eram indicados com o consentimento do papado (pela graça de Deus e da Sé Apostólica”), bem como podiam ser removidos apenas por ele. Um bispo passou a ser visto como um oficial da Igreja corporificada. A sua “jurisdição” incluía o poder e o dever de julgar casos concretos na sua corte, usando as regras gerais de um conjunto de normas procedimentais e substantivas, com um automático direito de apelo à cúria papal para a parte sucumbida.<sup>78</sup>

A ciência do Direito estava à mercê da política: legisladores podiam ignorar – e frequentemente o faziam – as conclusões dos juristas. Na prática, a lógica e a experiência eram não raramente sacrificadas em detrimento do poder, do preconceito e da ganância. Esse, contudo, é um outro problema e não invalida a natureza científica do pensamento jurídico do século XII.<sup>79</sup>

É a tradicional identificação da autoridade decisória (presente até os dias atuais), que faz sucumbir uma serie de preceitos básicos para se falar em um julgamento racionalizado, transparente e justo. Se o juiz está identificado como autoridade parece lógico que não deva satisfação sobre os motivos que o levaram a decidir. Como refere Anitua: “*A herança da percepção dos juízes como autoridade legitimada por si mesma faz com que as motivações sejam sempre percebidas como supérfluas.*”<sup>80</sup> A crença na sacralidade do ato jurisdicional, que não só permite como fomenta, a centralidade jurisdicional no processo penal brasileiro, possui raízes nessas definições do ato de julgar.

O fundamental, a partir disso, é compreender que há uma cultura a orientar e embasar um modelo processual penal e que a atuação do julgador dentro dessa sistemática totalmente permeada por uma política irá definir o modelo de processo, de juiz e, conseqüentemente, marcar as expectativas criadas em torno desse. Ainda que o julgador tenha liberdade em sua atuação, ele é guiado por uma estrutura processual que condiciona a sua atuação e marca o seu modo de compreender o processo penal.

Há, por isso, um *autoritarismo estrutural*, que não impede que haja levantes democráticos, tampouco atores judiciais integrantes das instituições de justiça que repelem o autoritarismo. O que se busca demonstrar é que, a partir desta estrutura, se

---

<sup>78</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 189.

<sup>79</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 193.

<sup>80</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar**. Coord. e trad. Augusto Jobim do Amaral, Clarice Beatriz Sohngen, Brunna Laporte e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 51.

fomenta uma postura autoritária, ao passo que se desencoraja e coíbe atuações que busquem essa ruptura. Essa definição de estruturação autoritária tem por analogia o estudo que é realizado acerca do *racismo estrutural*, por Silvio de Almeida.<sup>81</sup> Pelas bases que trabalha o autor, ao definir o uso do termo estrutural ao lidar com o racismo, ele destaca que é algo a mais do que o *institucional*<sup>82</sup>, pois usar o termo estrutura, não significa dizer que o racismo seja uma condição incontornável e que as ações política antirracistas não tenham utilidade, ou ainda, referir que os indivíduos que cometam atos discriminatórios não devem ser responsabilizados. Dizer isso seria negar os aspectos sociais, histórico e político do racismo. A intenção do autor e da qual se busca aproveitar para a presente pesquisa, é enfatizar do ponto de vista teórico que o racismo, como processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, haja uma discriminação sistemática de grupos racialmente identificados.<sup>83</sup>

Por mais distintos que sejam os aspectos de se trabalhar com as questões envolvendo o racismo e o autoritarismo, por mais que não haja uma comparação a ser realizada de forma clara e estreita a partir destes dois problemas, o que se pretende trazer é o aspecto estrutural. É como há uma marca cultural e uma tradição que condiciona a atuação de atores judiciais a partir de bases autoritárias e como isso reverbera na sociedade que, paradoxalmente (o que se verá mais adiante) parece aspirar medidas, ainda mais, autoritárias.

Nesse ponto, importa destacar que a política de controle social desempenhada no Brasil, sempre teve o caráter penal e mais que isso, sempre foi racista, etnicista, sexista, desigual, machista, discriminatório e militarista (autoritário).<sup>84</sup> Ainda, como marca deste autoritarismo, vale a pena destacar que a atuação do Judiciário brasileiro, no que diz respeito ao direito e ao processo penal em sua correlação com os

---

<sup>81</sup> Refere o autor que: Em resumo: o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. (in ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. P: 33)

<sup>82</sup> Sobre o tema Silvio de Almeida destaca, que as instituições reproduzem as práticas sociais, por isso o problema não pode ser atribuído a uma ou outra instituição, referindo que: “Em uma sociedade em que o racismo está presente na vida cotidiana, as instituições que não tratem de maneira ativa e como um problema a desigualdade racial irão facilmente reproduzir as práticas racistas já tidas como “normais” em toda a sociedade. É o que geralmente acontece nos governos, empresas e escolas em que não há espaços ou mecanismos institucionais para tratar de conflitos raciais e sexuais. Nesse caso, as relações do cotidiano no interior das instituições vão reproduzir as práticas sociais corriqueiras, dentre as quais o racismo, na forma de violência explícita ou de microagressões – piadas, silenciamento, isolamento etc.” (in Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. P: 32)

<sup>83</sup> Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. P: 33/34.

<sup>84</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão**, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 200.

aparatos ideológicos que lhe outorgam funções , não se separou - e inclusive acentuou – o regime de supressão de direitos fundamentais, cuja base ideológica, se encontra vertida na ideologia da segurança nacional.<sup>85</sup>

A tentativa de se valer dos regramentos processuais penais como um instrumento de segurança pública há séculos acompanha os debates e guia as construções legislativas. A respeito do tema oportuno trazer a discussão verificada no congresso brasileiro quando da reforma do código que, para os liberais, representava um evidente abuso de poder, sendo oportuna a transcrição da fala do deputado Álvares Machado que destacou: *parece que meus colegas entendem que, restringindo liberdades, evitarão crimes e desonra. Por ventura, o Livro V das Ordenações, apesar das penas e dos castigos horrorosos, evitou aquele caso de tentativa de morte d'El Rei D. José? Evitou a prática de crimes comuns?*<sup>86</sup> Se verifica claramente como o debate segue girando em torno dos mesmos fundamentos e ainda parece não ter havido tempo suficiente para que pudesse haver o aprendizado de que mesmo com dezenas de modificações legislativas enrijecendo o sistema penal, a criminalidade só fez aumentar.

Outro ponto problemático e que evidencia as expectativas depositadas sobre o juiz criminal diz respeito aos juízes de paz que eram eleitos pelo povo mas que tinham o poder de decidir sobre a pronúncia do acusado, o que tornava as autoridades judiciais mais políticas do que judiciárias. Sendo muito questionada a capacidade de decidir com imparcialidade sem estar adstrito aos compromissos eleitorais que foram firmados, daí o questionamento feito por Paulino José de Souza: *que justiça se pode esperar de tais autoridades? Que garantias podem elas oferecer? Todo o favor, toda a proteção para aqueles que o ajudam a vencer, toda perseguição aos vencidos.*<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 83.

<sup>86</sup> PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas.** Bauru: Jalovi, 1983. P: 136.

<sup>87</sup> Mais candente é o verbo de Paulino José de Souza, Visconde do Uruguai: “os juízes de paz, que a Contituição parece haver querido reduzir à conciliação, são de eleição popular. A nossa legislação atual depositou nas suas mãos toda autoridade crimina, e exclusivamente a arma da pronúncia, de todas, a mais terrível. As câmaras municipais (...) são as que propõe em lista tríplice, os juízes municipais de órfãos e promotores, e organizam a lista dos jurados. Assim, quase toda a justiça nasce, forma-se nos municípios , por uma maneira quase que independente (...). Releva observar, pois, que um abuso muito arraigado tem tornado as nossas autoridades eletivas mais políticas do que judiciárias. As pequenas facções que nas localidades disputam as eleições (...) não cometem tantos excessos para que a eleição recia no homem mais capaz de administrar a justiça e mais imparcial; mas sim para que sejam eleitos homens do partido, mais firmes, mais decididos, mais capazes de cortar por quaisquer considerações para o servir, e para abater e nulificar o contrário. E qual o resultado? Uma luta continuada, uma série não interrompida de reações, com que as paixões cada vez mais se irritam, que o governo não pode conter, e de que é todavia sempre acusado...” in PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas.** Bauru: Jalovi, 1983. P: 138.

Percebe-se assim, desde há muito, o risco de se ter uma autoridade judiciária a serviço de interesses políticos, ainda que pretensamente a “serviço da maioria” ou dos “interesses gerais do povo”, tende a pender para uma arbitrariedade estatal em favor de uns e em detrimento de outros, sempre mais vulneráveis. Mais um evidente sintoma autoritário, uma vez que não se pode ignorar que o próprio Nacional-Socialismo, considerava o povo e a comunidade das pessoas como um conceito oposto ao da sociedade, como define Kai Ambos: “*O conceito de povo era “tão constitutivo para o Estado quanto aniquilador para o indivíduo”*”.<sup>88</sup>

A utilização do povo como todo unitário e com anseios apreensíveis pelas elites, conforme a pregação da legalidade autoritária e o arcabouço teórico da segurança nacional, acentua a tentativa de fundição da pluralidade social. O regime autoritário foi erguido (conforme será melhor avaliado nos tópicos posteriores) sobre a quimera de apreensão da vontade popular integralmente realizada, crença denominada por Friederich Muller de *totalitarismo*.<sup>89</sup>

Portanto, a toda uma estrutura montada sob a base autoritária que sustenta a sistemática processual penal brasileira<sup>90</sup>. Mas, para bem identificar o autoritarismo, importa conceituar acertadamente este. Se pode entender o Autoritarismo a partir de três distintas acepções, como define Malan, Autoritarismo pode designar um sistema político, um perfil psicológico ou uma ideologia política.<sup>91</sup>

Já Christiano Falk Fragoso concebe quatro vertentes distintas para o autoritarismo: *a) como abuso na constituição ou no exercício de poder; b) como regime político; c) como ideologia política; d) como mentalidade autoritária (equivalente ao autoritarismo psicológico-social)*.<sup>92</sup> Para Hannah Arendt, a utilização do termo

---

<sup>88</sup> AMBOS, Kai. **Direito Penal Nacional-Socialista: Continuidade e Radicalização**. Trad. Paulo Cesar Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. P: 55.

<sup>89</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 38.

<sup>90</sup> Como bem define Ricardo Gloeckner: a tradição, no campo processual penal brasileiro, jamais deixou de manter relações incestuosas com as manifestações de poder, especialmente nutrida por mananciais autoritários, por ideologias antidemocráticas. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 54.)

<sup>91</sup> MALAN, Diogo. *Ideologia Política de Francisco Campos: Influência na legislação processual penal brasileira*. In MELCHIOR, Antônio Predo., MALAN, Diogo., SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P: 08.

<sup>92</sup> Para o autor, o primeiro contexto se refere ao autoritarismo como abuso de autoridade, é reputada autoritária a pessoa que, detendo autoridade, abusa do poder que lhe é conferido pelo cargo que ocupa. O segundo contexto seria autoritarismo como uma determinada estrutura de regime político, que é, certamente a noção mais difundida do termo, em se tratando de ciência política. O terceiro contexto, também, proveniente da ciência política, trata do autoritarismo como ideologia política, sendo consideradas

autoritarismo pressupõe a *distorção da ideia legítima de autoridade, acarretando uma estrutura política excessivamente hierárquica, a fim de concentrar o poder político, prescindindo ou opondo-se ao funcionamento das instituições liberal-democráticas.*<sup>93</sup>

Em que pese distintos, em termos de processo penal, há uma grande semelhança entre os modelos autoritários e totalitários.<sup>94</sup> Segundo Rancière, a noção de totalitarismo significava o contrário de democracia. Totalitários seriam aqueles Estados que, em nome da coletividade, negava, ao mesmo tempo os direitos dos indivíduos e as formas constitucionais de expressão coletiva como eleições, liberdade em suas distintas formas, etc.<sup>95</sup> Para Hannah Arendt, seria um regime político essencialmente inovador de todas as outras formas de opressão política e que, segundo a Autora, seria encontrado somente na Alemanha de Hitler e na Rússia de Stálin.<sup>96</sup> Em um modelo totalitário, como o modelo nazista, os juízes tinham que servir a comunidade do povo e, portanto, ao *Führer*, o que os colocava em uma situação de não limitadores do poder punitivo do Estado, mas com a função de agir para executá-los, sempre em detrimento dos supostos criminosos,<sup>97</sup> que eram previamente estabelecidos.

---

autoritárias aqueles que negam de uma maneira mais ou menos decisiva a igualdade dos homens e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnarem formas de regimes autoritários e exaltarem amiudadas vezes como virtudes alguns dos componentes da personalidade autoritária. O quarto e último contexto, provém da psicologia social, sendo o autoritarismo psicológico, sinalizando que condutas autoritárias não estão vinculadas a certas tipologias de personalidade, podendo acometer qualquer pessoa, podendo se perceber práticas e ideologias autoritárias mesmo em regimes não-autoritários. (in FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 64/65.)

<sup>93</sup> ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. P: 136.

<sup>94</sup> Christiano Fragoso, a partir da obra de Stoppino, diferencia autoritarismo de totalitarismo, no grau de mobilização política da sociedade e nos instrumentos a que a elite governante especificamente recorre. No autoritarismo, a penetração-mobilização da sociedade é limitada: entre Estado e sociedade permanece uma linha de fronteira muito precisa: (i) o pluralismo partidário é suprimido de direito ou de fato, mas muitos grupos de pressão mantêm grande parte de sua autonomia e o governo desenvolve, ao menos em parte, uma função de árbitro e encontra neles um limite para o poder; (ii) o controle da educação e da imprensa não vai além de certos limites; (iii) muitas vezes, é tolerada a oposição, se não for aberta e pública; (iv) o governo só recorre aos instrumentos tradicionais do poder político: exército, polícia, magistratura e burocracia; e (v) mesmo havendo partido único, ele não assume papel crucial no que diz respeito ao exercício do poder nem quanto à ideologia. Já no totalitarismo, a penetração-mobilização da sociedade é muito alta, o Estado, ou melhor, o aparelho de poder, tende a absorver a sociedade inteira: (i) não se suprime apenas o pluralismo partidário, mas a própria autonomia dos grupos de pressão que são absorvidos na estrutura totalitária do poder e a ela subordinados; (iii) o Governo monopoliza imprensa e instituições escolares, e suprime até manifestações críticas de pequeno porte; (iv) o regime autoritário procura aniquilar ou subordinar instituições religiosas, e penetra em todos os grupos sociais, até na vida familiar; (iv) o partido do poder é sempre único, e exerce muito intensamente atividades dinâmicas de propaganda ideológica e de arregimentação. (in FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 78)

<sup>95</sup> RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo: 2014. P: 21.

<sup>96</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. R. Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. P: 512.

<sup>97</sup> AMBOS, Kai. **Direito Penal Nacional-Socialista: Continuidade e Radicalização**. Trad. Paulo Cesar Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. P: 57;

Como será melhor explorado em tópico posterior, o código processual penal em vigor no Brasil desde 1941 é assumidamente inspirado no modelo fascista existente na Itália por volta dos anos de 1930. Os códigos Rocco representam o perfeito exemplo de um sistema penal autoritário, baseados na ideia de prevenção e intimidação, confiando a um sistema inquisitório, no campo do processo penal, a realização dessa tarefa.<sup>98</sup>

Para sobreviverem, os *cadáveres adiados*<sup>99</sup>, em um estado sedizente democrático, determinadas categorias jurídicas passam a sofrer um processo de ressignificação operado a partir de um universo de sentido, o das linguagens capturadas pelo regime fascista italiano e mobilizadas em um sentido verdadeiramente autoritário.<sup>100</sup> Além do mais, como em toda forma de ideológica, o fascismo não é percebido como tal por seus agentes: *tem-se, então, a naturalização das práticas fascistas, mesmo em ambientes formalmente democráticos*.<sup>101</sup> O fascismo seria uma máquina de equalização de pretensões, de transformação daquelas demandas não satisfeitas em demandas cooptadas pelo Estado (este ponto explica, parcialmente, a utilização do termo populismo e sua difícil separação, no que toca à recepção das expectativas sociais, do fascismo clássico.).<sup>102</sup>

Como leciona Gloeckner: “o fascismo, ao remodelar categorias já pertencentes de longa data ao cenário jurídico italiano, permitiu a parasitagem destas noções no seio das reformas que se sucedera., de 1955 a 1989”.<sup>103</sup> A necessidade de uma mudança cultural para além de uma mudança legislativa esteve presente nas reformas processuais penais que se sucederam no século XX. A necessidade de romper com cultura fascista, conforme explica Renzo Orlandi, foi o que levou Carnelutti a escrever na introdução do seu esquema de projeto que estava convencido que *o estudo do direito processual almejado na Itália, nos últimos 30 anos, permita – na verdade, exija – uma modificação dos princípios sob os quais se funda o código em vigor, demasiado profunda*

---

<sup>98</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 187.

<sup>99</sup> A hora é de *cadáveres adiados*. Organismos dados como mortos e “superados” e que afinal persistem, mais desfigurados ou transfigurados, decidindo políticas, restringindo direitos, forjando alternativas, falhando soluções, numa palavra, em claro modo de operatividade. In MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 10.

<sup>100</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 56.

<sup>101</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 99.

<sup>102</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 63.

<sup>103</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 197.

*que não é possível realizar uma estruturação própria do Código, mas ao contrário, é dele necessária uma corajosa reconstrução.*<sup>104</sup>

Algo semelhante ao que necessitaria ser realizado na legislação processual penal brasileira, uma mudança em sua fundação<sup>105</sup>, uma refundação do processo penal, no lugar das sucessivas reformas pontuais e parciais. Se a legislação sozinha não rompe cultura sem uma reforma legislativa de profunda magnitude é que não se pode esperar mudanças e superações dos resquícios e ideais totalitários, sob pena de seguirmos com o fenômeno denunciado por Binder como *a reconfiguração inquisitorial dos sistemas acusatórios*.<sup>106</sup>

Em países como o Brasil, fortemente marcados por uma tradição autoritária é preciso que se encare o alto custo da transformação que se pretende, não se muda cinco séculos de um sistema inquisitorial sem uma grande batalha e uma época de traumas, o contrário se apresenta como mera ilusão ou uma desculpa conservadora.<sup>107</sup> Para Michel Debrun existem “arquétipos políticos-ideológicos” do pensamento brasileiro. Estes arquétipos corresponderão a determinadas manifestações, tanto de cunho político quando de cariz ideológico, que configuram um elemento essencial do pensamento brasileiro, seja porque são permanentes, seja porque de tempos e tempos retornam.<sup>108</sup>

O fundamental na postura autoritária para Oliveira Vianna<sup>109</sup> era estabelecer uma forma de governo para aqueles incapazes de se autogovernar. Esta compreensão já foi descrita como um autoritarismo instrumental, isto é, um autoritarismo como meio, como condição para alcançar uma democracia futura, um autoritarismo emergencial para se garantir o futuro da massa de irracionais: *“falhada por inoperante a técnica liberal, só*

---

<sup>104</sup> ORLANDI, Renzo. Direitos Individuais e Processo Penal na Itália Republicana. In **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P: 33.

<sup>105</sup> Mudar a justiça penal não é mudar um código por outro. Também assim, mas isso estamos dizendo muito pouco. E sobretudo nada estamos dizendo sobre o que significa mudar a justiça penal. A primeira coisa que devemos levar em conta é que não é possível fazer evoluir o sistema inquisitivo para formas adversariais. As instituições centrais do modelo inquisitorial são contrárias ao sistema republicano de administração da justiça. (in BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 26)

<sup>106</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 68.

<sup>107</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 25.

<sup>108</sup> DEBRUN, Michel. **A Conciliação e Outras Estratégias**. São Paulo: Brasiliense, 1983. P: 121.

<sup>109</sup> OLIVEIRA VIANA, Francisco José. **O Idealismo e a Constituição**. Rio de Janeiro. Ed. Nacional. 1939.

*seria possível obter essa nova modalidade de comportamento, ainda não objetivada nos costumes, pelos meios autoritários*”<sup>110</sup> Ou seja, seria possível se resumir este pensamento em um slogan: autoritarismo agora, democracia no futuro.<sup>111</sup> Ou, o muito ouvido nas eleições presidenciais de 2018: *Primeiro a ordem, depois o progresso*.

Esses aspectos confirmam a convivência harmoniosa de práticas e manifestações autoritárias em um modelo de democracia. E são elementos confirmadores de que mais do que uma tradição há um autoritarismo estrutural, que faz com que grande parte da população que vive e usufruiu das liberdades democráticas, que muitos políticos que somente exercem seus cargos em razão de democracia, bradem na defesa de medidas autoritárias. Obviamente que o processo penal é um campo preferido para a destilação de todos esses anseios.

Portanto, a exemplo do que ocorreu na Itália, o Brasil vivencia uma cultura autoritária sobrevivendo a um modelo pretensamente democrático, o que pode se explicar pela doutrina que moldou a cultura dos juristas, em especial dos magistrados e, pior, como define Ricardo Gloeckner: *políticas altamente intolerantes serão desencadeadas sob o argumento democrático. Eis, portanto, um retrato da desfiguração da democracia*.<sup>112</sup>

Analisar o papel jurisdicional é analisar a função do Direito na composição e organização do Estado. Que, nas palavras de Dussel “*é a institucionalização do poder político que dá coesão aos diversos níveis constitutivos de uma formação social histórica. É o princípio da ordem e da organização desse sistema concreto*.” E conclui, o mesmo autor destacando que “*o estado reflete o modo de produção dominante de uma formação e é controlado pela classe-sujeito de cada momento histórico, estruturação do exercício do poder sobre as práticas das demais classes*.”<sup>113</sup>

Uma marca de uma tradição inquisitorial<sup>114</sup> não é facilmente superada, os 516 anos de tradição inquisitorial no Brasil não só conformam a todos como ajudam a arraigar

---

<sup>110</sup> OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. P: 448.

<sup>111</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 112

<sup>112</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 90.

<sup>113</sup> DUSSEL, Enrique D. **Caminhos de libertação latino-americana: história, colonialismo e libertação**. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1984. P: 170.

<sup>114</sup> O que chamamos de “tradição inquisitorial” é o conjunto de fatores que condicionam fortemente a atuação desses atores. Estes fatores são tanto práticas internas como externas que finalmente constituem a estrutura do campo como a subjetividade dos atores, numa relação que não pode ser explicada sob a lógica do interno ou externo, o objetivo e o subjetivo. In BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 27.

as bases epistêmicas, dificultando, inclusive, o pensamento e os vínculos que ele proporciona dentro do sistema acusatório.<sup>115</sup> Por isso, Binder sustenta que: “o inquisitorial em nossa região não é simples história, é uma tradição. E como tal entenderemos um conjunto de práticas enraizadas na história, nem sempre conscientes naqueles que a executam, mas que justamente por sua base histórica, são o terreno de onde organizamos nosso entendimento de mundo, tanto intelectual como prática.”<sup>116</sup>

A justiça penal, como todo campo social, foi configurada historicamente. Por isso, encontra-se cruzada por relatos e tradições. Memórias e tradições constituem nossos preconceitos, mas também constituem elementos objetivos do campo (da justiça penal) que se encontram inscritos em práticas e na linguagem.<sup>117</sup> Todavia, essa tradição do maquinário de aplicar a lei adquire força na mentalidade moderna. Pode-se observar que a força dessa tradição advém do encruzamento de problemas e necessidades: por um lado, o fortalecimento do monopólio do Estado; por outro, as novas funções do Direito e, em terceiro lugar, o corpo hierarquizado de especialistas constituídos para fazer a lei.<sup>118</sup>

O Estado usa seu poder para a defesa daquilo que é tido como seu Direito e os efeitos disso em termos de garantias fundamentais são muitos e graves, com influências e consequências políticas e sociais. Weber entende por política a direção do agrupamento político que atualmente é chamado de Estado. Sociologicamente, o Estado se define pelo uso da coação física. Segundo ele: “devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território (...) reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física”. Portanto, o Estado é a única fonte do “direito” à violência.<sup>119</sup>

A concepção política do Estado, por óbvio, vai influenciar na construção de um modelo de Poder Jurisdicional, pois, ao fim e ao cabo, ele se colocará como defensor dos direitos individuais contra o arbítrio estatal ou como defensor dos interesses de

---

<sup>115</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Para Passar do Sistema Inquisitório ao Acusatório: *Jouissance*. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 79

<sup>116</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 50.

<sup>117</sup> BINDER, Alberto. *A Rede Inquisitorial. História e Tradições na Configuração da Justiça Penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 57-93

<sup>118</sup> BINDER, Alberto. *A Rede Inquisitorial: História e Tradições na Configuração da Justiça Penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 112.

<sup>119</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política**: Duas Vocações. 18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011. 66/67.

Estado. Ainda que em uma era democrática não é tarefa fácil efetivar a primeira situação, uma vez que coloca o Estado (juiz) a controlar o próprio Estado de suas próprias arbitrariedades.

Sobre a natureza da jurisdição, Clara Román Borges, trabalha com a ideia de Giuseppe Chiovenda que dissertava que juntamente com a legislação e a administração ela integraria o conjunto de funções por meio das quais o Estado exerceria o seu poder soberano.<sup>120</sup> Isso é compreendido e ensinado de uma forma naturalmente inquestionável, pois a jurisdição é um poder do Estado ou melhor, uma das formas de manifestação do poder estatal<sup>121</sup>, mas necessitamos elevar o questionamento acerca do exercício desse poder, de suas limitações e de seus objetivos, o que será mais aprofundado no capítulo seguinte.

Por obvio que esse exercício de Poder estatal, nunca é exposto de forma a manter interesses políticos estatais em detrimento de direitos individuais e, a partir daí, se criam aquilo que Warat, tão bem problematiza, ao fazer menção *a existência de mecanismos ilusórios que põem em funcionamento o sistema dominante das representações jurídicas sobre o Estado: encarnação do interesse geral, protetor desinteressado dos desejos coletivos e a personalidade moral da nação, forma racionalizada do exercício da coerção, que permite aos homens não obedecer aos homens senão aos valores sociais (expressos em normas jurídicas)*.<sup>122</sup>

Isso afeta sobremaneira a estruturação processual e, por conseguinte, a atuação jurisdicional, pois o detentor do poder de julgar se coloca como principal realizador dessa “justiça”, dessa “defesa” do todos contra o “um”, de um chamado “*garantismo social*”<sup>123</sup> e, ainda que inconscientemente, é levado ao exercício de poder

---

<sup>120</sup> “La sovranità è il potere inerente allo Stato, cioè all’organizzazione di tutti i cittadini per fini d’interesse generale. Ma questo único potere comprende tre grandi funzioni, legislativa, governativa (o amministrativa) e giurisdizionale.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 292) (in BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.P: 76)

<sup>121</sup> A jurisdição não é e não pode ser um poder do Estado. O poder é uma inerência deste e chega-se a afirmar que o “Estado é poder”. Ser poder é a capacidade de impor as próprias decisões, nem logicamente se pode conceber a convergência de uma suposta pluralidade de poderes sobre uma só entidade: dispondo ela de poder, ou seja, dessa capacidade, exercê-lo-á em variadas direções, conforme objetivos específicos e portanto funções assumidas. Por isso é que, em vez de definir-se como *um* poder do Estado, jurisdição deve ser vista como *uma das expressões do poder estatal*, que é uno. (In DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 139)

<sup>122</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. 59.

<sup>123</sup> Sob esse aspecto, como já se alertou, não parece haver qualquer tipo de dúvida, e, soando despropositadas por um lado, e bizarras, por outro, posturas teóricas que refletem justamente um punitivismo exacerbado e populista clamando por uma espécie de garantismo às avessas – ou garantismo

guiado a salvaguarda de determinados interesses. Esse exercício de poder, por parte de camadas dominantes, repousa na aceitação dos valores sociais que, racionalmente, justificam ideologicamente o seu poder e toda a tentativa de questionamento desses valores sacralizados passa a ser compreendida como inconveniente e perigosa.<sup>124</sup>

Isso explica o quanto historicamente se criminalizou discursos, pensamentos e atuações que viessem a questionar a atuação jurisdicional e colocar-se, de alguma forma, diante desta. Em síntese, como leciona Clara Maria Román Borges: *o direito foi responsável por vincular o poder à ideia de soberania e, conseqüentemente, por possibilitar a ocultação e a concretização da dominação por ele exercida*.<sup>125</sup>

Portanto, há toda uma base cultural e uma estrutura a desenhar o trilho de atuação jurisdicional e conseqüentemente definir a atuação do Magistrado. Para isso, é fundamental que uma nova estruturação política do Estado represente um novo modelo de processo penal e, portanto, uma nova atuação jurisdicional, sob pena de esvaziar-se todas as promessas de rupturas totalitárias advindas com uma nova ordem constitucional. A mudança, necessária, da justiça penal precisa passar pela introdução de novas práticas reativas à esta tradição inquisitorial, que sejam francamente contrárias à ela, que possam debilitar a atual estruturação, enfraquecendo, também assim, os condicionantes que pesam sobre seus atores.<sup>126</sup>

Por isso, *a normatividade constitucional, enquanto direcionamento político do processo prevê um processo penal dotado de uma específica postura, eleita, escolhida, mediada por suas escolhas e pelo arcabouço de princípios democráticos pré-moldados*.<sup>127</sup> No entanto, há uma tradição forjada sobre bases autoritárias que insiste em resistir às mudanças constitucionalmente estabelecidas e um autoritarismo estrutural a influenciar (ou até determinar) a atuação dos agentes públicos investidos no poder de julgar.

---

social para alguns. (in DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015. P: 128.)

<sup>124</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. Pág. 44.

<sup>125</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 98.

<sup>126</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 29.

<sup>127</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015. P: 119.

### 1.3 A Matriz Doutrinária e a Cultura Autoritária como Condicionantes das Expectativas em Torno do Julgador Criminal:

Como destacado, há uma estrutura autoritária, fruto de uma “tradição” e de uma “cultura” autoritária. Para que possa avaliar as causas e sintomas disso é imperioso que se analise a doutrina que forjou essas compreensões. A exemplo do que já fora trabalhado no tópico anterior é necessária uma análise sobre as doutrinas de referência que serviram na formação dos juristas e, por consequência, na definição de uma cultura que se posterga em um apego à “tradição”.

Se o movimento a respeito das expectativas em torno da atuação do julgador é de “fora para dentro” do judiciário ou se ele é “de dentro para fora” é algo a ser melhor analisado em tópicos posteriores, entretanto, é possível afirmar que o modelo doutrinário que formou uma concepção de processo e, por conseguinte, de atuação do julgador é algo a influenciar sobremaneira a definição daquilo que se espera de quem está investido no poder de decidir em matéria penal. Mas, para isso, fundamental a lição de Rubens Casara quando refere que: *“compreender que a relação entre “prisão” e “liberdade” revela uma manifestação de poder (e que a contenção do poder é o núcleo da dimensão política do processo penal) auxilia na identificação dos elementos e discursos afetados pela tradição autoritária e, assim, permite que a atuação dos atores jurídicos volte-se à realização da democracia.”*<sup>128</sup>

Já fora analisada brevemente uma tradição a denotar uma concepção sacralizada do ato de julgar, uma crença na infalibilidade do julgador e uma ilusória confiança no poder do Estado, que se valeu dos seus poderes para a manutenção de interesses de determinados grupos. Mas, para demonstrar a perpetuação de muitos destes elementos é fundamental a análise da propagação de tal cultura.

Como um expoente doutrinário, é possível mencionar Inocêncio Borges da Rosa, com uma base cultural forjada nos autores italianos, com ampla inspiração em Manzini, define a importância do processo consistindo na *garantia de que suas leis e seus atos fornecem à sociedade contra a atividade perniciosa dos delinquentes, na garantia que oferece aos indivíduos acusados contra o ius persecuendi in iudicio dos outros*

---

<sup>128</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 17

*membros da sociedade, contra possíveis excessos ou desvios do poder social, contra a arbitrariedade, o erro a ignorância, a má-fé e a parcialidade dos juízes encarregados de aplicar as leis.*<sup>129</sup>

Quanto aos fins do processo penal determina que *o interesse fundamental que determina o processo penal é o de aplicar a pena ao delinquente* e citando Manzini, refere que *errado e incoerente é o critério segundo o qual as normas processuais são essencialmente destinadas à tutela da inocência*. E sobre a presunção de inocência é enfático: *“A imputação funda-se sempre e necessariamente em indícios de criminalidade, de tal sorte que, se existe uma presunção, esta é de culpabilidade do imputado. Esta presunção só desaparecerá ante a prova em contrário, ou no caso, de falta ou insuficiência de prova da criminalidade.”*<sup>130</sup>

No que tange ao juiz, Inocêncio Borges da Rosa rechaça a ideia de que incumbiria ao Magistrado apenas zelar pela regularidade dos atos, afirmando que este possui *uma posição preponderante na direção do processo, como consequência: 1) de ser o processo penal um ramo de Direito Público Interno; 2º) do interesse social, na repressão da criminalidade, preponderar sobre o interesse individual das partes.*<sup>131</sup>

Percebe-se uma notória visão de prevalência do interesse comum sobre o individual a guiar a atuação do julgador, nota sintomática e clarividente de todo autoritarismo, conforme demonstrado no tópico antecedente. O que se denota em outros autores, que ainda que impusessem limites a atuação do julgador, evidenciavam o protagonismo do Magistrado, a exemplo de Julio Fabbrini Mirabete, que leciona que o juiz: *“está adstrito à prova dos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos a eles estranhos: o que não está nos autos não está no mundo. É livre, porém, quando se guia pela crítica sã e racional; a lógica, o raciocínio, a experiência e etc. o conduzirão nesse exame e apreciação.”*<sup>132</sup>

Damásio de Jesus também complementa que a atuação do julgador na busca de provas é legítima pois: *“ao contrário, porém, do que ocorre no processo civil, na esfera criminal, vigorando o princípio da verdade real, pode o juiz determinar*

---

<sup>129</sup> ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. P: 03.

<sup>130</sup> ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. P: 24/25.

<sup>131</sup> ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. P: 375

<sup>132</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. P: 415.

*diligências, independentemente de provocação das partes, no sentido de apurar o fato ou qualquer causa excludente do crime ou da culpabilidade, nos termos da segunda parte do dispositivo.*”<sup>133</sup>

Fernando Capez, marca de uma doutrina forjada nos bancos do Ministério Público, acerca do processo penal afirma: *“surge, então, um conflito de interesses, no qual o Estado tem a pretensão de punir o infrator, enquanto este, por imperativo constitucional oferecerá resistência a essa pretensão, exercitando suas defesas técnica e pessoal. Esse conflito caracteriza a lide penal, que será solucionada por meio da atuação jurisdicional.*”<sup>134</sup> Para o autor, o *“processo é o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e dirimindo os conflitos de interesse. A jurisdição é, portanto, função; o processo, instrumento de sua atuação.*”<sup>135</sup> Quanto a atuação do juiz, refere que *“é dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença.”*<sup>136</sup> O Estado, ainda na visão do mesmo autor, é detentor de um *“direito de punir que decorre do ordenamento legal e consiste no poder genérico e impessoal de punir qualquer pessoa que venha a cometer um ilícito penal.*”<sup>137</sup>

Ao compararmos as lições de alguns dos mais utilizados autores em suas obras pré-constituição de 1988 com aquelas trazidas pós o advento da Constituição Democrática é possível se constatar que pouco (ou quase nada) houve de mudança em relação à forma de se conceber o processo e do que se espera da atuação do juiz. Isso é um sintoma claro de uma cultura autoritária a viver perfeitamente em um ambiente democrático. Essa cultura doutrinária seguiu professando os seus conceitos e critérios embebidos do autoritarismo no qual foram gestados, ignorando as (pretensas) mudanças trazidas com a nova ordem constitucional.

Ao pesquisar alguns autores de notória relevância na construção da cultura doutrinária nacional fica evidente a compreensão do Estado como detentor do “direito” de punir, da importância do uso do processo penal como instrumento de segurança pública e da possibilidade do juiz atuar de ofício, como é possível perceber na análise de obras

---

<sup>133</sup> JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P: 145.

<sup>134</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998: P: 01.

<sup>135</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998: P: 05

<sup>136</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998: P: 22.

<sup>137</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998: P: 25.

de Rogério Lauria Tucci, José Frederico Marques, Fernando da Costa Tourinho Filho e Damásio Evangelista de Jesus.

Para Tucci, A regra da verdade material, especializa-se nas da inquisitividade da atuação judicial, em prol da sua descoberta, do contraditório real e do livre convencimento do juiz. A da inquisitividade, ínsita ao processo penal, na sua inteireza, diz com a imprescindibilidade de apuração da verdade material, que deve ser perquirida incessantemente, de sorte a preservar-se a liberdade do inocente e impor-se a sanção adequada à infração penal constatada, ou seja, a punição merecida pelo culpado.<sup>138</sup>

Em sua obra, no ano de 2002, o autor segue afirmando que “*a verdade deve ser inquirida, incessantemente, também em todo o desenrolar da persecução penal, de sorte a preservar-se a liberdade do inocente e impor-se a sanção adequada à infração penal constatada, isto é, a punição que o acusado faz por merecer.*”<sup>139</sup> E refere que a apuração da verdade material, ou atingível, é o dado mais relevante do precípua escopo do processo penal, de modo que se torna inequívoco que essa finalidade somente pode ser atingida mediante a atribuição de inquisitividade à atuação dos agentes estatais de persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal.<sup>140</sup> Iniciada a ação judiciária penal, o órgão jurisdicional procede de ofício, em atenção à inquisitividade vigorante no processo penal, que o distingue, também, nesse ponto, do processo civil, ordinariamente preso à máxima de que “o juiz não deve proceder de ofício.”<sup>141</sup>

Tucci ampara-se nas lições de Giuseppe Sabatini para referir que a inquisitorialidade no processo penal apresenta-se como exigência ética e lógica, antes que processual.<sup>142</sup> Em relação a atuação do juiz independe da atuação do promotor, refere que o juiz não fica vinculado, de forma alguma, ao parecer do Ministério Público e tanto quanto ao conteúdo do ato decisório, resultante de sua convicção ante o material probante

---

<sup>138</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986. P: 41.

<sup>139</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P: 177.

<sup>140</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P: 177.

<sup>141</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986. P: 90.

<sup>142</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986. P: 91.

submetido à sua apreciação, tem ele o poder de iniciativa em todo o desenrolar do processo penal.<sup>143</sup>

Entretanto, mesmo permitindo toda a atuação de ofício do juiz na busca da verdade, o autor ressalva que: “*o poder inquisitivo conferido ao órgão jurisdicional para a devida formação de seu convencimento, não deve ser confundida com o processo penal inquisitório, originário do direito penal romano e desenvolvido segundo o modelo canônico, de triste memória.*”<sup>144</sup>, no entanto não explica muito essas diferenças, mas tenta fazer crer que a busca pela verdade pelo juiz pode proteger o acusado de interesses secundários do particular ofendido.

Algumas ideias permaneceram imutáveis ao autor, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que a concepção da infração penal como violação de um bem juridicamente tutelado, que não lesa apenas bens individuais, mas afeta, também, a harmonia e a estabilidade indispensáveis à vivência comunitária, de modo a incumbir ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública, se faz presente em duas obras com quase duas décadas de intervalo entre suas publicações.<sup>145</sup>

Frederico Marques, já antes do advento da Constituição Federal de 1988 definia que o “*o juiz é assim o órgão exclusivamente encarregado da aplicação da lei penal. Não lhe cabe assumir a titularidade da pretensão punitiva ou do direito de liberdade do réu, pois, com isso, quebraria o equilíbrio que no processo deve existir.*”<sup>146</sup> Entretanto, sustentava a necessidade de busca pela verdade, frisando que a descoberta da verdade se apresenta, assim, como meio e modo para a reconstrução dos fatos que devem ser julgados e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal.<sup>147</sup> Em suas duas obras, uma escrita em 1970 e outra em 1997, o autor já referia: “*aponta-se a descoberta*

---

<sup>143</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986. P: 93.

<sup>144</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P: 178.

<sup>145</sup> Tal afirmativa é encontrada na obra TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986. P: 35 e reproduzida literalmente na obra TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P: 163.

<sup>146</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. São Paulo: Forense, 1970.P: 397.

<sup>147</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. São Paulo: Forense, 1970.P: 63.

*da verdade como finalidade imediata e específica do processo penal, o que não nos parece de todo aceitável.*”<sup>148</sup>

Referia o autor que o direito brasileiro, garantia constitucionalmente aos acusados “*plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela*” (Constituição Federal, art. 141, § 25) e assegurada a instrução criminal contraditória (art. 141, § 25) somente o acusatório pode ter acolhida.”<sup>149</sup> Segundo o autor a atuação de ofício sendo restrita ao juiz e a existência de um órgão titular da ação penal afasta o sistema brasileiro de um modelo inquisitorial.

José Frederico Marques, em que pese a construção teórica em defesa de um procedimento acusatório que faça prevalecer a imparcialidade do juiz, admite como válida a atuação de ofício do Magistrado e destaca que *nada influi na conclusão da sentença, o pedido de absolvição por parte do Ministério Público.*<sup>150</sup>

Se percebe uma visão um pouco reduzida do que seria a atuação de ofício do Magistrado, por exemplo, na obra de Tourinho Filho quando refere acerca do Magistrado não concordar com o pedido de arquivamento de um inquérito policial pelo Ministério Público, pode oficiar o Procurador-Geral é exaltada como uma demonstração do poder restrito do juiz. Sustenta o autor que: “*Tão importante é tal princípio (nudex iudex sine actore.) que, mesmo na hipótese de o órgão do Ministério Público, infundadamente, requerer o arquivamento do inquérito policial o máximo que o juiz pode fazer é remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP. Isto significa que, nem por via oblíqua pode ser quebrado o princípio do nemo iudex sine actore.*”<sup>151</sup> Tal entendimento, prosseguiu na obra do autor, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988.<sup>152</sup>

A visão parece um tanto quanto reducionista pois ignora o quão afetada estará a imparcialidade do Magistrado quando este discorda do Ministério Público e postula o oferecimento da denúncia, ingênuo seria acreditar que estará isento de pré-juízos quando da sentença.

---

<sup>148</sup> Essa mesma afirmação fora encontrada na obra MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. São Paulo: Forense, 1970.P: 61 e na obra MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. Campinas - SP: Bookseller, 1997.P: 69.

<sup>149</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. São Paulo: Forense, 1970.P: 63.

<sup>150</sup> Tal afirmação se apresenta igualmente tanto na obra MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.3. São Paulo: Forense, 1970.P: 45, quanto na MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.3. Campinas - SP: Bookseller, 1998.P: 53.

<sup>151</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 6.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1982. P: 48.

<sup>152</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1997. P: 62.

Sobre a função do Magistrado, Tourinho Filho entende que o advento da Constituição Federal não trouxe nenhuma mudança, pois em sua obra, tanto na escrita em 1982, como na edição de 1997, invoca a redação do art. 251 do Código de Processo Penal e refere que: *“O juiz, diz o Min. Francisco Campos, deixou de ser um espectador inerte na produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar afinal, mas, também, para ordenar de ofício as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.”*<sup>153</sup>

No que tange ao ônus da prova, Damásio de Jesus frisa que pela redação do código de processo penal, ele incumbe a quem alega *“se o Ministério Público oferece denúncia contra o réu por crime de homicídio incumbe ao órgão da acusação demonstrar a prática do fato e de sua autoria. No tocante ao fato concreto cometido pelo sujeito, incumbe à acusação a prova dos elementos do tipo sejam objetivos, normativos ou subjetivos.”* Mas relativiza o autor no que tange ao ônus probatório da defesa quando invoca excludentes de ilicitude: *“se o réu, na defesa prévia, alega ter agido em legítima defesa, a ele compete a prova da excludente de ilicitude.”* E, conclui, a respeito da atuação de ofício do juiz: *“Ao contrário, porém, do que ocorre no processo civil, na esfera criminal, vigorando o princípio da verdade real, pode o juiz determinar diligências, independentemente de provocação das partes, no sentido de apurar o fato ou qualquer excludente do crime ou da culpabilidade.”*<sup>154</sup> Tal entendimento do autor, fora mantido de forma integral em suas obras pós Constituição de 1988.<sup>155</sup>

Em relação ao Ministério Público, o autor manteve inalterada sua obra no que tange às funções do promotor, destacando que *“no processo penal, o Ministério Público não funciona somente como titular da ação penal pública. É, também, custos legis (fiscal da lei). E nesta qualidade pode recorrer de sentença condenatória em favor do réu.”*<sup>156</sup> E, ainda frisa o autor: *“constitui dever e obrigação primordial do Promotor zelar para*

---

<sup>153</sup> Tal afirmação se encontra reproduzida literalmente na obra TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 6.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1982. P: 353 e na obra TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1997. P: 433.

<sup>154</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. P: 117.

<sup>155</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P: 142 (...) *Ao contrário, porém, do que ocorre no processo civil, na esfera criminal, vigorando o princípio da verdade real, pode o juiz determinar diligências, independentemente de provocação das partes, no sentido de apurar o fato ou qualquer excludente do crime ou da culpabilidade, nos termos da segunda parte do dispositivo.”*

<sup>156</sup> Tal citação encontra-se idêntica no livro JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. P: 153 e no livro JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P: 183.

*que haja justiça nos julgamentos e não, como é pensamento de muitos, lutar com todas as forças para que o réu seja condenado.*”<sup>157</sup>

Não que haja uma grande discordância do que fora trazido pelo autor brevemente para tratar do Ministério Público no processo penal, mas apenas para ilustrar como o advento da Constituição Federal que ampliou sobremaneira as funções e o patamar do Ministério Público não trouxe nenhuma mudança na concepção deste órgão dentro do processo penal, evidenciando a total ausência de oxigenação constitucional tanto da legislação quanto da doutrina majoritária. O que representa um marco para uma evolução ao sistema acusatório seria justamente a definição de um órgão público amplamente estruturado com a titularidade privativa do exercício da ação penal, o que somente veio com a Constituição de 1988, mas que seguiu ignorado pela imensa maioria dos doutrinadores.

No que tange à fundamentação da decisão judicial, o autor afirmava em 1983 que: *somente quando não motivada a sentença é nula. Assim, a circunstância de conter fundamentação sucinta ou deficiente não a invalida (STF, RTJ 73/220).*<sup>158</sup> E, mesmo com a garantia da fundamentação das decisões judiciais ter passado a integrar expressamente o texto constitucional em 1998, no Art. 93, IX, o autor manteve integralmente o seu entendimento sem sequer uma nota de destaque para a nova disposição da Constituição Federal.<sup>159</sup>

Isso confirma o que busca se demonstrar, isto é, que a promulgação da Constituição Federal e seus diversos mandamentos que se relacionam com o processo penal não importaram em novas reflexões doutrinárias, o que explica a manutenção do código em vigor e a perpetuação de uma cultura manualesca e acrítica dos institutos processuais penais. Linha comum nesse marco doutrinário analisado é o protagonismo do juiz na busca pela verdade e na satisfação do “direito” punitivo do Estado, o que denota claramente o que se espera da atuação do magistrado na seara criminal.

Com efeito, se a potencialidade democrática brasileira deve ser pensada a partir da Constituição da República de 1988, o autoritarismo deveria sobreviver à sua

---

<sup>157</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. P: 153 e de forma idêntica no livro JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P: 184.

<sup>158</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. P: 205.

<sup>159</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P: 253.

promulgação.<sup>160</sup> É neste húmus que a responsabilidade de juristas e “saberes de escola” são negados, que as práticas autoritárias conseguem se naturalizar no campo de tensão entre teoria e práxis, com nítida e incontestável prevalência da segunda. Por fim, não menos responsável ainda é a cultura manualística, que nos últimos anos foi capaz de simetrizar, em larga medida, teoria e práticas dos tribunais, de forma que o papel da doutrina acaba sendo o de justificar o decisionismo, superar inevitáveis incongruências relativas à juristocracia brasileira e, por fim, proporcionar ao poder judiciário que se retroalimente do material previamente abraçado pela doutrina, num ciclo vicioso e simplista, fechado e autorreprodutor, ao melhor estilo metastático.<sup>161</sup> Corroborando, Binder, afirmando que soma-se a tudo isso, o enciclopedismo, a falta de crítica, a instabilidade etc... Portanto, não é difícil supor que as escolas jurídicas compreendem um papel de permanente reprodução da tradição inquisitorial.<sup>162</sup>

Esse autoritarismo *cool* apresenta uma frontalidade grosseira. Porém, como carece de inimigo fixo e, também, de mito, é desbotado, não tem o colorido do entreguerras nem a inventividade do biologismo racista. Seu histrionismo é bem mais patético, sua pobreza criativa é formidável, é órfão de todo e qualquer brilho perverso; antes possui uma horrível e deprimente opacidade perversa. Não há monumentos neoclássicos, cientistas racionalizando, paradas ostentatórias; ele é pobre, funciona porque é pouco inteligente, é elementar, não pensa e promove uma greve de pensamento ou um pensamento nulo, porque explodiria ao menor sopro do pensamento. O exercício do poder punitivo tornou-se tão irracional que não tolera sequer um discurso acadêmico rasteiro, ou seja, ele não tem discurso, pois se reduz a uma mera publicidade.<sup>163</sup>

Portanto, essa matriz doutrinária enquanto uma tradição cultural guia e condiciona as expectativas em torno da atuação do julgador. A análise Webberiana acerca do poder estatal e de sua legitimação empresta importantes conceitos e convida a grandes reflexões acerca da atuação jurisdicional nessa relação. Define Webber que *o “Estado é uma relação de dominação do homem sobre o homem fundada no instrumento da violência considerada legítima. Ele só pode existir na condição de que os homens*

---

<sup>160</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 82.

<sup>161</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 193.

<sup>162</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal.** Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 42.

<sup>163</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007. P: 77.

*dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.”* Para justificar a dominação existem três fundamentos da legitimidade: (1) poder tradicional - autoridade do “passado eterno”; (2) poder carismático – profeta, chefe, soberano, demagogo, dirigente, etc.; (3) poder da legalidade – crença na validade do estatuto legal.<sup>164</sup>

Todas essas situações serão trabalhadas, de alguma forma, ao longo da presente pesquisa, mas é necessário fixar já nesse momento a base pela qual se faz relevante a apreciação de como esses fundamentos são incorporados por magistrados para justificar suas atuações, em especial o “poder tradicional” exercido por essa doutrina de base. Ainda que Weber trabalhe com esses fundamentos para a legitimidade da atuação do Soberano, sendo a jurisdição um importantíssimo elemento nessa relação de Poder, obviamente que tais fundamentos podem (e devem) ser trazidos para uma reflexão do atuar jurisdicional de cada um dos representantes do Estado, no caso, os juízes.

A análise da tradição jurídica demonstra a matriz cultural forjada na centralidade do magistrado e isso formou a base pela qual se criaram as expectativas em torno da atuação jurisdicional. De outro lado, o *poder carismático* criado a partir da suposta *defesa do interesse social* coloca o poder jurisdicional como instrumento de pacificação social e guia-se pelas normas criadas como legitimação dessas expectativas, o que demonstra os fundamentos webberianos aplicados perfeitamente ao que se busca avaliar em termos de jurisdição e poder do Estado.

A jurisdição, dentro de um Estado, além da tutela dos direitos, será a responsável pela tutela dos interesses de um Estado, o que pode se apresentar problemático, diante de uma sociedade dividida, com interesses distintos e em conflito. A escolha do “inimigo” social, será uma controvérsia a ser dirimida pelo poder jurisdicional, sem olvidar do que refere Carl Schmitt: *“uma guerra não tem o seu sentido no fato de ser conduzida em favor de ideais ou normas jurídicas e sim contra um inimigo real.”*<sup>165</sup>

E como se coloca o Poder Jurisdicional diante desse “inimigo”? Quando o “inimigo” é o acusado contra quem o Estado deve exercer seu “direito” de punir. Berman, também refere a relevância dos dois poderes do soberano, afirmando que: *“a subordinação do poder da espada ao poder do julgamento sugere um conceito de*

---

<sup>164</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. 18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011

<sup>165</sup> SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2009. P: 8

*soberania no qual o mesmo direito e o poder de declarar guerra do governante derivam de seu direito e poder de proferir julgamento e fazer justiça.*”<sup>166</sup>

Quanto às características do poder supremo, Hobbes sintetiza: “*elaborar e revogar leis, determinar a guerra e a paz, ter conhecimento e julgar as controvérsias, seja pessoalmente, seja por juízes designados por ele; nomear todos os magistrados, ministros e conselheiros.*”<sup>167</sup> Portanto, é marca essencial de um Estado despótico o *absolutismo jurisdicional*, com poderes irrestritos nas mãos do soberano, único detentor do poder de julgar, como bem sintetiza Montesquieu:

Nos Estados despóticos, o próprio príncipe podia julgar. Não o pode nas Monarquias: seria destruída a constituição; os poderes intermediários dependentes, aniquilados; veríamos cessar todas as formalidades dos julgamentos; o temor tomaria conta de todos os espíritos; a palidez se instalaria em todos os rostos; não haveria mais confiança, nem honra, nem amor, nem segurança, nem monarquia. Nos Estados monárquicos, o príncipe é a parte que persegue os acusados e os faz serem punidos ou absolvidos: se ele mesmo julgasse, seria o juiz e a parte.<sup>168</sup>

Assim, há muito se concebe a noção de que um poder jurisdicional legítimo exige a identificação clara de limites, independente do modelo de governo. Ao longo da história muitos são os episódios a denunciar os problemas vivenciados quando tivemos diante de um juiz único e de um poder de julgar nas mãos do próprio soberano a quem incumbia o dever de acusar. Como refere Montesquieu: “*Os julgamentos feitos pelo príncipe seriam fonte inesgotável de injustiças e abusos; os cortesãos extorquiam, com a importunidade os julgamentos. Tiveram alguns imperadores romanos o furor de julgar; nenhum reinado espantou mais o mundo com suas injustiças.*”<sup>169</sup>

Nas célebres lições do autor se percebe claramente a preocupação com o poder de julgar e a necessidade de se encontrar limites entre os poderes:

---

<sup>166</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 365.

<sup>167</sup> HOBBS, Thomas. **O Cidadão**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. P: 105.

<sup>168</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**; trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. P: 94.

<sup>169</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**; trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. P: 95.

A liberdade política de um cidadão é a liberdade do espírito que provém da confiança que cada um tem na sua segurança; para que esta liberdade exista é necessário um governo de tal ordem que não um cidadão possa temer o outro. Quando o poder executivo e o legislativo se reúnem na mesma pessoa, não há liberdade; falta a confiança porque se pode temer que o monarca ou Senado façam leis tirânicas para e as executem eles mesmos tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não estiver bem deslindado do poder legislativo e do poder executivo. Se não estiver bem separado do poder legislativo se poderá dispor arbitrariamente da liberdade e da vida dos cidadãos; como que o juiz fosse o legislador. Se não estiver separado do poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo se tornaria perdido se o mesmo homem, a mesma corporação de próceres, a mesma assembleia do povo exercesse os três poderes: o de ditar as leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os delitos ou os pleitos entre particulares.<sup>170</sup>

Notória a preocupação com juiz exercendo funções legislativas e executivas, mas pouco se fala do contrário, em uma crença (até explicada pelo momento histórico) no poder ilimitado do parlamento. O que retorna a uma das encruzilhadas problemáticas que fomenta o presente estudo. As lições de Montesquieau são muito mais claras se forem compreendidas como provindas de um sociólogo e não como um texto dogmático, porque ele parte do reconhecimento de um fenômeno humano que não pode ser esquecido: *todo poder induz ao abuso*.<sup>171</sup> Isso seria reduzir a quase nada a atuação jurisdicional, o que, obviamente, não se trata nem de uma intenção do atual modelo de Estado e, muito menos, uma possibilidade concreta diante da relevância de tal exercício de poder. Como adverte Zaffaroni: “*expressões tais como ‘onde a lei não distingue não devemos distinguir’, ‘dura lex sed lex’ etc. nada mais fazem do que revelar ignorância jurídica ou, o que é pior, desprezo pelo saber jurídico.*”<sup>172</sup>

Alertando sobre isso, a precisa lição de Franco Cordero, ao afirmar que “*ninguém, com olhos abertos, crê ainda na identidade texto-norma, ilusoriamente*

---

<sup>170</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**; trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. P: 295.

<sup>171</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P: 81.

<sup>172</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P: 57.

*atestada pelos iluministas devotos da 'Lei' e de sua correspondente mitologia, ou das fábulas espalhadas pela Escola da Exegese sobre a hermenêutica-ciência exata: de uma fórmula saem tantas normas quantas são as cabeças dissidentes.*"<sup>173</sup>

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, conclui:

E o que se retira disto, inicialmente, transportando tal pensamento para o direito, é que o juiz não é mero 'sujeito passivo' nas relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é construtor da realidade em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente cognitiva. Além do mais, como parece sintomático, ele, ao aplicar a lei, atua sobre a realidade, pelo menos, de duas maneiras: 1º, buscando reconstruir a verdade dos fatos no processo e, 2º, interpretando as regras jurídicas que serão aplicadas a esse fato ou, em outras palavras, acertando o caso que lhe é posto a resolver.<sup>174</sup>

É inerente ao ser humano a interpretação do texto normativo bem como é inevitável a influência subjetiva na relação sujeito-objeto. Portanto, crer em um juiz como mero reproduzidor do texto normativo é negar a fundamental relevância do poder jurisdicional. Vale esclarecer que aceitar a existência disso não significa defender, tampouco concordar, mas apenas compreender que a complexidade do fenômeno não permite análises superficiais e dispostas a enxergar apenas aquilo que considera bem visto.

Esse parece ser o desafio e uma das razões que justificam a presente pesquisa. Em nome de uma suposta segurança jurídica se pretendeu dar aos juízes uma função de mero aplicador da norma, olvidando-se que não há aplicação sem interpretação. Ademais, importa destacar que a mencionada segurança jurídica pela qual em tese deve velar o juiz jamais existiu e nela só fingem acreditar aqueles que pretendem esconder o aspecto político da jurisdição para de alguma maneira manter inquestionável a dominação engendrada por seu intermédio e dela tirar algum proveito pessoal.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup>. CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

<sup>174</sup> COUTINHO, O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. (coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P: 46

<sup>175</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.P: 79.

O poder demasiado nas mãos do detentor do poder jurisdicional pode conduzir ao arbítrio, pois a jurisdição passa a não mais ser exercida em favor do soberano, mas também não o é colocada em favor do povo (até mesmo pela inaplicabilidade de se pensar em uma “vontade geral”), criando-se, com isso um caminho de incerteza e imprevisibilidade, tendendo ao abuso de poder. Pois como sustenta Zaffaroni: *a mais elementar experiência institucional demonstra que sempre que há poder sem controle opera-se o abuso de poder.*<sup>176</sup> Em um regime democrático, guiado pelos valores fundamentais da democracia, não é possível que qualquer um dos três poderes trabalhe isoladamente dos outros e sem ser submetido a nenhum equilíbrio e controle.<sup>177</sup>

Em se tratando de um poder, muitas vezes individual, não podemos olvidar da lição de Webber, para quem: *“A principal alegria íntima que a carreira política pode proporcionar é o sentimento de poder, ou seja, a consciência de influir na vida de outros humanos, o sentimento de participar do poder e a consciência de figurar entre os que detêm nas mãos um elemento importante da história que podem elevar o político.”*<sup>178</sup>

Ainda que tal afirmação tenha se dado em um contexto de poder político, resta claro, a partir das discussões anteriores que, em se tratando de jurisdição, estamos diante de um poder político do Estado. A análise disso passa também pela compreensão dos poderes do Estado e suas atribuições. Pois como define Kelsen: *“O princípio da separação dos poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, a ideia de democracia corresponde a ideia de que todo poder deve estar concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis pelo povo.”*<sup>179</sup>

Ainda que utópica a percepção de que ao povo devem ser exercidos os poderes e pelo povo o controle, não se pode deixar de buscar uma solução que se dê o mais próximo desse desiderato, como referiu Trois Neto, ao afirmar que *a única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia consiste em compreendê-la também como representação do povo. Não se trata, obviamente, de um mandato*

---

<sup>176</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos.** Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P: 81.

<sup>177</sup> In un regime democratico, infatti, occorre contemporare governo della maggioranza e valori fondamentali della democrazia, operazione non possibile se ciascuno dei tre poteri opera isoladamente dagli altri, senza essere soggetto ad alcun equilibrio ed alcuna sorveglianza. BARAK, Aharon. **La direzionalità del giudice.** Traduzione di Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè Editore, 1995. P: 200.

<sup>178</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política:** Duas Vocações. 18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011

<sup>179</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução Luis Carlos Borges. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P: 403.

*outorgado por meio do sufrágio popular, mas de uma representação ideal que se dá no plano discurso, é dizer, uma representação argumentativa.*<sup>180</sup>

Não se está a se defender o uso de jargões grandiloquentes, como “voz das ruas” ou “clamor popular” para justificar medidas arbitrárias em desfavor, quase sempre, de determinados grupos de pessoas. Mas partir da ideia de que, em uma democracia constitucional, o poder jurisdicional deve se dar em consonância com os valores insculpidos na Constituição. Uma vez que o Estado Constitucional é Estado de Direito, mas é também Estado Democrático. Isso significa que o poder (também o jurisdicional) além de limitado, deve exercer-se de forma democrática e direcionado à concretização do projeto constitucional.<sup>181</sup> Ou, ainda, como sintetiza Lênio Streck: “*a resposta não é a única, nem a melhor, simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição*”<sup>182</sup>.

Por isto, a precisa lição de Aury Lopes Jr., ao tratar a jurisdição como uma garantia e definir que ela abrange uma série de garantias, pois seria mais do que ter um juiz, seria ter um juiz natural, imparcial e comprometido em dar eficácia aos dispositivos Constitucionais.<sup>183</sup> Mas, para isso, é preciso enfrentar os problemas do processo penal e, por conseguinte, da jurisdição em matéria penal, reconhecendo a seletividade (pois o processo não atinge a todos com a mesma intensidade, da mesma forma que o direito penal não representa e nem tutela interesses comuns a todo o corpo social, mas, muitas vezes, os interesses dos detentores do poder econômico e político) e o autoritarismo presente no sistema penal, pois, do contrário, do ponto de vista a democratização do sistema e da própria sociedade, será uma disciplina inútil ou, pior, útil apenas à manutenção da mesma ordem injusta.<sup>184</sup>

Entretanto esse desafio não é tarefa nada fácil, pois mesmo passado mais de três décadas da nova ordem constitucional vigente no Brasil, ainda se percebe uma marca autoritária e, paradoxalmente, um saudosismo do período ditatorial, pugnando por uma

---

<sup>180</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) Curso Modular de Administração da Justiça. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64.

<sup>181</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 19.

<sup>182</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Heremênutica da Construção do Direito.** 11ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2014. P:433

<sup>183</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Volume 1. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. P:109.

<sup>184</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 16.

mais forte atuação estatal, o que denuncia um evidente risco de um retrocesso autoritário político e processual penal.

#### 1.4 – *Periculum* in “Moro” e o Retrocesso ao Autoritarismo Processual:

Nesse tópico, fixadas as bases acerca do autoritarismo e de sua impregnação em na cultura processual penal nacional, se pretende uma análise de dois momentos históricos que se distanciam por décadas mas se assemelham muito em suas concepções. A análise partirá do prestígio social e do protagonismo vivenciado por dois expoentes dos problemas aqui trazidos, de um lado Francisco Campos e de outro Sérgio Moro, fazendo relações entre os perfis de ambos e de sua relevância para o processo penal.

Sergio Moro, foi visto como “homem que simboliza o combate à corrupção e tem coragem para condenar pessoas poderosas”,<sup>185</sup> como “personificação da justiça”<sup>186</sup>. A atuação do juiz a frente da operação “lava-jato” lhe rendeu muita fama e prestígio social, sendo eleito “brasileiro do ano de 2014”, pela revista *IstoÉ*, no mesmo ano fora eleito pelo jornal *O Globo* como “Personalidade do Ano”. Em março de 2016 foi considerado pela revista *Fortune* o 13º maior líder mundial, sendo único brasileiro na lista de cinquenta nomes. Chegou ser comparado pelo jornal francês *Le Monde* com Eliot Ness, conhecido agente federal norte americano responsável por investigar o temido Al Capone. A revista *Time*, em abril de 2016 listou Sergio Moro como uma das “100 pessoas mais influentes”, o que evidencia o quanto sua atuação judicial havia o tornado uma celebridade nacional e, até mesmo, internacional.<sup>187</sup>

Já Francisco Campos<sup>188</sup>, alcunhado “*Chico Ciência*”, nome que despontou como principal teórico estado-novista e um dos grandes teóricos do autoritarismo no

---

<sup>185</sup> SCARPINO, Luiz. **Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil**. Ribeirão Preto – SP: Novo Conceito Editora, 2016. P: 9.

<sup>186</sup> Termo usado pelo apresentador Pedro Bial em entrevista veiculada na rede globo. Link da entrevista com Pedro Bial: <https://www.youtube.com/watch?v=gKPQK5Z5ZjM>

<sup>187</sup> SCARPINO, Luiz. **Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil**. Ribeirão Preto – SP: Novo Conceito Editora, 2016. P: 22/23.

<sup>188</sup> Francisco Campos (1891-1968) nasceu em Minas Gerais, pertencendo a uma família tradicional. Advogado e político, foi deputado federal antes de 1930 e ministro da Educação e Saúde (1930-1932). Nesse cargo preparou uma reforma do ensino secundário e superior, que possibilitou a estruturação do primeiro e das universidades. Foi consultor geral da República (1933-1937) e ministro da Justiça na fase mais repressiva do Estado Novo (1937-1941). Tornou-se celebra por ter seu nome ligado à instituição dos regimes autoritários no Brasil. Envolvido nas articulações preparatórias do Estado Novo, redigiu a carta

Brasil, nomeado ministro de justiça, lhe coube a redação da Constituição de 1937, além de articular um novo Código Penal (promulgado em 1940) e a unificação da legislação processual (Código de Processo Civil, em 1939 e Código de Processo Penal, em 1941).<sup>189</sup>

A diferença é que, no atual contexto temporal, ainda não se pode ter a certeza acerca dos efeitos da atuação do ex-juiz e ex-ministro da justiça do governo Jair Bolsonaro, mas, certamente, é possível trabalhar com sua importância no dimensionamento das expectativas e projetar os efeitos no futuro do processo penal. Sérgio Moro despontou como herói, foi o juiz responsável pela condenação do ex-presidente Lula e que expediu seu mandado de prisão em abril de 2018, quando este liderava as pesquisas para a eleição presidencial daquele ano. Após a eleição, aceitou o convite de Jair Bolsonaro, se exonerou da Magistratura e virou Ministro da Justiça, com o compromisso de fazer as reformas que a legislação penal e processual penal precisavam para o melhor enfrentamento da corrupção. O prestígio de Sergio Moro era enorme, principalmente, entre os adeptos do Presidente da República. Entretanto, Sergio Moro acabou pedindo demissão do cargo, entrou em colisão com o Presidente e viu seu prestígio ruir. No entanto, seu nome ainda circula como possível presidenciável para 2022 e sua reforma legislativa entrou em vigor, ainda que com diversas mudanças realizadas pelo parlamento.

Entretanto, vários paralelos são possíveis de serem traçados levando em conta o momento político vigente à época da edição do código em vigor até os dias de hoje, com o atual momento brasileiro. De igual forma o prestígio social experimentados pelos expoentes das mudanças processuais penais, ministro Francisco Campos e ministro Sérgio Moro, são muito semelhantes, o que justifica a análise das semelhanças verificadas entre estes os efeitos (possíveis) para o processo penal brasileiro. Sérgio Moro exonerou-se da Magistratura após a fama recebida, em grande parte, pela condenação do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, para ser ministro do governo de Jair Bolsonaro, um governo que teve como principal bandeira o antipetismo e como foco principal de muito do eleitorado, o despreço pela pessoa do ex-presidente Lula. Sergio Moro, portanto,

---

constitucional de 1937. Após um interregno até certo ponto liberal, reassumiu plenamente seu papel de formulador de instituições autoritárias, ao elaborar, em 1964, juntamente com Carlos Medeiros Silva, os primeiros decretos básicos de exceção do regime militar: os Atos Institucionais. (in FAUSTO, Boris. **O Pensamento Nacionalista Autoritário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. P: 29.)

<sup>189</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. In *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional "diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália"*. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P: 61.

abandonou a Magistratura para, imediatamente, assumir um ministério em um governo que foi eleito, muito pelos efeitos de sua atuação como juiz. Entretanto, empossado em janeiro de 2019, Sergio Moro pediu exoneração em abril de 2020, sob justificativa de que o presidente estaria querendo interferir na Polícia Federal. No atual contexto, Sergio Moro, ex-juiz e ex-ministro, se apresenta como possível presidenciável, mas nutre rejeições de eleitores da esquerda e da direita. Seu prestígio social saiu enfraquecido, o que não apaga o que representou ele e seu papel no contexto político do processo penal brasileiro. O que justifica os paralelos pretendidos no presente tópico.

O momento político social do final da década de 1930 e início da década de 1940, clamava por uma maior repressão estatal, crítica muito comum aos dias atuais. Como explica Ricardo Gloeckner: *“Será através da crítica aos institutos liberais que se tornará possível a defesa de uma “democracia autoritária”, que seria a via mais adequada para a sociedade brasileira, desprovida dos mais elementares traços de educação política.”*<sup>190</sup>

Segundo Campos, as massas se encontram sob o fascínio da personalidade carismática. Quanto mais volumosas e ativas as massas, maior a necessidade de a integração política se fazer sob o signo da ditadura.<sup>191</sup> A visão de Campos é atravessada por quatro pontos: visão apocalíptica de sua época, a compreensão da sociedade moderna como uma sociedade de massas, uma concepção autoritária e antiliberal do Estado e uma apologia das elites.<sup>192</sup>

Sérgio Moro em diversos momentos referiu ser o sistema judicial brasileiro muito leniente, com extremas vantagens aos acusados, o que justificaria o alto índice de impunidade. Por isso defende práticas como a delação premiada e um maior rigor na aplicação da prisão preventiva e possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, chegando a afirmar que *“o negócio é torcer para não ser vítima de um crime, porque, se for, o problema é seu.”*<sup>193</sup>

Isso evidencia a concepção do processo como instrumento de segurança pública, que deve trazer uma resposta à vítima, culpando a demora processual pelo

---

<sup>190</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 109.

<sup>191</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional.** São Paulo: EbooksBrasil, 2002. P: 28.

<sup>192</sup> MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao Estudo do Pensamento Autoritário Brasileiro 1914/1945. *In Revista de Ciência Política.* N. 17. V. 1. Rio de Janeiro, 1974. P: 86-87 .

<sup>193</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. **Rastrear o dinheiro ilegal é o caminho para se chegar ao chefe, diz juz.** Curitiba ,02 mar 2016. Disponível em [www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1597193-combate-a-lavagem-evita-que-politico-honesto-tenha-desvantagem-diz-moro.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1597193-combate-a-lavagem-evita-que-politico-honesto-tenha-desvantagem-diz-moro.shtml).

sofrimento que o crime trouxe. Tendo a legislação processual penal brasileira de 1941 ampla inspiração no modelo fascista de legislação processual, é possível perceber claramente os fatores que levaram a exportação desses ideais. Vincenzo Manzini afirmava que o sistema penal italiano da época, era não apenas benevolente, dadas as condições italianas, mas era, outrossim, forjado em modelos criados para povos de índole, de costumes e disciplinas diversos dos nossos.<sup>194</sup>

Ricardo Gloeckner, analisa que Manzini não se detém em que “condições italianas” seriam essas, nem tampouco o que entende por “povos de índole, costumes e disciplina diversos”. Para atestar a urgência do problema da criminalidade e a necessidade de reformas, afirma simplesmente que a justificativa para a luta contra a delinquência pode ser encontrada em qualquer jornal.<sup>195</sup>

Tais afirmações habitam o senso comum nos dias de hoje e penetram nas esferas de atuação jurisdicional, sempre justificadas por um combate à criminalidade e pela crença de que não estamos preparados para avanços civilizatórios, expressando, nos dizeres de Zaffaroni: “*absurdos folclorismos nacionalistas, a invocação de tradições inexistentes e o remansoso argumento racista de que nossos povos não estão preparados para instituições democráticas.*”<sup>196</sup>

Segundo estas concepções, a democracia de cunho liberal seria imprópria para o Brasil. A solução seria um governo autoritário, baseado justamente nestas singularidades nacionais.<sup>197</sup> E, novamente, a justificativa autoritária, quando Campos afirma que: “*O Brasil estava cansado, o Brasil estava enojado, o Brasil não acreditava, o Brasil não confiava. O Brasil pedia ordem e, dia a dia, agravava-se o seu estado de desordem.*”<sup>198</sup>

O Ministro Sergio Moro, em algumas entrevistas para diversos portais da mídia nacional, sempre deixou claro a necessidade de novas medidas, tendo em vista que o atual processo penal seria “*extremamente generoso em relação a recursos*”, a espera

---

<sup>194</sup> MANZINI, Vincenzo. La Política Criminale e Il Problema della Lotta Contra la Delinquenza e La Malavita. In **Revista Penale**. N. 73. v. XXXVII, 1911. P: 08.

<sup>195</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 228.

<sup>196</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. P: 26.

<sup>197</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 110.

<sup>198</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 50.

pelo julgamento da última instância cria um “*desastre para a efetividade do processo penal*”, criando processos que se arrastam por anos.<sup>199</sup>

Isso demonstra uma visão comum entre os autores, para além da utilização do processo penal como um instrumento de segurança pública, de combate à criminalidade, a associação da noção de “efetividade” com condenações criminais, o que explica tentativas de aceleração do processo penal e de busca pelo eficientismo. Aí, a comum e reducionista confusão acerca dos direitos e garantias como causa de violência. Como se ao contemplar na legislação brasileira marcos internacionalmente definidos como parâmetros de validade fosse a causa da elevada criminalidade, uma vez que o povo brasileiro não seria preparado para essa liberdade.

Francisco Campos, já naquela época criticava os direitos e garantias constitucionais, ao afirmar que: “*Daí o fato de termos vivido, durante mais de quarenta anos, em regime constitucional teórico e em estado de inconstitucionalidade crônica, mal dissimulado por instituições que já haviam caducado antes de viver.*”<sup>200</sup>

Isso acaba reproduzindo um modelo de importação de institutos para nosso processo penal, foi assim com a Francisco Campos em relação à Itália e é assim com Sérgio Moro em relação ao modelo norte americano, conforme referido pelo próprio: “*O abismo que nos separa da grande república norte-americana em matéria de ideias e de costumes políticos, e na aplicação das instituições por nós apenas macaqueadas, e a grande miséria moral deste ambiente, incompatível com tão aperfeiçoado e nobre aparelho constitucional.*”<sup>201</sup>

A importação indevida de categorias e institutos será melhor avaliada ao longo da presente pesquisa, servindo, nesse momento, apenas para ilustrar a incoerência de se pensar que não estamos pontos para importar institutos que digam respeito ao aperfeiçoamento de instituições democráticas, mas que precisamos nos valer dos meios usados em alguns países quando estes possibilitem uma maior e mais célere punição.

Para Francisco Campos, a democracia é um conceito que deve se adequar aos novos tempos, não possuindo uma essência imutável. Para Campos, a essência da

---

<sup>199</sup> <https://www.poder360.com.br/lava-jato/em-entrevista-sergio-moro-defende-o-fim-do-foro-privilegiado/>. Link: <https://www.youtube.com/watch?v=DqtPZVBhfNw>

<sup>200</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 45.

<sup>201</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P: 76.

democracia se circunscreve ao fato de que o Estado é constituído pela vontade daqueles que se acham a ele submetidos.<sup>202</sup>

Em fazendo referência à democracia, Sergio Moro refere que “ *o caráter não-democrático da Constituição e da Jurisdição constitucional é reforçado em constituições que contém normas cuja modificação não esteja ao alcance nem sequer de maiorias qualificadas, ou seja, as denominadas “cláusulas pétreas”*”.<sup>203</sup> E prossegue: “ *A jurisdição constitucional pode ser justificada como uma opção política não necessariamente democrática.*”<sup>204</sup>

Sem estender o debate acerca do conceito e definição de democracia, o inegável é que há uma evidente redução do conceito, ao definir democracia apenas como manifestação de vontade, como capacidade de escolha, o que interessa para fins das críticas aos institutos democráticos e a penetração e aceitação de práticas autoritárias.

Não há como se justificar uma jurisdição constitucional, em um Estado Democrático de Direito, que não seja a de uma atuação em plena consonância com os ideais democráticos. Democracia está para além do voto, está na valorização do indivíduo frente ao Estado. Giuseppe Bettiol define democracia personalística como: “ *aquela onde a pessoa apreze na cena política como portadora de uma esfera de autonomia e, portanto, de responsabilidade, anteriores a toda intervenção e a todo reconhecimento por parte do Estado. O indivíduo, considerado como pessoa, é o protagonista da política, da história e, portanto, do Direito*”. Já ao se falar em democracia popular: “ *temos que fatalmente conceder a tônica ao grupo a que o indivíduo pertence, hipostasiando o grupo e a coletividade como um valor absoluto, isto é, como o autêntico e único valor que reúne em si todos os aspectos e momentos individuais da realidade social*”.<sup>205</sup>

Sergio Moro vai mais longe. Em linha semelhante ao que trabalha Francisco Campos há uma forte defesa do ativismo judicial, ainda que, por vezes, em sua obra, Sergio Moro entre em visíveis contradições, ele enfatiza a atuação do julgador com variantes a partir de sua particular concepção de democracia. Quando refere que “ *por certo, o conceito de democracia é controvertido. Tal fato, entretanto, não deslegitima tal*

---

<sup>202</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

<sup>203</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P: 127.

<sup>204</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P: 121.

<sup>205</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974. P.78.

*abordagem, significando apenas que esta não isenta o juiz constitucional de realizar as escolhas substantivas do que significa a democracia.*”<sup>206</sup>

Sendo o foco da presente pesquisa a análise das expectativas em torno do julgador criminal, se percebe uma notória predileção de ambos os ministros em relação ao protagonismo judicial. Como define Ricardo Gloeckner: *“o que de fato será um elemento chave (para o autoritarismo) é a colocação do magistrado como sujeito processual dotado de amplos poderes, cuja função será garantir a sociedade contra os sujeitos que ameaçam a sua segurança.*”<sup>207</sup>

Ao tratar do Código de Processo Penal de 1941, Francisco Campos destaca que o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da “certeza legal”, substituindo-o pelo da “certeza moral” do juiz, e atribui a este a faculdade de iniciativa das provas, quer no curso da instrução criminal, quer, afinal, antes de proferir a sentença.<sup>208</sup>

Se percebe que as propostas de reforma trazidas por Francisco Campos que acabaram se tornando a legislação processual penal brasileira em vigor desde 1941 vieram amparadas em um discurso de combate à impunidade e de efetividade do processo penal, efetividade esta associada à maior punição e a uma punição mais rápida.

O Ministro Sérgio Moro logo nos primeiros dias à frente da pasta do Ministério da Justiça, trouxe uma ampla reforma na legislação processual penal e na legislação penal, nominando de “Pacote Anti-crime”, apresentando-o como uma série de medidas indispensáveis para se combater a impunidade, afirmando que as medidas vêm na esteira dos “anseios sociais” que clamam por uma maior e mais efetiva punição.<sup>209</sup>

Sergio Moro apresentou três projetos de lei (PL 881/2019, PL 882/2019 e PLP 38/2019), que trazem mudanças em diversas legislações, entre elas legislação penal, processual penal e de execução penal. Mudanças pontuais e significativas que atropelaram projetos de reforma da lei penal e processual penal que já se encontravam em tramitação nas casas legislativas há anos.<sup>210</sup> Por mais que muitas destas pretensas

---

<sup>206</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P: 263.

<sup>207</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 135.

<sup>208</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 123.

<sup>209</sup> Entrevista coletiva de apresentação do pacote anti-crime pelo Ministro Sérgio Moro: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/república/sergio-moro-explica-pacote-contra-crime-em-entrevista-assista-ao-vivo-4hxm4km3zx7wsr7zxcbeta2e3/>

<sup>210</sup> PL 8045/2010 na Câmara dos Deputados trata da reforma do Código de Processo Penal. Oriundo do PLS 156/09 do Senado Federal, o projeto foi apresentado por uma Comissão de Juristas e aprovado pelo

mudanças não tenham se efetivado, pois o Congresso Nacional em uma “reprimenda” ao Executivo, realizou diversas alterações no texto inicial, promulgando a lei n. 13.964/2019 que foi sancionada pelo Presidente da República.<sup>211</sup>

Entretanto, mesmo dotado de amplos poderes, ao juiz é dado um evidente recado, de atuação conforme os “interesses da nação”, como refere Francisco Campos: *“Aos juizes não será, em consequência, permitido, a pretexto de interpretação constitucional, decretar como única legítima a sua filosofia social ou sua concepção do mundo, desde que essa filosofia ou concepção obstrua os desígnios econômicos, políticos ou sociais do governo, em benefício da nação”*.<sup>212</sup>

Francisco Campos enfatiza que as reformas buscam a defesa social, que seria defender a sociedade contra aqueles sujeitos perigosos que ameaçam a segurança da sociedade.<sup>213</sup> Uma lógica totalitária, ao passo que um Estado Totalitário não poderá tolerar nenhum limite ao exercício de sua atividade. A lei não pode se converter em um instrumento para obstaculizar a ação estatal. No Estado Totalitário, inclusive os juizes estarão obrigados a punir, mesmo diante da inexistência de lei.<sup>214</sup>

Isso demonstra novamente o discurso da segurança reaparecendo no plano do pensamento político autoritário, no Brasil, e que de fato penetrará mesmo no discurso constitucional contemporâneo.<sup>215</sup> À concepção dualística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção de processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da Justiça.<sup>216</sup> Francisco Campos destaca: *“O juiz não será mais mero espectador do combate entre os litigantes, limitado a decidir sobre os dados, certos ou falsos, que estes lhe oferecerem, mas ficará*

---

Senado, indo para a Câmara dos Deputados em 2010 e segue tramitando com uma série de audiências públicas. Ademais, o PLS 236/2012 tramita no Senado Federal e busca ampla reforma do Código Penal.

<sup>211</sup> Lei que “aperfeiçoa” a legislação penal e processual penal. Trouxe uma série de mudanças, muitas das quais não se imaginava poder entrar em vigor nesse momento político-social, como a audiência de custódia e, principalmente, a figura do juiz de garantias.

<sup>212</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 59.

<sup>213</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 199

<sup>214</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 184.

<sup>215</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 131.

<sup>216</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 163.

*investido da autoridade do Estado para realizar a parcela que lhe cabe no bem social.*”<sup>217</sup>

No entanto, própria autonomia do judiciário é discutível quando estes são colocados como funcionários do executivo, na visão de Francisco Campos: “*É desnecessário insistir em que o Estado brasileiro, sendo democrático, é também autoritário, cabendo ao Presidente da República a autoridade suprema, exercida em nome do povo e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.*”<sup>218</sup>

Buscando a defesa da atuação livre do julgador, Sergio Moro recua para não justificar uma “juristocracia”, mas acaba por, também, colocar o juiz como representante do executivo: “*Não pode o Judiciário, a pretexto de exercer o controle judicial de constitucionalidade, opor-se a decisões políticas fundamentais tomadas pelo povo, as quais têm força inclusive para instituir nova ordem jurídica ou modificar a existente, ainda que não se revistam de regularidade formal.*”<sup>219</sup>

Mas a sua obra é marcada por contradições, nas quais por um lado enfatiza a necessidade de uma liberdade do Judiciário para que seja possível efetivar o controle constitucional. Afirmando Sergio Moro que: “*limitar o juiz constitucional a função meramente negativa apenas faria sentido em um contexto constitucional já ultrapassado.*”<sup>220</sup> Mas, destaca que essa atuação não outorga ao juiz liberdade para tomar livremente suas decisões, destacando que o apelo a pretensão “interesse público”, constituiria carta branca para o juiz constitucional impor suas preferências públicas sobre as do legislador, o que não é compatível com o regime democrático.<sup>221</sup>

Portanto, mesmo que com evidentes recuos ao longo de sua obra, Sergio Moro busca uma atuação ativa do julgador, principalmente no exercício da jurisdição constitucional, mas dada a vagueza dessa definição e da compreensão do “interesse público” e da “defesa da vítima” no processo penal abre uma grande possibilidade de atuação do magistrado no processo penal.

---

<sup>217</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 140.

<sup>218</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 81.

<sup>219</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P: 80.

<sup>220</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P: 238.

<sup>221</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P: 300.

Francisco Campos, coloca o julgador como representante do Estado e, portanto, portador de todos os poderes destinados a alcançar a justiça, sendo o próprio Estado e, portanto, o juiz, a expressão da justiça, afirmando que: *“ninguém poderá contestar que no mundo de hoje o interesse do Estado pela justiça não pode ser interesse de caráter puramente formal: a justiça é o Estado, o Estado é a justiça.”*<sup>222</sup> E prossegue: *“O juiz é o Estado administrando a justiça: não é um registro passivo e mecânico de fatos em relação aos quais não o anime nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica.”*<sup>223</sup>

Se denota claramente o propósito de se valer de práticas autoritárias em nome de um suposto bem comum a superar o entrave processual, se justificando com base nos anseios sociais medidas contrárias à direitos e garantias individuais, frisando Campos que: *“O interesse público há de ditar o ingresso do funcionário na carreira e seu afastamento do serviço.”*<sup>224</sup>

Mesmo sendo isso objeto de análise em outro tópico, é evidente que Campos trabalha com a perspectiva de que o Estado possui o direito de punir. A discussão no que concerne ao direito de punir, foi exposta por Arturo Rocco nos seguintes termos: o direito, por conta da lei penal, nasce da violação do preceito penal contra o violador (neste caso, o acusado). Para Arturo Rocco, não se trata de um direito da vítima, ou seja, de um direito privado. Pelo contrário, se está diante de um direito público, um direito do Estado. Este direito seria, ao invés de um direito de vingança, um direito de defesa social.<sup>225</sup>

Por isso, o processo compreendido como um instrumento para a satisfação deste direito punitivo, deixa claro o papel do juiz e a atuação que dele se espera., Gloeckner destaca: *“A noção de relação jurídica, por mais abstrata e inocente que possa parecer, arrasta consigo toda essa tradição autoritária, correspondente ao legado de obediência e servilismo ao Estado.”*<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 166.

<sup>223</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 167.

<sup>224</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 61

<sup>225</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 214.

<sup>226</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 159.

As reformas jurídicas realizadas por Campos enfatizam uma nova função assumida pelo Estado na vida social moderna, como regulador da vida econômica e árbitro privilegiado dos conflitos sociais. No processo, houve uma sustentação da concepção publicística de processo, sendo que o Estado deverá ter um poder significativamente maior do que aquele próprio das democracias liberais do século XIX, que castravam o poder estatal. A visão de sociedade de massas encontrou no campo do processo uma nova roupagem através da substituição da concepção duelística pela concepção autoritária. Campos insistiu na semântica popular e estatal do direito, o que deveria engendrar, naturalmente, a racionalização e a simplificação de seus métodos, tomando como mote a “justiça rápida e barata”.<sup>227</sup>

Tais elementos se apresentam, também, com as justificativas apresentadas pelo Ministro Sérgio Moro para a implementação de maiores práticas de consenso no processo penal, importando ao país um modelo de *plea bargain* tão usual no sistema norte americano.

Outra faceta de semelhança entre os ministros é a defesa do tecnicismo, tratando um judiciário como uma área de atuação apolítica e, portanto, despido de critérios ideológicos, isso serviu de justificativa para Sergio Moro justificar seu ministério técnico e foi a saída usada ou aproveitada por Francisco Campos para a penetração do autoritarismo. Associava-se e associa-se defesa de direitos individuais como pautas ideológicas de partidos de esquerda e se valem do tecnicismo partidário para impor medidas autoritárias. Como bem leciona Ricardo Gloeckner: “*o método técnico-jurídico havia criado uma cultura antipolítica, burocrática e estatal que podia bem conviver com o fascismo. Além disso, pode-se afirmar que o fascismo desenvolveu grande habilidade em “integrar os técnicos”*”.<sup>228</sup>

Todo pensamento conservador tem como uma de suas marcas registradas a “naturalização” de uma realidade por ele mesmo elaborada, de modo que todo aquele que pretenda questioná-la, aos seus olhos, tornar-se-á, ideológico. No direito processual, esta “naturalização” da realidade tem uma extraordinária significação. É através dela que o juiz consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável. Se ele se recusar a outorgar alguma espécie de tutela que, de algum modo,

---

<sup>227</sup> MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao Estudo do Pensamento Político Autoritário Brasileiro 1914/1945. **Revista de Ciência Política**. N.17. v.1. Rio de Janeiro, 1974. P: 79.

<sup>228</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 196.

modifique o *status quo*, imaginara que sua imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador, manter o *status quo* é o modo de não ser ideológico.<sup>229</sup>

Francisco Campos, ao justificar a o autoritarismo processual penal, evidencia isso, ao referir que a teoria do Estado liberal reivindica para si a exclusividade do pensamento democrático, fazendo crer que, seu regime político não consagrar os princípios liberais, há de ser fatalmente uma autocracia, uma ditadura, um regime absolutista. Mas isto seria falso. Afirmando o autor que: “*Do molde feito pelo liberalismo saíram, até hoje, apenas democracias deformadas.*”<sup>230</sup>

Se percebe uma certa obsessão pela cientificidade do direito, da qual o método técnico-jurídico permitiria atender aos anseios de construção de uma dogmática jurídica forte. Além disso, o método também garantiria a autonomia epistemológica das disciplinas jurídicas, rechaçando-se as “contaminações” oriundas das ciências sociais e humanas.<sup>231</sup> O desprezo pelas reflexões críticas oriundas das ciências humanas e o fechamento para questionamentos, muitas vezes vindos dos profissionais da advocacia, são marcas perceptíveis tanto no contexto político do Estado Novo quanto no atual quadro do governo Jair Bolsonaro. Dessa forma, tais percepções são incorporadas tanto por Francisco Campos como por Sérgio Moro.

O ex-ministro da justiça de Jair Bolsonaro na defesa de seu projeto “anti-crime” que buscava a reformulação de diversas leis penais e processuais penas afirmou que “não se tratava de um código para agradar advogados e professores de Direito.”<sup>232</sup> Em linha semelhante Francisco Campos ao tratar da legislação delegada: “*Sendo assim, a legislação delegada uma prática comum ou universal, deve haver razões muito poderosas que justifiquem. Estas razões não são razões de advogado.*”<sup>233</sup>

Portanto, é possível conceber como nossa cultura está fortemente marcada por essa percepção autoritária do processo penal e como a história se repete ao se fazerem presentes discursos e práticas tão semelhantes mesmo com quase 80 anos de distância. Isso denota o risco de um grande retrocesso no campo processual penal, um retrocesso

---

<sup>229</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P: 16.

<sup>230</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 75.

<sup>231</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 196.

<sup>232</sup> Entrevista coletiva de apresentação do “projeto anticrime”. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/sergio-moro-explica-pacote-contra-crime-em-entrevista-assista-ao-vivo-4hxm4km3zx7wsr7zxcbeta2e3/>

<sup>233</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. P: 89.

com a justificativa de estar amparado em apoio popular e que se vale de métodos salvacionistas e da defesa do bem comum para impor suas medidas.

Concluída essa primeira e fundamental análise, importa agora, mais especificamente, a apreciação do papel do julgador, iniciando pelo seu local dentro da estruturação processual, para, a partir disso avaliar mais especificamente as expectativas.

## **2. PROCESSO PENAL, JULGADOR E EXPECTATIVAS.**

Submerso em uma estrutura autoritária o processo penal brasileiro se mantém intacto desde a sua criação, o texto foi inspirado na fascista obra legislativa de Arturo Rocco na Itália do início do século XX. Em que pese uma sucessão de reformas pontuais, a estrutura permanece intacta. As marcas dessa tradição são profundas e não são fáceis de serem superadas, muito menos quando encontram uma cultura que lhes forneça sustentação. Daí a fundamental análise a ser realizada a partir do modelo processual vigente e daquele pretendido.

Mas, falar em um processo inserido neste contexto é falar do papel do julgador, de sua função e do local que deve por este ser ocupado, ao passo que a centralidade da figura incumbida do poder jurisdicional lhe concede uma relevância incontestável, haja vista que sua atuação poderá ser um elemento definidor da sistemática processual vigente. Diante desse cenário, a avaliação das expectativas em torno da atuação jurisdicional é medida imperativa. Haja vista que o protagonismo judicial será marcado por uma atuação deste a partir de elementos variados, o que torna necessária a compreensão desse fenômeno. Sendo este o objetivo do capítulo que se inicia.

### **2.1 Processo Penal e o “Direito” de Punir: as Marcas da Centralidade do Julgador na Definição de Jurisdição:**

Um fato de extrema relevância para que se possa compreender o modelo político processual penal fixado em uma noção de absolutismo estatal e do autoritarismo estrutural diz respeito à percepção do Estado como detentor de um “direito de punir” e do processo verificado como instrumento a favor da satisfação deste. Em se tratando de uma análise processual penal, os sintomas disso são graves, vindo desde uma privatização do processo penal, à uma teoria geral do processo que ignora as matrizes do processo penal e, principalmente, colocar o julgador como o “realizador” desse “direito do Estado”.

No que tange ao conceito de ação, este se sustenta na existência de um direito de ação por parte do Estado, ocasionando o nascimento do processo. Em decorrência

disso, nenhuma possibilidade haveria de o processo servir como um filtro contra acusações errôneas.<sup>234</sup>

Ao conceber o poder punitivo como um direito do Estado coloca-se o órgão jurisdicional como responsável direto pela defesa desse “direito” e surge aí um injusto desequilíbrio entre as partes que compõe o processo penal e uma inevitável supremacia do, suposto, interesse coletivo em detrimento do particular. O Estado usa seu poder para a defesa daquilo que é tido como seu direito e os efeitos disso em termos de garantias fundamentais são muitos e graves, com influências e consequências políticas e sociais.

Isso é verificável de forma clara na doutrina jurídica nacional mais tradicional, como por exemplo, em José Frederico Marques, quando leciona que “*o escopo da jurisdição é o de tornar efetiva a ordem jurídica e de impor, através dos órgãos estatais adequados, a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, deve regular determinada situação jurídica.*”<sup>235</sup>

O problema central é compreender dentro dessa lógica, o que viria ser a *efetividade da ordem jurídica*. Mas, diante da concepção do autor de que o Estado deve se valer do *direito punitivo* não fica difícil a compreensão de que, novamente, há um nítido autoritarismo a permear tal definição, pois se trata de um exercício em prol do poder estatal, ainda que em detrimento dos direitos individuais. Assim, define José Frederico Marques, quanto à jurisdição: “*Surge assim o direito de punir, o qual nada mais traduz que o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável.*”<sup>236</sup>

Como já referido, a compreensão do poder de punir como um direito de punir, coloca o Estado como sujeito passivo de toda e qualquer infração penal que dá ensejo ao surgimento do Direito punitivo, colocar alguém no exercício dessa função e exigir que atue na defesa dos direitos fundamentais daquele tido como Acusado é exigir do próprio órgão estatal que dificulte o exercício de um “direito” seu, o que não é tarefa nada simples, para não dizer ilógica. Em teoria não há o que se questionar acerca da finalidade ser a punição de um culpado, os problemas disso aparecem na incorporação pelo poder

---

<sup>234</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 160.

<sup>235</sup> MARQUES, José Frederico. **Da Competência em Matéria Penal**. Campinas: Millenium, 2000. P: 03.

<sup>236</sup> MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955. P: 21.

jurisdiccional de todos esses atributos e a influência gerada por toda essa carga de expectativas que podem influenciar sobremaneira na definição de quem, efetivamente, é o culpado.

Isso é fruto da crença na infalibilidade do Estado, oriunda da concepção sacralizada do ente público. Mas, como ensina Carnelutti: “*é exatamente a distinção entre humano e divino ou entre finito e infinito que nos deve induzir a rechaçar toda a contaminação e, por isso, a considerar como aberrante toda a inclinação a atribuir caráter infinito ao Estado; exatamente sobre a negação rigorosa de seu caráter infinito deve-se construir sua doutrina.*”<sup>237</sup>

A questão, do ponto de vista processual e na definição deste instrumento como garantia não está, somente, na punição do culpado, mas sim na sua revelação. Goldschmidt também chega a fazer menção ao direito de punir ao referir que: *También este derecho (de punir) corresponde al juez. Símbolo de la justicia es no solo la balanza, sino también la espada.*<sup>238</sup>

Entretanto, a perspectiva trazida por Goldschmidt se apresenta muito distinta, pois passa a trabalhar com a visão de *poder de punir* e coloca o processo como instrumento imprescindível para a legitimidade dessa punição, colocando-o como instrumento de contenção do poder punitivo. O Estado possui o *jus puniendi* e tem soberania sobre seus súditos, daí o questionamento que surge é: por que supõe a imposição da pena um processo? A resposta correta é que o processo penal aparece como uma construção técnica artificial destinada a proteger os indivíduos contra um abuso do poder estatal. Mas, problematiza o autor alemão que *esta solución no es convincente. La imposición de la pena corresponde al juez, no sólo desde los tiempos del Estado de derecho, sino desde que hay juez y pena. Juez y pena se encuentran siempre juntos.*<sup>239</sup>

Na jurisdição, segundo Carnelutti, manifesta-se o caráter do poder e, por isso, a relação processual (pela compreensão do Autor); aqui culmina, inclusive, aquele nexos circular entre direito e processo, pelo qual se o processo serve ao direito, o direito serve ao processo; não se poderia realizar o direito se os delitos não fossem comprovados e

---

<sup>237</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Tradutor Francisco José Galvão Brubo. Campinas: Bookseller, 2004. P: 152.

<sup>238</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 24.

<sup>239</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 02

castigados, mas não poderiam provar e castigar os delitos sem que o direito institua relações jurídicas, cuja análise está no centro da ciência penal.<sup>240</sup>

Ferrajoli trabalha com questionamentos acerca de um modelo judicial de *disposição*<sup>241</sup> sobrepondo-se ao modelo de cognitivo. É claro que este modelo de juízo penal potestativo, em vez de cognitivo, tem uma intrínseca natureza autoritária. Seu fundamento é exatamente o inverso daquele próprio do modelo garantista: sem uma predeterminação normativa precisa dos fatos que se devem comprovar, o juiz remete, na realidade, muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios.<sup>242</sup> Assim, o poder de disposição é *sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição. Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão.*<sup>243</sup>

Verifica-se, assim, que mesmo com o processo colocado diante do juiz, se a atuação jurisdicional se der imbuída de um propósito de defesa estatal e em nome de seu suposto direito de punir, a decisão estará muito mais ligada à autoridade do julgador do que aos fundamentos legais que a legitimem. Portanto, para que se possa avaliar a concepção e, por conseguinte, as expectativas que guiam a atuação jurisdicional importante que se possa ter bem claro o modelo processual vigente em que este julgador estará inserido, dito de outro modo, precisamos compreender que processo há para que se possa entender o que se espera do julgador. Pois como leciona Rui Cunha Martins: “*o exercício jurisdicional, deverá observar regras que limitem a sua atuação e para isto temos o processo. Que é ou deve ser a expressão daquilo que o Estado de Direito é; assim sendo, ele deve-lhe correspondência. Com isto: o que acontece com o Estado de Direito afeta sem remissão o processo.*”<sup>244</sup>

---

<sup>240</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Tradutor Francisco José Galvão Brubo. Campinas: Bookseller, 2004. P: 149.

<sup>241</sup> Temos visto como o poder judicial de disposição, gerado pela carência estrutural de garantias normativas e pelo conseqüente predomínio de modelos de direito penal autoritários e substancialistas se diferencia do poder judicial de verificação, porque se manifesta com decisões não sobre a verdade, mas sobre outros valores. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 161.

<sup>242</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 47

<sup>243</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 159.

<sup>244</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 02.

Avaliar a natureza jurídica do processo penal é fundamental, pois o julgador se verá inserido no processo e tendo a sua atuação ditada pela forma como este é concebido e estruturado. Inicialmente, é preciso compreender que o processo penal padece da síndrome da irmã mais nova como destacado por Carnelutti na célebre *Cenerentola*.<sup>245</sup>, onde o Processo Penal sempre fora preterido, tendo que se contentar com as vestes das irmãs mais velhas (Direito Penal e Direito Processual Civil). O processo penal sofre por ter de se contentar com as roupas velhas e mais do que isso com vestimentas que foram produzidas para a irmã. A irmã mais velha aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade dogmática e científica inegável.<sup>246</sup>

O processo penal historicamente (e até os dias atuais) sofre as consequências de uma teoria geral do processo que se vale de uma apreciação civilista e despreza as necessidades e categorias próprias do processo penal, talvez justifica-se isso por um maior avanço científico do processo civil em relação ao processo penal ao longo dos tempos.<sup>247</sup> Muito se fala dessa problemática mistura de categorias, mas pouco se debruça acerca da origem e razão dessa “mistura” de categorias e conceitos. Ingênuo crer que seria apenas uma obra do acaso o desenvolvimento mais aprofundado do campo civilista e uma “preguiça” intelectual dos penalistas. Algo deveria ser mesclado em ambos e com algum propósito.

O processo penal jamais teve suas categorias próprias, já que as tomou emprestada do processo civil, que, por seu turno, através da publicística decimônica italiana deu um conteúdo público aos conceitos herdados do direito civil, o processo civil jamais conseguiu elaborar uma ideologia política. Resume Ricardo Gloeckner: “*ao processo penal faltava um corpo (categorias processuais), ao processo civil faltava o espírito (uma determinada política). A aproximação do processo civil ao processo penal correspondeu a um segundo movimento, que operou no sentido de inscrever a técnica processual em uma constelação de significantes políticos.*”<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola**. Rivista di diritto processuale. Pádua: CEDAM, 1946. P: 73-75.

<sup>246</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 70.

<sup>247</sup> O processo civil progrediu cientificamente muito mais que o penal, já menos desenvolvido e alvo de menos intenso interesse nas origens romanas. Como sistema de restrições ao exercício da repressão pelo Estado, o processo penal sofreu abrandamentos humanitários com o iluminismo, mas nem por isso sua ciência obteve significativos progressos. Só vai tomando feição verdadeiramente científica nas últimas décadas, mercê do trabalho e investigações que se propagam a nível de direito processual constitucional e teoria geral do processo. (in DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 82)

<sup>248</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 490.

Uma teoria geral se apresenta sempre problemática, pois constitui formas adequadas para a manutenção da racionalidade ideológica, a ausência de história e o oferecimento de um objeto de conhecimento que se apresenta ideologicamente como um discurso científico, manipulado inteiramente pela razão.<sup>249</sup>

As críticas feitas em torno dessa “privatização” do processo penal (ainda viva e cada dia mais frequente), por meio de uma teoria geral do processo, pecam por não avaliar os fundamentos dessa aproximação.<sup>250</sup> Ademais, não se pode deslembrar que o grande problema da Teoria Geral do Processo se encontra no fato de que seus conceitos foram construídos sobre a base do processo civil e desta maneira não servem à elucidação dos institutos do processo penal, muito menos explicam o exercício do poder jurisdicional na esfera deste.<sup>251</sup>

Há uma forte carga cultural a formar a percepção de juristas a partir dessa lógica. A maioria das grades curriculares dos cursos de direitos possuem cadeiras introdutórias, como “Teoria Geral do Processo”, que trabalham a partir das premissas do processo civil, depois possuem quatro ou mais disciplinas de processo civil, enquanto o processo penal, na maioria dos casos, conta com apenas duas disciplinas. O efeito disso é que quando o acadêmico alcança a disciplina de processo penal já tem a cultura processual forjada nas bases do processo civil. Desse modo, ou se depara com um professor comprometido com essa desconstrução ou seguirá pensando a partir da lógica comum do processo, nas bases da teoria geral. Isso reflete na formação dos juristas e na atuação destes a partir desse modelo de concepção, que como será avaliado ao longo da presente pesquisa, apresenta problemáticos sintomas do autoritarismo processual penal.

A teoria geral do processo no Brasil se desenvolve sobre a base fascista do período italiano, uma *teoria geral do processo no qual o corpo de institutos reacionários do velho publicismo decimônico encontra o espírito politicamente autoritário do fascismo*. A teoria geral do processo quando começa a ser empregada assume as vestes da concepção publicística do processo, impondo todo fundo político que marcou seu nascimento.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P: 21

<sup>250</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 492.

<sup>251</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 39.

<sup>252</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 494.

A concepção privatista do processo civil (anterior à entrada do modelo político fascista na Itália), deveria ser substituída por uma noção publicística.<sup>253</sup> Nada mais natural em um sistema autoritário de amplos poderes estatais em detrimento de Direitos individuais, que o Estado dispusesse de formas de controle de todas as relações fossem elas envolvendo o público ou entre particulares. Ademais, no ponto que mais importa ao objeto deste estudo, fundamental a advertência trazida por Gloeckner, quando refere que: *“o elemento essencial da concepção publicista de processo reside no reforço dos poderes dos juizes, que se transformariam em protagonistas da disputa judicial.”*<sup>254</sup>

Entretanto, a tradição doutrinária brasileira está embebida em uma formação que compreendia o processo como um instrumento único, desimportando se tratar de uma causa cível ou penal, como se percebe no ensinamento de Frederico Marques, para quem: *“o processo, como atividade estatal exercida pelo Poder Judiciário, é uno em sua estruturação fundamental. Pouco importa a natureza da lide que nele se contenha: o processo é sempre o instrumento de que se serve para o Estado para realizar a prestação jurisdicional.”*<sup>255</sup>

A terminologia (ação e jurisdição) nasceu no terreno do processo civil; *actio* estava bem dito para significar que o movimento até o juiz se imprime pelos interesses com conflito, já que a ação é essencialmente o desenvolvimento de um interesse; *jurisdictio* ainda mais claramente denota o resultado para o qual tende o juízo, que é o *ius dicere do iudex*, ou seja, sua resposta às perguntas das partes. Estes conceitos se estenderam, de uma maneira verossímil, ao processo penal apenas depois que este superou o período inquisitório puro, estabelecendo-se sobre a tríade do juiz e das partes; havia nisso uma analogia entre o processo penal e o processo civil, a qual recordava naturalmente os conceitos e termos.<sup>256</sup>

A importação indevida de categorias da processualística civil macula até os dias atuais o processo penal e muitos estudiosos do direito processual, por ter sua cultura forjada nas categorias inerentes ao direito processual civil, esforçaram-se para legitimar uma teoria geral. Obviamente que isso reflete na atuação prática, ao passo que o processo seletivo de Magistrados não faz seleção específica para área de atuação e, muitas vezes,

---

<sup>253</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 495.

<sup>254</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 496.

<sup>255</sup> MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955. P: 42.

<sup>256</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal.** Tradutor Francisco José Galvão Brubo. Campinas: Bookseller, 2004. P: 19.

o julgador atua em varas judiciais, decidindo causas cíveis e criminais. A partir de tudo isso e forjado em uma cultura doutrinária e em matrizes curriculares que priorizam o processo civil, não é difícil imaginar o quão difícil será a leitura do processo penal a partir de suas categorias próprias.

Inegável que a importação pura e simples das categorias seria um equívoco, Hélio Tornaghi afirmava que a jurisdição penal por um lado tinha como finalidade imediata a proteção da ordem jurídica, do direito objetivo, e por outro como finalidade secundária o resguardo de interesses individuais, isto é, a resolução de conflitos relativos a bens. O grande entrave é que no processo penal a jurisdição ao atuar jamais resguarda interesses individuais, até porque as partes em hipótese alguma podem expressar interesse em relação à aplicação de uma pena.<sup>257</sup>

A noção carneluttiana de lide, compreendida como um *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida* adentrou ao processo penal e, com isso, todas as dificuldades de lidar com essas categorias. Além disso, quando questionado diretamente sobre aquelas hipóteses em que a jurisdição penal atuaria ainda que não existisse propriamente um conflito entre imputado e parte lesada, respondia que este conflito estaria sempre presente já que a prática de um delito implicaria inevitavelmente na violação de um interesse juridicamente protegido<sup>258</sup>. Dizia, ainda: “*ou a lide existe também no processo penal ou não existe nem no processo civil.*”<sup>259</sup> Anos mais tarde, este posicionamento seria revisto e aperfeiçoado pelo próprio autor para dar lugar à conhecida tese de que no processo penal a jurisdição seria exercida para a comprovação do delito e a aplicação da pena.<sup>260</sup>

Carnelutti admitiu após muitas críticas que sua teoria não se aplicava ao processo penal, sustentando que quando se trata de aplicação da sanção penal, a função do processo é diversa da composição da lide; mais precisamente não trata da composição de uma lide, mas da verificação de uma pretensão, isto é, da pretensão penal ou punitiva, a qual se deve proceder ainda quando tal pretensão não encontre uma resistência.<sup>261</sup> Entretanto, a própria classificação de *pretensão* para dentro do processo penal se

---

<sup>257</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 228.

<sup>258</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 34.

<sup>259</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Ancora sulla lite nel processo penale**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1930. P. 245.

<sup>260</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Tradutor Francisco José Galvão Brubo. Campinas: Bookseller, 2004. P: 147.

<sup>261</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. P: 107.

apresenta extremamente questionável. Luso Soares, sustenta que “*no processo penal não há pretensão alguma – nem, portanto, o réu tem o direito de resistir a essa pretensa pretensão.*”<sup>262</sup>

A chamada ação penal não traduz, por conseguinte, em momento nenhum, o exercício de uma pretensão punitiva. Traduz, sim, um poder previsto de aptidão (para exercitar a atividade jurisdicional), de modo a ser concedida a autorização em que consiste a respectiva sentença.<sup>263</sup> A pretensão punitiva, como sustenta Gustavo Badaró, é uma pretensão material e, por assim ser, não pode constituir um objeto do processo.<sup>264</sup>

O autor da ação penal condenatória não efetiva nenhuma exigência, em face de quem quer que seja (nem antes, nem quando da propositura e no desenrolar do respectivo processo, mas, apenas, requer a imposição de sanção penal ao processado; por certo que os conceitos de *pretensão punitiva* ou, ainda, de *pretensão executória*, não se demonstram adequados ao processo penal, sendo-lhe de todo estranha.<sup>265</sup> E, conclui, Rogério Lauria Tucci: “*de todo inadequada e (por que não dizer?) inaceitável, delineia-se a transposição do conceito civilístico de pretensão para o processo penal.*”<sup>266</sup>

Jaime Guasp trabalha de forma diferente com o conceito de pretensão, problematizando a ideia de *insatisfação* individual a partir de critérios sociológicos, avaliando como o indivíduo é um eterno insatisfeito e, seguidamente, se vale do ordenamento jurídico e dos meios legais disponíveis para questionar seus direitos frente aos demais membros de sua comunidade. O autor enfatiza a necessidade de separar a *pretensión procesal* da *pretensión sociológica*, afirmando que: “*El derecho procesal gira en torno a este concepto; no tiene um mas allá o transfondo jurídico de primer grado del que él seria el mero apendice o la consecuencia. Mas allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal sino pura y simple sociología.*”<sup>267</sup>

---

<sup>262</sup> SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária**: uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981.P: 57.

<sup>263</sup> SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária**: uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981.P: 92.

<sup>264</sup> Claramente, portanto, a pretensão punitiva é pretensão material, não podendo, assim, constituir o objeto do processo. Esse lugar somente será ocupado pela pretensão processual. E, embora se discuta qual seria o conteúdo dessa pretensão processual, por certo não se identifica ou não é ela a própria pretensão material. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre Acusação e Sentença**. V. 3. São Paulo: RT, 2000. P: 78.)

<sup>265</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 36.

<sup>266</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P: 35

<sup>267</sup> GUASP, Jaime. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Civitas, 1981. P: 30.

Aury Lopes Jr., esclarece que o conceito de pretensão pode perfeitamente ser avaliado no processo penal mas é preciso compreendê-lo para além da conceituação carneluttiana, frisando que: “*não se trata de uma pretensão que nasce de um conflito de interesses, mas, sim, do direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente de um ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que permita a efetivação do poder de penar (Estado-Juiz).*”<sup>268</sup>

James Goldschmidt, frisa a necessidade de se compreender de forma diferente a noção de ação cível e ação penal, compreendidas como direito à uma pretensão, ao frisar que “*el contraste que se impone por la naturaleza de las cosas no es acción civil y acción penal, sino acción y acusación.*”<sup>269</sup>

Mesmo não sendo o foco do presente estudo, não se pode deixar de avaliar as críticas realizadas a essa concepção de Carnelutti, iniciar pelo seu rival, Piero Calamandrei, que trabalhava com a noção de processo sem lide, em seus estudos sobre o processo civil inquisitório, onde o poder jurisdicional não tinha outro objetivo senão provocar entre as partes, independentemente de seus interesses convergirem ou não, um efeito jurídico de criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica que se não poderia conseguir fora do processo.<sup>270</sup>

Sustentava, ainda, que a lide poderia representar a solução de um conflito de interesses, mas não poderia ter esse escopo, pois a lide existiria mesmo quando inexistisse o conflito, pois não cumpriria ao juiz uma medida administrativa, até porque tinha como objetivo último a coisa julgada, em nenhum momento alcançada no exercício da administração estatal. Assim, ressaltava a tese chiovendiana de que a coisa julgada seria o critério distintivo da jurisdição em relação à atuação dos demais poderes estatais<sup>271</sup> Isso legitimava um sistema inquisitório por colocar o julgador como livre para atuar além do que fora trazido pelas partes, pois mesmo inexistindo conflito entre estas, ele estaria legitimado a agir em nome da necessidade da coisa julgada.

---

<sup>268</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 234.

<sup>269</sup> En el derecho penal puede establecerse no sólo el derecho de penar, cuyo titular es el juez, y que se ejercita condenando al culpable y ejecutando la pena, sino también el *derecho de acusación* que nace de todo delito o falta y cuyo contenido es la petición de que el juez ejercite su derecho de penar ( *in* GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 30.)

<sup>270</sup> CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928.

<sup>271</sup> CALAMANDREI, Piero. **Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti**. Rivista di diritto processuale civile, Padova, Cedam, 1928.

Clara Maria Román Borges, trabalhando as ideias de Girolamo Bellavista, complementa que a lide no processo penal tinha um caráter diferenciado justamente pela natureza dos interesses nela envolvidos, pois não se poderia negar que apesar do Estado ter interesse em punir o culpado pela prática de um crime, também tinha interesse em preservar a liberdade do imputado, conforme estabelecido na própria Constituição quando expressamente resguardava o princípio da presunção de inocência.<sup>272</sup>

Ora, nem é preciso comentar que uma Teoria que considera as especificidades de cada um dos processos jamais será uma Teoria Geral do Processo.<sup>273</sup> Clara Maria Román Borges, assim sintetiza a marca dessa concepção em nosso Processo Penal:

Em razão disso, o que se tem é a reprodução desta frágil teoria geral do processo, que imprime aos seus adeptos aquela velha postura de que sua aplicação depende invariavelmente de sua adaptação às especificidades de cada processo. Tanto isso é verdade que boa parte dos processualistas penais brasileiros, apesar de adotar o conceito de lide penal para traduzir o conteúdo do processo penal, não deixa de fazer constar em seu conceito de jurisdição elementos da tese chiovendiana.<sup>274</sup>

Entretanto, para além do conceito de lide no processo penal, se criou a noção de lide penal, pois esse conflito seria preexistente ao processo, uma vez que nasceria com a violação da ordem jurídica de onde surgiria a pretensão punitiva a conflitar com o direito à liberdade do indivíduo. Não por outro motivo, Giovanni Leone, definia a jurisdição como o *“poder de resolver com decisão fundamentada o conflito entre o direito punitivo estatal e o direito de liberdade do imputado em conformidade com a norma penal.”*<sup>275</sup>

Porém, ao traduzir o conteúdo do processo penal como um conflito imanente e indisponível entre o direito estatal de punir e o direito do cidadão de manter sua

---

<sup>272</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 63.

<sup>273</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 56.

<sup>274</sup> Veja-se, por todos: MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 11-13; TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, II, P. 295; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 4; GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 11-12. *In* BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 64/65.

<sup>275</sup> LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Vol. 2. Buenos Aires: EJE, 1963. P. 65.

liberdade, ainda que a atuação concreta das partes não expresse este conflito, acabou por legitimar a inquisitorialidade do processo penal.<sup>276</sup>

A essa noção de lide, competia a visão do Estado como sujeito passivo de todo e qualquer crime e detentor do direito de punir, o que traz todas as graves consequências já explicitadas anteriormente e necessidade de compreensão desta problemática de forma conjunta<sup>277</sup>. À força de se admitir que se dispõe de um *direito de punir* e de que o processo penal é um contencioso entre partes opostas e hostis, encabeçando interesses ou pretensões contrárias, gerou-se o grande mal de ver o *homo iudicandus* como *um adversário*. Isto para não dizer um *inimigo*.<sup>278</sup>

Portanto, uma superação da teoria geral do processo é medida que se impõe, ainda que tardiamente, para que seja possível dialogar com as necessidades do processo penal. Helio Tornaghi, há anos já alertava: *É hora já de visualizar o Direito Processual com ótica própria, conferindo-lhe a dignidade científica que faz por merecer*.<sup>279</sup> E conclui, Jacinto Coutinho: *“a teoria geral do processo é um engodo e alerta que não custaria muito aos processualistas engajados no pensamento tradicional mudar de postura após um repensamento mais específico do problema processual penal, pois entende que a “evolução merece esse esforço.”*<sup>280</sup>

Entretanto, a tarefa é mais árdua do que se possa parecer, a cada proposta de reforma legislativa no processo penal se percebe de forma clara a confusão realizada acerca dos elementos provenientes do processo civil (o que será melhor avaliado nos tópicos subsequentes). Seja pela importação conceitual de lide, seja pelo direito de ação, seja pela definição de relação jurídica, todas categorias representam um esforço para não compreender o processo penal a partir de suas próprias especificidades.

---

<sup>276</sup> BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 44.

<sup>277</sup> Dentre esses inúmeros equívocos basta atentar-se para a defesa de um jus puniendi estatal, produto de uma violação ao dever de obediência de cada súdito ao Estado<sup>108</sup>. Tal postura antidemocrática e tirânica ainda encontra na ampla maioria dos autores sua adoção ou pelo menos – o que dá no mesmo – a ausência de elaboração crítica a fim de pelo menos inquirirem-se as razões desta construção teórica. Além do “jus puniendi”, que não sobrevive à mais comezinha argumentação em contrário, o problema da lide é outro que grassa os mais recônditos cantões do processo penal. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 59).

<sup>278</sup> SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária**: uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981.P: 36.

<sup>279</sup> TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 200.

<sup>280</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo Do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989. P 121.

O processo, sem embargo de uma larga discussão sobre sua “natureza jurídica”, se, na visão de Bulow<sup>281</sup>, concebido como uma relação de direitos e obrigações recíprocas que colocam em mútua comunicação as partes e o Tribunal, isto é, uma *relação jurídica*. O principal mérito desta concepção é desvincular a relação de direito material que envolve as partes a partir de uma autonomização da relação jurídico-processual estabelecendo vínculos que se afastam do caráter meramente individual do conflito. Isso é fruto do período cientificista do processo, uma vez que ele passa a adquirir autonomia e consistência teórica.<sup>282</sup>

No entanto, tal teoria fora amplamente criticada, Serra Dominguez aponta que:

La dicha teoría (relación jurídica) no está de acuerdo ni con el concepto científico, ni con ele empírico, ni con el legal de proceso. El juez no tiene deberes frente a las partes, sino tan sólo un deber público de oficio. Y las partes más que ligadas por obligaciones procesales estan sometidas a cargas. De donde podríamos concluir que si el proceso es una relación social, en cuanto las partes y el juez se encuentran unidas al proceso; pero no de relacion jurídica, en cuanto falta la forma, es decir, los deberes y obligaciones reciprocas, que permitan calificar jurídicamente dicha relación.<sup>283</sup>

Corroborando com essa visão, sustenta James Goldschmidt que: “*Tampoco el concepto de la relación jurídica procesal tiene transcendencia com respecto a su contenido, puesto que el deber del juez de conocer la querela se basa en la obligación estatal de administrar justicia, y a las partes no incumbem obligaciones procesales, ni frente al juez ni mutuamente.*”<sup>284</sup>

Para James Goldschmidt, o processo seria “*situações jurídicas*”: situações de expectativa, esperanças sobre a conduta judicial que há de se produzir e, por fim, da

---

<sup>281</sup> BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964. P. 02-03

<sup>282</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 68.

<sup>283</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. **Jurisdicción, acción y proceso**. Atelier: Barcelona, 2008. P: 248.

<sup>284</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. 47.

sentença judicial futura; em outras palavras: “*expectativas, posibilidades e cargas*”,<sup>285</sup> Sustenta o autor alemão que: *la consideración del derecho, la cual convierte todas las relaciones jurídicas en expectativas o perspectivas de un fallo judicial de contenido determinado, puede llamarse consideración dinámica del derecho, en contraste a consideración corriente, que es estática, porque enfoca todas las relaciones jurídicas como consecuencias jurídicamente necesarias de hechos presupuestos como realizados.*<sup>286</sup>

A importância revolucionária do pensamento de Goldschmidt na sua crítica à teoria da relação jurídica se dá pelo fato de que esta reflete bem mais do que uma inexatidão de uma explicação teórica, mas representa a incapacidade de explicação do direito a partir de categorias universais. A teoria geral do direito se valeu do conceito de relação jurídica e se viu diante da sua incapacidade para dar conta da complexificação das relações sociais já nos séculos XIX e XX. Com isso, Goldschmidt inaugurou uma era na qual o processo é *um complexo interativo de situações jurídicas*. Com isso, a revelação de uma falência da natureza jurídica do processo como cômoda subsunção deste fenômeno a categorias difundidas a partir da teoria geral do direito, foi a maior contribuição do Autor.<sup>287</sup>

Portanto, o caráter revolucionário da teoria de Goldschmidt se explica pelo mal-estar causado, pela superação de crenças utópicas e de escancarar a compreensão de possibilidade de uma decisão contrária ao Direito<sup>288</sup>, o que rompe com toda uma percepção de processo e, por conseguinte, de decisão judicial e de atuação jurisdicional. Assim, conceitos de *pretensão, relação e lide* que muito foram e seguem sendo trabalhados no âmbito do processo penal influenciam sobremaneira na concepção deste e naquilo que se espera dele. E a superação desse ideal civilista e a definição da estruturação processual serão definidos pela concepção do fim almejado pelo processo penal, uma vez

---

<sup>285</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso**. Tomo III, El Proceso como situación jurídica: una crítica al pensamiento procesal. Marcial Pons, Madrid, 2015. P: 281.

<sup>286</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 50.

<sup>287</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 92

<sup>288</sup> A teoria da situação jurídica, por se afastar de conceitos aferrados a uma estática jurídica traz, pela denúncia da possibilidade de uma sentença em desacordo com o direito, um intenso mal-estar assim como insegurança no seio da teoria do direito processual. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 92)

que a visão civilista acaba por se tornar responsável por grande parte da desumanização do processo penal.

Como adverte Luso Soares: “*a civilisticização do processo penal constitui uma das causas de angustiante desumanização deste último – apesar do contrabalanço que tende a apurar-se pela influência de um Direito Penal substantivo cada vez mais humanizado.*”<sup>289</sup>

A doutrina mais avançada dos estudos do Direito Penal há décadas vem conseguindo uma reflexão acerca de um direito penal humanizado voltando sua atenção sobre o *ser* do homem, avaliando conceitos a partir de reflexões que lidam com conhecimentos da sociologia, da psicologia e de outros campos do saber, mas tudo isso perde efetividade prática quando no tocante ao processo penal essas apreciações não são feitas na mesma intensidade.

E, diante disso, a atuação do julgador penal nesse contexto necessita ser, a partir desses critérios e conceitos, estudada e concebida. Mais do que simplesmente imparcial, no processo-crime o julgador deve ser um pai, ainda que severo. A grande conquista que a prática penal realizará nos nossos tribunais – e, naturalmente também, em toda a organização punitiva do Estado na sequência das condenações – é a da *humanização*.<sup>290</sup>

Operar a partir de uma lógica civilista desumaniza o processo, como nos advertiu o já maduro Carnelutti: *Temo que ninguém de conta que o mérito maior deste livro, se não até o seu único mérito, reside no fato de nele ter formulado a advertência de que a “res iudicanda é um homem, tal como o juiz.”*<sup>291</sup> A advertência do autor italiano é fundamental para que se possa compreender que no processo penal não há uma *res* em disputa, tampouco um mero *conflito de interesses*, uma *relação jurídica* e outras tantas compreensões civilistas que prestam um desfavor a uma adequada concepção do processo penal.

Dessa forma, novamente, ter-se-á na figura do juiz uma análise fundamental no que tange ao modelo processual vigente e sua aplicação prática. Não podemos olvidar da lição de Anitua, para quem: “*julgar é um poder terrível, além de uma responsabilidade*

---

<sup>289</sup> SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária**: uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981. P: 35

<sup>290</sup> SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária**: uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981. P: 37

<sup>291</sup> CARNELUTTI, **Lições Sobre o Processo Penal**. Tradutor Francisco José Galvão Brubo. Campinas: Bookseller, 2004.

*difícil e complicada.*”<sup>292</sup> Mormente quando esse julgar decai sobre a aplicação de uma pena e a decisão acerca da liberdade ou não de um indivíduo.

O processo penal é regido pelo princípio da necessidade, ou seja, um caminho necessário para se chegar à uma pena, que não existirá sem sentença e, portanto, sem processo, o que justifica afastar o conceito de lide no processo penal<sup>293</sup> que, como já referido, insere-se diante do poder punitivo estatal como defesa dos direitos fundamentais e, por isso, é, diferente do processo civil. Portanto, a ação penal não pode ser compreendida na forma civilista de invocar o Estado para satisfação de uma pretensão, uma vez que *a ação penal traduz-se, afinal, num direito de configuração formal a que se vem chamando o direito ao processo.*<sup>294</sup> Para além disso, é preciso sempre recordar, o que leciona Ramos Mendez, que: *o delito, juridicamente, não existe senão através da sentença.*<sup>295</sup>

O famigerado *ius puniendi* – o direito de punir – de que, para a concepção dominante o Estado é hoje titular exclusivo, terá sempre de efetivar-se através de um processo. O Direito Penal é, em si mesmo considerado, um *direito inerte.*<sup>296</sup> Assim, somente da sentença e, portanto, do processo penal existe juridicamente o delito, o que torna o processo um caminho necessário para a própria existência do crime e, a partir daí, para o exercício do poder punitivo.

E, por assim ser, resta clara a alusão a um sistema (conjunto), àquela do procedimento (preordenado) e à finalidade, por sinal, *faz-se o processo para que alguém que tendo o poder de decidir mas não conhecendo devidamente possa, em face dele (processo) decidir.*<sup>297</sup>

---

<sup>292</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar.** Coord. e trad. Augusto Jobim do Amaral, Clarice Beatriz Sohngen, Brunna Laporte e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P:24

<sup>293</sup> O processo penal é regido pelo princípio da necessidade, ou seja, é um caminho necessário para chegar a uma pena. Irrelevante, senão inadequada, a discussão em torno da existência de uma lide no processo penal, até porque ela é inexistente. Isso porque não pode haver uma pena sem sentença, pela simples e voluntária submissão do réu. O conceito de *lide* deve ser afastado do processo penal, pois o poder de penar somente se realiza no processo penal, por exigência do princípio da necessidade. (*in* LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 231.)

<sup>294</sup> SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária:** uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981. P: 22

<sup>295</sup> RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho y Proceso,** Bosch, 1971. P: 301.

<sup>296</sup> SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária:** uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981.P: 49.

<sup>297</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A Linguagem nos Tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). *In* **Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P: 288.

O processo é o instrumento necessário à realização de qualquer atividade. Enquanto regulado pelo direito é o instrumento de que se vale o juiz para a mais correta definição do Direito.<sup>298</sup> O juiz necessita de um processo para que possa tomar a sua decisão, daí, novamente, a crucial relevância de se avaliar a forma pela qual o julgador irá conceber e se portar diante do processo penal e, por conseguinte, o que devemos esperar dessa atuação.

A primeira coisa é cientificar os julgadores dessa necessidade do processo penal, pois como bem nos adverte Serra Dominguez: *“Dios, se ha afirmado con acerto, para juzgar no tiene necesidad de proceso. Pero la limitación humana impone necesariamente que entre la afirmación de las partes y la resolución jurisdiccional se intercalen una serie de actos, cuyo conjunto recibe el nombre de proceso.”*<sup>299</sup>

Princípio base de uma situação processual, é o contraditório, tamanha a sua relevância se verifica à medida em que para muitos autores é uma característica básica do processo, é o que caracteriza um processo, pois na visão de Fazzalari seria o *“procedimento em contraditório.”* a medida em que o contraditório é o que distingue o processo de um mero procedimento.<sup>300</sup>

Fazzalari, assim, consegue superar a concepção de relação jurídica e isso reflete em importantes consequências para o campo do processo penal. O autor italiano parte de uma noção diferenciada e apartada dos conceitos de *proceso* e *procedimento* e refere que *“os processualistas têm sempre dificuldade, por causa da imponência do fenômeno, de definir ‘proceso’ e permaneceram ligados, ainda que durante alguns decênios do século passado, ao velho e inadequado clichê pandetístico da ‘relação jurídica processual’”*.<sup>301</sup>

A noção de procedimento, partindo do modelo de atividades da justiça foi elaborado pelos administrativistas sem chegar à conclusão de que tal modelo não é exclusivo da justiça, mas sim um esquema de teoria geral, utilizável para além da jurisdição.<sup>302</sup>

---

<sup>298</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. **Jurisdicción, acción y proceso**. Atelier: Barcelona, 2008. P: 192. P: 237.

<sup>299</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. **Jurisdicción, acción y proceso**. Atelier: Barcelona, 2008. P: 192. P: 230.

<sup>300</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 118/119.

<sup>301</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 111.

<sup>302</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 112.

O procedimento, conceitua Fazzalari é: “*enfim, visto como uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas. O procedimento é, enfim, visto como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas.*”<sup>303</sup> Portanto, o que passa a distinguir *processo* de *procedimento* é a estrutura dialética do procedimento, isto é, o *contraditório*.<sup>304</sup>

Assim, resume o autor italiano:

Existe, em resumo, o “processo”, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.<sup>305</sup>

Essa perspectiva *fazzalariana* possibilitou a superação das tentativas de definir o processo, a partir do conceito de que há processo quando exista um *conflito de interesses* e segundo o qual existiria processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato. Esse conflito de interesses poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante o processo, entretanto quando for ausente a estruturação dialética não haverá processo, sendo vã a indagação acerca de um conflito de interesses. Portanto: *onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo.*<sup>306</sup>

O modelo desgastado de conceber o processo como uma sucessão de atos processuais, partia da visão da atividade como um fim em si mesma e ignorava o complexo de interação, atividade e transformação do panorama processual creditável às partes. Para o processo penal, a presença do contraditório como elemento definidor da distinção para com o procedimento é de vital importância para uma concepção

---

<sup>303</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 114.

<sup>304</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 119.

<sup>305</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 120.

<sup>306</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 121.

democrática e acusatória do processo.<sup>307</sup> Entretanto, é importante conceber essa teoria a partir de uma perspectiva em consonância com os valores constitucionalmente consagrados, pois assim o grau de eficácia do aludido princípio será muito mais amplo e a perspectiva fazzalariana ganhará muito mais valor.<sup>308</sup>

A partir dessa concepção o processo é definido como válido quando observada a igualdade de condições entre as partes, que até podem ter poderes e atuações reduzidas, mas a posição de cada uma das partes deve ser simetricamente igual. Para Aury Lopes Jr., a teoria estruturada por Fazzalari pode ser considerada uma continuidade de *teoria da situação jurídica*, de James Goldschmidt, ainda que isso não seja assumido nem pelo autor italiano nem por seus seguidores. No entanto, categorias como *posições subjetivas, direitos e obrigações probatórias*, que se desenvolvem por meio do conjunto de *situações jurídicas*, denotam a influência do autor alemão.<sup>309</sup>

Sob essa perspectiva, do processo como procedimento em contraditório se consegue superar uma visão formalista-burocrática do procedimento, até então reinante. Se resgata a importância do estrito respeito às regras do jogo, especialmente do contraditório, elegido a princípio supremo. O procedimento se legitima por meio do contraditório e deixa de ser uma mera concatenação de atos, formalmente estruturados, para uma nova dimensão.<sup>310</sup>

Aury Lopes Jr, faz uma pequena ressalva a visão de Fazzalari, em decorrência do fato do autor italiano ser um processualista civil e ter a sua obra alinhada aos aspectos (tão problemáticos) da teoria geral do processo. Daí, a solução verificada pelo Autor é trabalhar com a visão de Fazzalari no processo penal desde que mediante o respeito às categorias próprias do processo penal e feitas as devidas correções a partir da concepção de Goldschmidt.<sup>311</sup>

---

<sup>307</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 135.

<sup>308</sup> Como se pode perceber, a concepção de Fazzalari não pode ser interpretada de forma alheia ao desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. Assim como não se pode conceber a idéia de um processo penal desprovido de contraditório é arriscado pensar-se o contraditório exclusivamente pelas lentes da doutrina. Como garantia constitucional, o grau de eficácia do aludido princípio é sobejamente mais amplo. O contraditório como complemento à teoria da situação jurídica, no processo penal, permite afastar-se em certo nível as críticas que denunciam Goldschmidt por caracterizar o processo como uma atividade meramente privatística. A introdução do contraditório como elemento arraigado no processo afasta uma irresignação do Estado para com uma atividade absenteísta do acusado. Por não lidar o processo penal com interesses privados, indisponível ao acusado o direito de defesa. Mesmo contra a sua vontade, o acusado deve ser defendido. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 144)

<sup>309</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 223.

<sup>310</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 224.

<sup>311</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 40

Ainda, no que tange ao papel do juiz, a teoria de Fazzalari tem um importante contributo para a estruturação de um processo penal democrático, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição mas o efetivo contraditório entre as partes, como define Aury Lopes Jr: “*é o contraditório efetivo que legitima e o provimento final, importando um deslocamento muito importante em relação ao mero procedimentalismo ou instrumentalismo tradicional, bem como uma evolução de maior significância em relação à estrutura piramidal de Bullock, centrada na figura do juiz.*”<sup>312</sup> A função do juiz então passa a ter preponderância na tutela do desenvolvimento do processo, como garantidor efetivo das regras do jogo e guardião do contraditório.<sup>313</sup>

## 2.2 O Lugar do Juiz e os Sistemas Processuais Penais

Há muito se fala e muito se fala acerca dos sistemas processuais penais e em suas concepções clássicas, sistema acusatório x sistema inquisitório e outras variantes como um sistema adversarial ou, ainda, uma definição de um sistema misto. Tendo como marca central na definição de uma sistemática, o papel e o local do juiz, por óbvio que aquilo que espera de um magistrado criminal encontra grandes variações a partir dos diferentes modelos sistemáticos. As diferenças que marcam os clássicos modelos não são apenas procedimentais, mas envoltas em uma questão de ideologia processual penal.<sup>314</sup> Mas, afinal, ainda há relevância em se buscar o estudo dos sistemas processuais penais?

Montero Aroca afirma que não tem sentido invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura de pensar se modificou em face do monopólio jurisdicional e constitucional.<sup>315</sup> Em linha semelhante Alexandre Morais da Rosa defende a superação de tal divisão, por compreender que *manter-se a noção histórica somente ajuda a obscurecer, confundir e*

---

<sup>312</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 226.

<sup>313</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P: 512.

<sup>314</sup> Com razão, Adauto Suannes esclarece que “*a distinção entre processo penal inquisitório e processo penal acusatório não se limita a mera diferença de procedimentos. É uma questão ideológica*”. (in SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 80)

<sup>315</sup> MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: una explicación basada em la razón**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997. P: 28.

*impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal.*<sup>316</sup>

Há uma certa tendência na superação da matéria dos sistemas, o que, para Jacinto Coutinho, não seria aceitável, pela razão principal do lugar que o tema tem, ou seja, de fundamento do fundamento do direito processual e, assim, nada é aceitável, desde este ponto de vista se, quem formula algo do gênero (de todo destruidor), não coloca alguma coisa no lugar.<sup>317</sup>

Entretanto, mesmo concordando com a relevância do tema, a análise a ser realizada na presente pesquisa não se ocupará de uma abordagem acerca das origens e dos primórdios de um sistema acusatório ou inquisitório, tampouco, ocupar-se-á de grandes linhas conceituais acerca dos modelos de sistemas verificados ao longo da história processual penal, focando na indispensável análise do local do juiz.

Em linhas gerais, a posição do julgador, pode definir o modelo de processo existente e, por isso, mister se faz avaliar e compreender o local que este ocupa na situação processual, para que possamos definir ou, ao menos, entender qual o sistema vigente no ordenamento brasileiro e se este condiz com os ideais democráticos da ordem constitucional vigente. Tal enfoque se justifica pelo tanto que representa em uma sistemática processual penal o local ocupado pelo juiz e o quanto as expectativas influenciam e são influenciadas a partir dessa alocação. Para que se possa avaliar os sistemas é imperioso que, ainda que por breves linhas, esteja claro aquilo pelo qual se entende e se concebe um *sistema*.

Para tanto, mostra-se determinante a clássica definição forjada por Kant em sua arquetônica, na qual caracterizou o sistema como a unidade de conhecimentos variados sob uma ideia, ou como um conjunto de conhecimentos ordenado segundo um princípio<sup>318</sup>, afirmando que é a unidade sistemática que converte o conhecimento vulgar em ciência. A arquetônica é o que há de científico no conhecimento, em geral. Sob a direção da razão, os conhecimentos humanos em geral devem formar um sistema em que somente tais conhecimentos podem apoiar e favorecer as finalidades essenciais da razão.

---

<sup>316</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4 ed. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017. P: 290.

<sup>317</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os Sistemas Processuais Penais Agonizam?. In Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais: **Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 64

<sup>318</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. P: 9-10; 23.

Assim, a definição de sistema seria a unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia.<sup>319</sup>

Trazendo a discussão para o processo penal, é possível definir o próprio processo como um conjunto de atos preordenados, pelo qual se reconstitui o fato passado por meio das provas, tendo como finalidade o acertamento do caso<sup>320</sup>, donde se pode perceber a evidente noção sistemática. A análise da atuação do julgador nos variados modelos definidores de sistemáticas processuais penais se dará despida de uma observância cronológica dos acontecimentos, centrando-se em uma apreciação conceitual.

É importante notar que os sistemas processuais penais refletem as diversidades e interesses políticos e ideológicos imperantes nas diferentes épocas históricas e nos diferentes contextos sociais. Eles refletem a opção e a concepção de Estado e de indivíduo na administração da justiça, isto é, a luta entre os interesses coletivos e os interesses individuais, entre o princípio de autoridade e a liberdade individual.<sup>321</sup>

Todo sistema, assim, é informado por um princípio orientador, por uma ideia central. Justamente por esse motivo que é reducionista, para dizer o mínimo, compreender um sistema como *misto*. O sistema misto, é rechaçado por grandes doutrinadores, como Jacinto Coutinho que afirma que *em sua essência o sistema é sempre puro, uma vez informado por um princípio que não pode ser misto, o que faz com que a essência do sistema seja acusatória ou inquisitória, recebendo a referida adjetivação por conta de elementos secundários que de um sistema são emprestados ao outro*.<sup>322</sup>

Não se pode olvidar que chegaram a existir simultaneamente (acusatório e inquisitório), chegando, inclusive, a se confundirem, acolhendo um, características do outro, configurando, que passou a ser definido como sistema misto.<sup>323</sup> Por outro lado, é importante ter a devida compreensão de que cada definição sistemática precisa ser

---

<sup>319</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009. P. 521-522.

<sup>320</sup> Conforme ensina COUTINHO, “caso penal” é a expressão mais adequada ao fenômeno que ocorre no processo, bem como a que deixa um menor espaço à indeterminação. Ademais, trata-se de uma situação de incerteza, de dúvida quanto à aplicação (ou não) da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989. P: 135.

<sup>321</sup> VELÉZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. Marcos Lerner Editora. Cordoba: 2006.

<sup>322</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez Editora, n.º 01. 2001.

<sup>323</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales. La justicia penal em Europa y America**. Marcial Pons, Madrid: 2012. P.25.

compreendida dentro de sua temporalidade. Pois, as definições dos modelos atuais esta inicial dicotomia *inquisitivo-acusatório*, muito provavelmente tenha perdido sua utilidade.<sup>324</sup>

Teresa Armenta Deu refere que *difícilmente encontraremos hoje em dia um modelo acusatório, adversativo ou inquisitivo puro, como tampouco um modelo misto realmente homologável*.<sup>325</sup> Segundo a Autora, é importante que consigamos compreender isto para que não incidamos no erro de atribuir a determinados sistemas ou institutos mais do que eles significam, diluindo suas notas definitórias, deixando-os não mais reconhecíveis.

Jacinto Coutinho, concorda, afirmando que ninguém mais duvida que, hoje, não há mais sistemas puros; e que todos são “mistos” não por força de que se tenha princípios mistos (impossível em um sistema se a matriz é Kant) e sim porque sendo o princípio reitor inquisitivo ou dispositivo (ou acusatório, como querem alguns), tem-se sistemas inquisitórios (para aquele) ou acusatórios (para este), porém – sempre – com elementos a eles agregados que são provenientes de outro sistema, o que lhes dá essa estrutura “mista”. O que vem de fora, porém é secundário e, por óbvio, não tem o condão de alterar a estrutura principal.<sup>326</sup>

Por isto, hoje dificilmente será possível encontrar um sistema totalmente puro, dado a mescla de características de ambos os sistemas processuais. Seja na divisão de fases (como ocorre, por exemplo, no processo brasileiro), seja pela mistura de elementos próprios de ambos os sistemas.<sup>327</sup>

Essa é a razão pela qual Alexandre Morais da Rosa acredita que se deva superar a discussão em torno das clássicas definições de sistemas, pois *sendo impossível um sistema misto qual o sentido em se continuar insistindo no dilema acusatório versus inquisitório? Nenhum. Trata-se de dilema a ser superado pela ausência de efeitos. A*

---

<sup>324</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales: La justicia penal em Europa y America**. Madrid: Marcial Pons, 2012. P: 21.

<sup>325</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales: La justicia penal em Europa y America**. Madrid: Marcial Pons, 2012. P: 21.

<sup>326</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Para Passar do Sistema Inquisitório ao Acusatório: *Jouissance*. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 88.

<sup>327</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales. La justicia penal em Europa y America**. Marcial Pons, Madrid: 2012. P.21.

*confluência de diversos fatores implica na compreensão de conteúdo variável da própria noção de sistema processual*<sup>328</sup>

Mas esta pluralidade de sistemas em um só processo não é apenas verificável no atual modelo sistemático, sendo uma herança muito mais antiga do que muitos podem imaginar, uma vez que desta reunião dos sistemas acusatórios e inquisitivos, Napoleão fez surgir um processo misto, também conhecido como reformado ou napoleônico.<sup>329</sup> Portanto, a natureza “mista” do sistema advém do código Napoleônico de 1808, com uma fase pré-processual inquisitória e uma fase processual supostamente acusatória, onde deveriam ser observados os preceitos do sistema e o próprio princípio acusatório. O monstro de duas cabeças, acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.<sup>330</sup>

A principal problemática de um sistema dito misto é a influência de uma fase processual sobre a outra, colocando o momento decisório para antes do momento processual, o que esvazia o processo ao permitir que o julgador nele adentre com a decisão previamente (ainda que de maneira parcial) tomada. Certamente que isso é agravado em uma sistemática como a vigente na legislação brasileira que não somente permite a atuação do mesmo julgador na fase pré-processual e processual como, praticamente, o obriga, por força da regra da prevenção.<sup>331</sup>

Ainda que não seja esse o ponto a ser abordado, é imprescindível que se avalie os riscos para um processo que se pretenda democrático de permitir a manutenção do mesmo julgador atuando nas duas fases do processo, mas isso pode explicar muito sobre o modelo de processo penal pretendido e o que se espera do julgador, criando-se uma estrutura que permita mais facilmente se convencer da “história da acusação”. Aqui, nesse momento processual haveria uma forte pré-disposição do julgador de se convencer

---

<sup>328</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 291.

<sup>329</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “**O papel do novo juiz no processo penal.**” In. *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 37.

<sup>330</sup> LOPES JR, Aury. *Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito?* In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 43.

<sup>331</sup> O juiz que teve o seu primeiro contato com o caso penal, na fase de investigação preliminar, onde as provas não obedecem aos mesmos critérios de legalidade e de conformidade constitucional, terá seu convencimento formado com base nestes elementos e ingressará no processo penal contaminado pelos elementos colhidos na fase pré-processual. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 142..

com a versão que lhe é dado, talvez até de forma inconsciente, fruto do chamado *efeito primazia*, que será melhor avaliado em tópico futuro, ao tratar das expectativas internas do julgador e dos riscos dessa contaminação.

Retornando aos sistemas, ao criar um sistema dito misto, se permitiu que o processo fosse totalmente moldado nas bases inquisitoriais e resumiu a fase acusatória ao mero ritual protocolar, um jogo de cena, um teatro de repetição das provas já produzidas, com a decisão já tomada. *Quando se chega ao processo, então ilusoriamente acusatório e contraditório, a verdade histórica já foi definida.*<sup>332</sup> Se a valoração das provas vem determinada pelos atos realizados na fase da investigação, de modo unilateral e sem plenitude de oportunidades de defesa para o acusado, o sistema carece de igualdade de oportunidades de defesa e, ademais, da garantia da imparcialidade.<sup>333</sup> Como bem define Aury Lopes Jr, nessa sistemática: *o juiz é um terceiro inconscientemente manipulado pelos autos de investigação preliminar.*<sup>334</sup>

Portanto, sistema “misto” é uma falácia que vem apenas a tentar maquiagem a raiz inquisitória, pois como define Jacinto Coutinho: *tal sistema serviu a Napoleão; serve a qualquer senhor; não serve à democracia.*<sup>335</sup> Seria o “monstro” construído a partir dos defeitos do sistema acusatório e inquisitório.<sup>336</sup> Inegavelmente que as principais críticas ao chamado “sistema misto” repousam na prevalência inquisitória da sistemática que não é salva por uma tardia roupagem acusatória que lhe tente aplicar.

Argumento exaustivamente repetido afirma que o sistema acusatório “puro” seria incompatível com determinadas funções promocionais exigidas pelo caráter “social” do Estado de Direito brasileiro. Desta maneira um sistema acusatório clássico, no qual o juiz não possui poderes instrutórios seria incompatível com a estrutura constitucional

---

<sup>332</sup> LOPES JR, Aury. *Sistemas Processuais: Ainda Precisamos Falar a Respeito?* In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 31-56.

<sup>333</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatório versus Inquisitório: Reflexões sobre o processo penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 67.

<sup>334</sup> LOPES JR, Aury. *Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito?* In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 55.

<sup>335</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda apud JUNIOR, Aury Lopes. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006..P: 175.

<sup>336</sup> Compreende-se que tal “monstro, nascido do acoplamento do processo inquisitivo e do acusatório, tenha somado os defeitos de um de outro, comprometendo de fato o único valor comum a ambos: a obrigação do juiz decidir *juxta alligata atque probata*, que caracteriza tanto o processo puramente inquisitivo, no qual é necessário a prova legal, quanto o processo acusatório, em que o juiz é passivo diante da atividade probatória.( FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 134.)

contemporânea.<sup>337</sup> Essa crítica analisada por Ricardo Gloeckner evidencia a manipulação conceitual amparada numa concepção de sacralidade do julgador que necessita de poderes para bem cumprir aquilo que se justifica que a sociedade dele espera. O processo como instrumento de um poder punitivo. Um julgador que age guiado por expectativas punitivas não se amolda às limitações claras e precisas de um modelo acusatório. E, daí, a falácia do sistema misto, também, no que tange às expectativas do julgador é insuficiente, pois são sistemáticas distintas que concebem o modelo processual de forma totalmente diferente e depositam na atuação do julgador um determinado quadro de expectativas a levar isso em consideração. Aceitar um sistema misto, é aceitar que o mesmo juiz atue em fases distintas com modelo de atuação e a partir de expectativas distintas, por diversas razões já expostas e que serão melhor aprofundadas, este juiz terá a preponderância da primeira e mais grave orientação, qual seja, a que se deu a partir do modelo inquisitorial, travestindo o processo acusatório em mero disfarce de legalidade civilizatória.

Para que seja possível ter a dimensão da incongruência de uma matriz inquisitória em um processo penal sedizente democrático, é crucial se entender o modelo processual inquisitivo e a atuação do julgador nesse sistema. Entretanto, vale frisar que, como tudo, o sistema inquisitório também tem a sua temporalidade e o fato de hoje não mais se verificar fogueiras acesas, bruxas ardendo em chamas, tampouco julgamentos por heresia, não significa que não se tenha diversas destas práticas vigendo, sob outras formas e com outras roupagens mas respeitando a mesma essência.

O sistema inquisitivo é marcado por uma grande influência da igreja católica, pelo domínio desta naquela quadra da história.<sup>338</sup> Portanto, dado ao enorme poder exercido pela Igreja naquela faixa da história ocidental, obviamente que o Direito e, por conseguinte, a jurisdição são influenciados sobremaneira pelos postulados da igreja, o que explica a santificação da decisão judicial e as expectativas de realizações de milagres salvadores nas mãos daqueles a quem incumbia a “realização do Direito”.

Havia uma sacralização por detrás do ato de julgar, havia uma expectativa de uma solução justa e correta, que exigia algo a mais de quem estaria incumbido deste

---

<sup>337</sup> <sup>337</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 15.

<sup>338</sup> Em linhas cronológicas gerais, tem-se que o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo, posteriormente substituído, de forma gradativa, pelo modelo inquisitório que prevaleceu até meados do século XVIII, chegando até o século XIX, em alguns países, quando o novo cenário político-social que se desenhava levou a uma nova mudança de rumos. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. Campinas:Ed. Millenium, 2000. P.56.

juízo. Algo favorecia o poder da igreja neste sentido, pois como define Berman: “A crença de que Deus é um juiz rígido e de que Cristo retornará como um juiz desempenhou importante papel no desenvolvimento dos valores jurídicos da Igreja oriental, assim como da Igreja Ocidental.”<sup>339</sup>

Por sua vez as ordálias representavam, um sistema criado para limitar a arbitrariedade dos grandes senhores em um contexto no qual se acreditava firmemente na intervenção divina.<sup>340</sup> Isso pode ser paradoxal, mas se preferia a “sorte” das ordálias, crendo em uma imaginável, mas nunca verificável, intervenção divina ao invés da certeza da punição resultante da arbitrariedade senhorial. No século XIII uma onda de entusiasmo pelo Direito Romano empolgava a Europa, sobretudo a França. Reagia-se contra o antigo sistema legal, consubstanciado no Direito Feudal, Canônico e Consuetudinário. As universidades recém-criadas, de Paris e Bolonha fervilhavam ideias reformistas. Propugnavam a abolição da vingança privada<sup>341</sup> e a supressão de todo tipo de ordália<sup>342</sup>.

Essa recuperação da racionalidade abriu caminho para um revolucionário direito canônico, que desencadeou em um sistema processual inquisitivo. O ano de 1215 é uma data relevante, por marcar o início da *inquisição*. Inquisição (busca) da perversidade herética, desenvolveu um sistema caracterizado pela vigilância, a concentração de poder, o encarceramento, a exclusão e o castigo, e, também, determinadas formas processuais e de organizar a investigação da verdade e resolver pleitos.<sup>343</sup>

Uma exceção gritante, entretanto, ao princípio da divisão entre jurisdições eclesiástica e secular estava contida no Direito aplicável aos hereges. Nos séculos XII e XIII, a heresia, que anteriormente era apenas uma ofensa espiritual, punível por anátema,

---

<sup>339</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 214.

<sup>340</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatório versus Inquisitório: Reflexões sobre o processo penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 57-93

<sup>341</sup> A rudeza dos costumes fez ressurgir o direito bárbaro e *revindita*. Não haveria tribunais suficientemente fortes a quem pedir e quem obter o restabelecimento da paz violada, recorria-se à agressão, ao uso arbitrário das próprias razões. Embora o emprego da vingança privada decorresse frequentemente do Direito Consuetudinário, encontramos, ainda assim, alguns forais que o consignam, quase sempre, procurando impor limitações. A circunstância demonstra o quanto enraizado estava o costume na população, tanto que o monarca não se encorajava à vedá-lo taxativamente. (in THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.P: 39/40

<sup>342</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976. P:57.

<sup>343</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar**. Coord. e trad. Augusto Jobim do Amaral, Clarice Beatriz Sohngen, Brunna Laporte e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 35.

tornou-se ofensa jurídica, punível como traição. O procedimento inquisitorial foi utilizado pela primeira vez para expô-la e a pena de morte foi usada pela primeira vez aplicada a ela.<sup>344</sup> Com a forte influência, resultante do enorme poder dotado pela igreja, o sistema inquisitivo teve muita força sob a justificativa de ser uma defesa contra as chamadas “doutrinas heréticas”, o que representou nas palavras de Jacinto Coutinho: “*sem dúvida, o maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a igreja, é diabólico na sua estrutura.*”<sup>345</sup>

A Igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação das culpas. O arrependimento não é mais suficiente. É necessária a penitência, motivo porque cumpre a Igreja investigar um significado número de infrações, ratificando-se assim, politicamente, a sua autoridade.<sup>346</sup>

Corroborar Jacinto Coutinho, afirmando que: *Como crime e pecado passam a ser sinônimos, o processo é imaginado e posto em prática como um mecanismo terapêutico capaz de, pela punição, absolver.*<sup>347</sup> Em uma sistemática inquisitorial se concede amplos poderes aos Magistrado, que não pode encontrar limitações no seu atuar quase que sacralizado de revelação da verdade e expiação dos males. Importa destacar que fosse o imperador ou o papa o responsável pelo poder jurisdicional, o importante é a maneira como uma estrutura inquisitorial se prestava a esse controle absolutista. Como define Lorena Winter: *Na prática os processos inquisitórios serviram em grande medida para institucionalizar sistemas de perseguição por razões políticas ou religiosas e para estabelecer um sistema de terror, com fins alheios à manutenção da paz social dentro da comunidade.*<sup>348</sup>

---

<sup>344</sup> BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 236.

<sup>345</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “**O papel do novo juiz no processo penal.**” In. *Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 18.

<sup>346</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. P: 80.

<sup>347</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 42

<sup>348</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatório versus Inquisitório: Reflexões sobre o processo penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 57-93

O processo inquisitório, portanto, para a autora seria *um instrumento útil de consolidação dos governantes. no poder.*<sup>349</sup> Nada melhor para um tirano que ter o poder jurisdicional, a estrutura inquisitória permitia que o próprio monarca ou papa ou aqueles por eles delegados cumprissem esse papel. O desenvolvimento do modelo inquisitório se deve ao fato de que o modelo de processo inquisitório, controlado por funcionários submetidos a uma rigorosa hierarquia, representava um mecanismo útil e eficaz para a consolidação do poder de governos centralizados com paradigma das monarquias absolutista na França.<sup>350</sup>

Assim, é preciso ressaltar que a principal marca desse sistema está no fato de que a gestão das provas estar concentrada, essencialmente, nas mãos do magistrado, que as recolhe secretamente.<sup>351</sup> Como destaca Aury Lopes Jr: *O rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.*<sup>352</sup> Jacinto Coutinho, também destaca que *ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido.*<sup>353</sup> Portanto, como assevera Frederico Marques: *No processo penal de tipo inquisitivo, não há relação processual, mas tão somente sujeição do réu ao arbítrio do Estado.*<sup>354</sup>

Desta forma, atribuía-se ao inquisidor as tarefas de inquirir, acusar e julgar, simultaneamente, ficando ao seu encargo o impulso processual. Conforme assevera Figueiredo Dias *“a ele pertence o domínio discricionário do processo, quer no seu se (promoção processual), quer no seu como (objeto processual e conseqüente fixação do thema probandum e do thema decidendum), quer na sua concreta tramitação (...)”*<sup>355</sup> E,

---

WINTER, Bachmaier Lorena. Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexões acerca del Proceso Penal, p. 18. In: WINTER, Bachmaier Lorena (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 17.

<sup>350</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório versus Inquisitório: *Reflexões sobre o processo penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 57-93.

<sup>351</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 47.

<sup>352</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 47.

<sup>353</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 41.

<sup>354</sup> MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955. P: 29.

<sup>355</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1984. P. 62

prossegue o Autor: *a possível vantagem em tal estrutura estaria em o magistrado poder mais fácil e amplamente se informar sobre a verdade dos fatos, tendo em vista ter o domínio único e onipotente do processo em qualquer de suas fases.*<sup>356</sup>

Diante disto, o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz, o juiz-acusador, que formula uma hipótese e realiza a verificação. A verdade admitida como “*adaequatio rei et intellectus*” é atingível e deve ser alcançada. Esta verdade, já existente na mente do julgador, deve ser atingida solipsisticamente. O contraditório perturba essa investigação, uma vez que o maior perigo é a poluição daquela prova já postulada, o que justifica o sigilo do processo, a ausência do indiciado ou seu defensor na aquisição da prova que poderá servir para fundamentar a condenação.<sup>357</sup>

Portanto, as expectativas que se depositam sobre um julgador em uma sistemática inquisitorial não convivem com as limitações inerentes a um sistema de garantias mínimas, pois o julgador é alçado a uma categoria não só supra partes mas dotado de super poderes, sendo inquestionável e infalível. A maioria dos juízes foi se tornando gradualmente insensível às dores das torturas em razão de um respeitável princípio, qual seja, sacrificar o horror dos males de um homem apenas suspeito em prol do bem geral de toda sociedade. Os que defendiam a prática penal o fazem julgando-a necessária à segurança pública e persuadidos de que, caso fosse abolido o rigor da tortura, os crimes permaneceriam impunes e se vedaria ao juiz o caminho para desvendá-los.<sup>358</sup> Como destaca Jacinto Coutinho: *a inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório.*<sup>359</sup>

O Magistrado (inquisidor) como senhor absoluto do processo tendo que extirpar a verdade do fato de um objeto de verificação colocado em sua frente (o Acusado) não se justificaria a proibição a qualquer forma de atuação, tampouco a tortura. Como define Cordero: *a análise introspectiva exercida por este juiz inquisidor, rechaça vínculos e formas, exigindo tempo prolongado, penumbras, palavras insinuantes, armadilhas, em um quadro fático indefinidamente variável.*<sup>360</sup> Com a evolução

---

<sup>356</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 247.

<sup>357</sup> CARVALHO Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2003. P.21

<sup>358</sup> VERRI, Pietro. **Observações Sobre A Tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 6.

<sup>359</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 42

<sup>360</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá Editorial Temis, 2000. P. 24

civilizatória e o florescimento de ideias humanistas (já destacadas no tópico anterior) o sistema inquisitório foi perdendo sua força, Assim, o inquisitorialismo “(...) *foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.*”<sup>361</sup>

Obviamente que isso não fez com que práticas inquisitórias não fossem capazes de sobreviver aos novos anseios democráticos, tampouco é possível afirmar que expectativas inquisitoriais não mais se façam presentes ainda que passados séculos do apogeu da inquisição. Entretanto, os modelos acusatórios foram se tornando mais presentes em todo o mundo, em uma nítida evolução no que tange a concepção de direitos fundamentais e limitação do poder estatal. Em oposição a tudo que se verificava no modelo inquisitorial, se verifica o sistema acusatório, o qual, para Geraldo Prado *reflete a principal característica de uma sociedade moderna, qual seja o valor do homem frente ao todo.* Neste sentido, sob uma perspectiva processual, o indivíduo, enquanto devidamente valorado, deixa de ser mero objeto de investigação, adquirindo status de sujeito processual, deixando de ter tão somente obrigações, mas, fundamentalmente, direitos e garantias.<sup>362</sup>

Figueiredo Dias destaca que foi na Inglaterra que o sistema acusatório, incentivado pela ideologia liberal que se desprendia já da *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra (1215), e que foi intensificado pelo *Bill of Rights* (1689), ganhou a sua melhor e mais ardente forma, de modo que se conserva até hoje imodificado.<sup>363</sup> Os juízes, por sua vez, eram profissionais técnicos, práticos, formados como litigantes, que se valiam, sobretudo, de precedentes judiciais (cases) para o processamento e julgamento dos litígios. Dedicavam-se quase exclusivamente ao estudo do direito, mas não eram legalistas formados em universidades (como aconteceu nas jurisdições do continente, mais tarde). Para ser *um common lawyers (solicitor, barrister ou judge)* não era necessária a formação universitária em direito. As principais decisões dos Tribunais de Westminster, desde o ano de 1290, eram registradas e conservadas em *Years Books*, escritos em francês (*Law French*), provavelmente por advogados. Mais tarde, a partir do século XVI, as

---

<sup>361</sup> LOPES JR., Aury, **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P: 103.

<sup>362</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional Das Leis Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. P: 114.

<sup>363</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 66.

compilações impressas da jurisprudência (*Law Reports*), tornaram-se a documentação mais importante dos juízes e advogados.<sup>364</sup>

O julgamento, em geral, era realizado em locais públicos o que, como observa Jacinto Coutinho, do ponto de vista político, foi uma opção e manobra genial de Henrique II, uma vez que se o povo condenasse ou absolvesse o acusado, era resposta do rei, que estaria sempre do lado aparentemente correto, não cometendo nenhum erro (isso deve ter colaborado com a ideia de que o rei não erra – *the king can do no wrong*).<sup>365</sup> Portanto, se denota nesse momento da história já a marca do atendimento às expectativas sociais como um elemento de conformação e validação da decisão judicial no caso concreto, o povo chamado a decidir livrar o órgão decisor das angústias inerentes ao processo decisório. Entretanto, o que ocorre hoje e será avaliado no decorrer dessa pesquisa é o uso das expectativas sociais como um fundamento a desobrigar o julgador de tomar determinadas decisões, sem haver nenhum embasamento para que se apure ou constate a efetiva existência de tais expectativas a serem atendidas.

De todo modo, em um processo com essa estrutura de partes e com a nítida definição da separação das atuações, colocando o julgador como um terceiro imparcial se encontra mais afastado de possíveis ingerências e manipulações, pois ele se torna uma ordenação limitadora do poder estatal em favor do indivíduo, numa espécie de *Magna Charta* dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. O Estado, ao proteger o cidadão, protege a si próprio contra a hipertrofia do poder e os abusos que dele decorrem.<sup>366</sup>

Para isto, o julgador deve ser inerte, como dito na lição de Calamandrei: *a inércia é para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: de imparcialidade. Agir significaria tomar partido*.<sup>367</sup> É importante destacar, conforme ensina Aury Lopes Jr., que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento

---

<sup>364</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 211.

<sup>365</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 126

<sup>366</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra, 1984. P: 64-65.

<sup>367</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, Vistos, por Nós, os Advogados**. Trad. Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica, 1940. P:50.

histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro<sup>368</sup>

É preciso compreender que a cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante.<sup>369</sup> Portanto, em uma definição acusatória as expectativas que deve corresponder o Magistrado é a de defesa de direitos, de observância dos dispositivos processuais que asseguram um processo válido, para que possa, tranquilamente e de forma imparcial, decidir. Contudo, práticas e expectativas inquisitoriais ainda dominam o imaginário social e, também, judicial na aplicação do processo penal, como refere Aury Lopes Jr: “*dominados pela ideologia punitivista, insistem na visão reducionista por conviência, por preferirem um processo penal ‘a la carte’ e a facilidade na formação de “consórcios de justiceiros”. Sustentar, por exemplo, o ativismo judicial no processo penal, insere-se exatamente nessa perspectiva*”.<sup>370</sup>

Portanto, como destaca Lorena Winter: “*A história proporciona numerosos exemplos que atestam que nem todos os processos acusatórios merecem ser idealizados. Em certos momentos, esses processos conviveram com sistemas irracionais de prova e, inclusive, com o uso da tortura.*”<sup>371</sup> Em resumo, o Sistema Acusatório se caracteriza por uma relação tripartida do processo, com um acusador, um acusado e um julgador imparcial, cujo objetivo é garantir a imparcialidade, *ainda que possa ameaçar a persecução penal*. Já o Inquisitório possibilita o acúmulo das funções de acusar e julgar por um só sujeito, eliminando a necessidade de que exista um acusador para que se possa julgar, o objetivo para este sistema é o combate ao crime, *ainda que o custo disso, seja o sacrifício à imparcialidade*.<sup>372</sup> A imparcialidade, portanto, pode ser definida como uma pedra fundante de um modelo acusatório, o que certamente define as expectativas depositadas em torno do julgador em um modelo sistemático acusatório.

---

<sup>368</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P: 96.

<sup>369</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 132.

<sup>370</sup> LOPES JR., Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda precisamos falar a respeito?. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 31.

<sup>371</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatório versus Inquisitório: Reflexões sobre o processo penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 57-93

<sup>372</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales**. La justicia penal em Europa y America. Madrid: Marcial Pons, 2012. P. 21/22.

Não há mais espaço, compreendida a complexidade do processo penal, para que alguém se esconda atrás de categorias estereis e de arqueologia histórica, desconectando institutos dentro do processo, compartimentalizando-os. A concepção de sistema acusatório está íntima e indissoluvelmente relacionada na atualidade, à eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade (princípio supremo do processo penal, que será melhor avaliado na sequência)<sup>373</sup> Como resume Aury Lopes Jr: *É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade.*<sup>374</sup>

Dessa forma, expectativas salvacionistas e justiceiras, de revelação da verdade e combate ao crime e ao criminoso não se amoldam aos mais elementares dados definidores do sistema acusatório. Assim, a imparcialidade, atrelada a outras garantias que disto decorrem, é uma marca essencial em um sistema processual, pois como define Giuseppe Bettiol: *a história do processo penal é a história duma luta orientada para a conquista de um juiz imparcial, que atua a nível distinto e superior ao das partes.*<sup>375</sup>

Esta é a marca de um sistema processual, voltado aos interesses democráticos e às garantias constitucionais, uma vez que, como define Zaffaroni *em um sistema autoritário, sempre haverá juízes parciais, pois este modelo de estado pede a parcialidade, ao passo em que a imparcialidade o incomoda.*<sup>376</sup> Pois, ao se possibilitar a atuação (nos moldes de um modelo inquisitorial) por parte do juiz, se estará abrindo a este a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.<sup>377</sup>

Como bem define Goldschmidt *en el proceso penal, así como hay cargas, hay expectativas y posibilidades, y especialmente las últimas son tanto más numerosas*

---

<sup>373</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P:44.

<sup>374</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 45

<sup>375</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. P.277.

<sup>376</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P: 93.

<sup>377</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez Editora, n.º 01, 2001. P 37.

*cuanto más predomina el principio acusatorio.*<sup>378</sup> Para que se possa garantir a imparcialidade do julgador é preciso garantir a paridade de armas do processo para que sejam fortalecidas e definidas as partes. Por isso, a criação de um órgão público titular da ação penal é fundamental para que garanta a imparcialidade e, por conseguinte, o respeito ao princípio acusatório, como definiu Goldschmidt: *La creación del Ministerio Fiscal no ha tenido otro fin sino dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, nunca el de desnaturalizar su función, es decir, privarla del derecho de penar, cuyo ejercicio es una función específica de la justicia.*<sup>379</sup>

Entretanto, é elementar que o fortalecimento da imparcialidade do juiz se dará com o fortalecimento das partes, razão pela qual não há mais espaço para a concepção do Ministério Público como uma “parte imparcial”, crença ingênua que se sedimenta na percepção civilista do processo. Não há como se estabelecer uma “parte imparcial” em um processo penal, pois as características que compõe cada uma das situações não dialogam entre si e não podem coexistir, sendo a quadratura do círculo, como definiu Carnelutti, construir uma parte imparcial. O processo penal italiano (que serviu de inspiração para o Código em vigência no Brasil), há décadas enfrenta esta problemática, Jacinto Coutinho, trabalhou com o clássico Carneluttiano “*Mettere il Pubblico Ministero al Suo Posto – Ed Anche il Giudice*”, onde o autor italiano reclama existir uma confusão para que o MP encontre o seu lugar, pois alguns o colocam entre as partes, dando-lhe poderes próprios das partes e outros que lhe colocam entre os Magistrados dando deveres que não lhes convém.<sup>380</sup>

Como define Jacinto Coutinho: *Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo – ou quase – e pode buscar produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser dispiciendo o órgão acusatório.*<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 59.

<sup>379</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016. P: 29.

<sup>380</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere Il Pubblico Minitereo Al Suo Posto – Ed Anche Il Giudice*. In **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P: 9-10.

<sup>381</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado*. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do

Como já exposto, para a constituição de um sistema acusatório não basta haver a separação inicial das funções de acusar e julgar. É preciso que o juiz seja mantido longe da atividade investigatória e instrutória (característica essencial do sistema inquisitório), pois um processo no qual a mesma pessoa atua na investigação, recolhe as provas, e as valora para emitir uma decisão viola claramente o princípio da imparcialidade.<sup>382</sup> A partir da análise histórica e epistemológica dos sistemas processuais penais, bem como do estudo da evolução histórica do processo penal no Brasil, é possível afirmar que o sistema processual penal brasileiro é (e sempre foi) essencialmente inquisitório (Ordenações do Reino, Código de Processo Criminal do Império, Reformas Legislativas de 1841 e de 1871, e Código de Processo Penal de 1941). Tal afirmação se dá pelo fato de que o sistema vigente é (e sempre foi) regido pelo princípio inquisitivo.<sup>383</sup>

Portanto, o Brasil segue sendo o único país da América Latina a não efetivar uma reforma acusatória em seu sistema processual. Todos os países que superaram modelos ditatoriais e ingressaram em uma democracia fizeram amplas reformas em seus sistemas.<sup>384</sup> Por diversas razões e com distintas inspirações, muitos países ibero-americanos promulgaram novos códigos processuais penais nas últimas décadas do século XX: Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguai (1998), Bolívia (1999), Honduras (1999), Equador (2000), Chile (2000), Nicarágua (2001), República Dominicana (2002), Peru e Colômbia (2004).<sup>385</sup>

As reformas, em que pese muito variáveis e não comportarem nesse momento uma análise mais detalhada de cada uma delas, buscam a superação de um modelo inquisitorial ao primar pelo afastamento do julgador e pelo fortalecimento das partes. A existência de um julgador para a fase instrutória que seja diferente do julgador do

---

Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 126

<sup>382</sup> WINTER, Bachmaier Lorena. Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexões acerca del Proceso Penal, p. 18. P: 146

<sup>383</sup> POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

<sup>384</sup> É possível afirmar que os primeiros impulsos por reformar a justiça penal na América Latina aconteceram no marco de um contexto de maior complexidade: o abandono de longos regimes autoritários junto com a recuperação e redesenho institucional do sistema democrático. Essa situação foi gerida com força em meados dos anos 80, onde os países como Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai, Peru, Equador, Nicarágua, Guatemala e Panamá, entre outros, começaram a deixar para trás, em sua história política, um extenso período de ditaduras militares. *In* GONZALES POSTIGO, Leonel. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. ***In Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil***. Santiago: CEJA, 2017.

<sup>385</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales: La justicia penal em Europa y America**. Madrid: Marcial Pons, 2012. P: 21. (tradução livre). P: 194.

processo é uma realidade vivenciada nesses sistemas que salvaguarda a imparcialidade do julgador ou ao menos reduz os danos decorrentes de sua não observância.<sup>386</sup>

Além disso, sistemas que se amparam muito na oralidade como uma garantia de um processo de partes que ao fomentar a originalidade cognitiva do Magistrado sustenta um sistema de partes e salvaguarda a imparcialidade. Para Binder, *sem estabelecer o julgamento oral e público não se pode começar sequer a falar de como deixar pra trás a tradição inquisitorial*.<sup>387</sup> Para o autor, o apego a forma escrita e a uma linguagem de jargão ajudam no processo de despersonalização, já que se fala a partir de um ponto impessoal, um escrito sem carne e osso. Essa tradição do juiz impessoal, tanto preso quanto escondido, alimentado e alimentante de uma organização que se impõe às pessoas é, talvez, o fundamental eixo da tradição inquisitorial.<sup>388</sup>

Ricardo Gloeckner, contudo, desconfia dessa crença na oralidade como elemento capaz de, por si só, aproximar um sistema dos ideais acusatórios. Trabalhando com a definição de Francisco Campos que afirma que a oralidade confere ao processo o caráter de instrumento público, temos que a oralidade substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública de processo. E enfatiza Francisco Campos, referindo que a oralidade *simplifica a marcha racionaliza a estrutura e coloca o juiz numa posição de maior facilidade no que concerne à análise da prova*.<sup>389</sup> E, sobre isso, Ricardo Gloeckner adverte referindo ser o uso da oralidade autoritário e não acusatório, referindo que *a oralidade, por si mesma, se acomoda tanto a um processo de matriz acusatória quanto aos procedimentos de matriz inquisitório. Exerce funções tanto em um processo concebido como um dispositivo democrático como autoritário*.<sup>390</sup>

---

<sup>386</sup> Teresa Armenta Deu destaca notas essenciais das reformas verificadas na América Latina, destacando entre estas a investigação a cargo do Ministério Público, mas não como parte (como no modelo adversarial), mas substituindo o juiz de instrução, que desaparece, por entender que somente assim, se garante a imparcialidade e a separação das funções, como aspectos essenciais do sistema acusatório. Esta situação é bem diferente em países em que o Ministério Público é independente do executivo e outros em que isto não funciona dessa forma. Em todo caso e como consequência disto, é a criação de um novo órgão jurisdicional: *o juiz de garantias*, com função de revisão e garantia da investigação, assim como intervenção para medidas cautelares e restritivas de direitos fundamentais. In ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales: La justicia penal en Europa y América**. Madrid: Marcial Pons, 2012. P: 21. (tradução livre). 194/195.

<sup>387</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 32.

<sup>388</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 141.

<sup>389</sup> CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. São Paulo: EbooksBrasil, 2002. P: 286.

<sup>390</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 135.

A oralidade por si só, não garante a acusatoriedade do sistema e sua adequação a preceitos constitucionais, uma vez que inserido em uma lógica de preenchimento de determinadas expectativas potencializadas por uma cultura autoritária pode se apresentar como um instrumento efetivo do autoritarismo processual penal. Portanto, não se trata de crer no “milagre acusatório” a partir da oralidade, mas sim buscar efetivamente que esta sirva como um agente de humanização do processo penal e, principalmente, de uma efetiva oralidade que assegure a originalidade cognitiva do julgador.

Ainda, sobre a tendência cada vez maior de uma aposta no modelo adversativo. As garantias de ampla defesa, contraditório e paridade de armas são notas essenciais de um modelo adversativo, fazendo com que se aproxime, em notas conceituais, muito mais ao sistema acusatório. Todavia, a distinção se dá pela nota essencial de ambos os sistemas. O sistema adversativo, na perspectiva norte americana do “adversary” representa uma solução do conflito com base no confronto ativo e agressivo da acusação e da defesa, ocupando o juiz uma posição passiva. Portanto, o adversativo se centra no direito ao contraditório e na paridade de armas, enquanto o Acusatório está centrado no plano da necessidade de uma acusação formal (por um órgão incumbido de tal tarefa) e, com isto, a exigência de imparcialidade.<sup>391</sup>

Ambos sistemas se opõe ao sistema inquisitório, por ter um juiz inerte, mas o Acusatório ainda se distingue pelo seu enfoque nas garantias da imparcialidade e, conseqüentemente, na presunção de inocência, sendo esta marca essencial do modelo acusatório. No que tange as expectativas, em um modelo adversarial o julgador também se coloca como alheio aos interesses das partes, tendo de decidir com aquilo que lhe foi entregue, zelando pela legalidade da atuação das partes. Entretanto, é uma decorrência de uma estruturação de duelo de partes que vigora uma lógica de consenso, pois as partes adentrando em um acordo retira do juiz a possibilidade de ingerência.

Disso decorre o amplo número de acordos que passam a ser realizados em sistemas que se fixam em uma lógica adversarial, como nos Estados Unidos e, de forma repetida, nos países da América latina. Os efeitos disso serão melhor avaliados em um tópico específico que analisará os efeitos de um processo penal negocial, mas como adverte Lorena Winter, *o sistema adversarial possui questionamentos importantes, pois nesta forma de processo ocorre uma desvantagem de ordem econômica, porque aquele*

---

<sup>391</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales. La justicia penal em Europa y America.** Madrid: Marcial Pons, 2012. P. 42.

*que tiver mais condições de pagar, de patrocinar o processo terá mais condições de êxito.*<sup>392</sup> Inexiste uma igualdade entre as partes e isso retira a liberdade voluntária para se chegar a acordos, o que retira a função de garantia do processo.

Entretanto, conforme restou devidamente avaliado, o papel do juiz (e, portanto, as expectativas em torno deste) é de vital importância na estruturação do modelo de processo penal vigente no Brasil, na medida em que aqui há um Código que nasce autoritário e sobrevive inquisitório até os dias atuais, uma vez que segue orientado pela lógica da descoberta da verdade real como um dever de ofício do magistrado.<sup>393</sup>

### 2.3 – A Busca da Verdade e as Expectativas Sobre Humanas: A Verdade como Confirmação no Processo Penal:

Como referido falar do juiz é falar do modelo processual penal e quando se depositam determinadas expectativas sobre a atuação do magistrado, isso vai influenciar a sua atuação e, como consequência lógica, o modelo processual penal vigente. Já foi trazido em tópicos anteriores a concepção sacralizada acerca do órgão incumbido do *poder-dever* de decidir em matéria penal. Entretanto, infelizmente, percepções desta natureza não limitam sua presença aos livros de história como marcas de um passado distante, uma vez que ainda hoje se fazem presentes.

Hodiernamente é ainda se verificam os depósitos de expectativas sobre a atuação de Magistrados que não levam em conta a própria limitação humana, seja por uma (ingênuo) crença de ser possível o Magistrado tomar conhecimento de elementos trazidos no inquérito e isso não lhe contaminar a ponto de macular sua imparcialidade, seja pela (já um tanto superada, mas não totalmente) crença na neutralidade do julgador ou, ainda, na possibilidade deste alcançar e revelar a verdade (real) no processo penal. Todas essas notas são sintomas de um autoritarismo que permeia o processo penal e

---

<sup>392</sup> WINTER, Bachmaier Lorena. Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexões acerca del Proceso Penal, p. 18. In: WINTER, Bachmaier Lorena (Coord.). **Proceso Penal y Sistemas Acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 31.

<sup>393</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. In **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P: 69.

conduz a atuação do julgador a partir de uma realização da *justiça*, da revelação da *verdade*, da defesa do coletivo em detrimento do individual, que é relegado a um plano secundário a partir dessas crenças mitológicas, que passam a habitar o imaginário social e do julgador.

Para isso, em um primeiro aspecto, é fundamental dar-se conta que por ser humano o julgador agirá sempre influenciado por subjetividades e por aspectos de sua vivência que irão conduzir a sua atuação, queira ele ou não, pois o juiz é um ser humano e mesmo não querendo, mesmo que não tenha plena consciência disto, ele não consegue afastar uma enorme carga de subjetividade na sua função de julgar.<sup>394</sup> Isto porque o juiz julga com todo o seu “eu” e este julgamento se dá com a utilização de processos racionais que sofrem influências de processos irracionais, aonde razão e preconceitos caminham juntos. O máximo que o julgador pode (e deve) fazer é estar ciente disto e se preocupar em afastar alguns preconceitos e impulsos irracionais.<sup>395</sup>

O processo se compreendido como uma revelação de uma verdade real despreza esses elementos a influenciarem a atuação do Magistrado. Ao reproduzir um fato histórico, inegavelmente, o juiz terá influência de diversos aspectos para a reconstrução deste, de modo a ficar claro que a verdade que o juiz narrativamente produz no processo, se trata de algo ontologicamente distinto do passado que ele pretende representar, motivo pelo qual restará apenas *representância*, assim como o historiador, o juiz *será inevitavelmente um devedor insolvente em relação ao passado*.<sup>396</sup> Nenhuma verdade é neutra, como sustenta Warat: *Elas ordenam politicamente os acontecimentos humanos. A história das verdades sociais é a história de uma ilusão coletiva marcada pelo poder*<sup>397</sup>, o sujeito de conhecimento tem sua própria história e a própria verdade tem uma história<sup>398</sup>, portanto, sempre será marcada por uma historicidade, por uma carga

---

<sup>394</sup> FACCHINI NETO. Eugênio. ‘E o Juiz Não É Só De Direito...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’). In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P: 407.

<sup>395</sup> FACCHINI NETO. Eugênio. ‘E o Juiz Não É Só De Direito...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’). In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P: 417.

<sup>396</sup> KHALED JR., Salah Hassan **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. 354.

<sup>397</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P: 68.

<sup>398</sup> como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem sua própria história, a relação com o sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história. In FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. P: 08.

subjetiva e estará a serviço de uma hipótese já mentalmente estabelecida, seja pelo historiador, seja pelo julgador.

Assim, a verdade como objeto do processo será sempre problemática, seja por alterações desonestas e partidárias do tido como verdadeiro, seja por inevitáveis deformações involuntárias devido ao fato de que toda a reconstrução dos fatos passados (como é o processo penal) equivale à uma interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de determinadas hipóteses de trabalho que o levarão a valorizar algumas provas e descuidar-se de outras. Em todo juízo, sempre estará presente uma dose de um conceito prévio, ou de um preconceito pelo julgador.<sup>399</sup> Pois, o processo é uma atividade cognitiva, visa a reconstituição do crime, que nada mais é do que um fato histórico. Assim, por ser um fato passado, dependerá da memória do narrador e a fantasia pode fazer com que espaços vazios sejam preenchidos com experiências, que até podem ser verdadeiras mas que decorrem de outros acontecimentos.<sup>400</sup> Em suma, verdade do processo, como já definiu Ruth Gauer: “*é sempre colocada em cheque, pois é difícil mensurar até que ponto não há fatos ou apenas interpretações das interpretações.*”<sup>401</sup>

Desprezar essas influências, ignorar estes efeitos é sintoma de uma expectativa sacralizada no ato de julgar que crê na possibilidade de revelação de uma verdade de realização de um ideal de justiça, de atuação de ofício sem que haja influência e de uma neutralidade sobre humana do juiz. Como ensina Gabriel Divan: “*a neutralidade seria um elemento subjetivo-psicológico do julgador, ou seja, um elemento suprajurídico, já a imparcialidade tem o caráter processual, relativo ao alheamento do julgador em relação às partes da causa e ao que nesta é debatido.*”<sup>402</sup>

Ademais, o juiz não pode ser neutro, porque não existe a neutralidade ideológica, salvo na forma de apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento, que

---

<sup>399</sup> Mais além das alterações desonestas e partidárias do verdadeiro, na realidade são passíveis e em certa medida inevitáveis as deformações involuntárias devidas ao fato de que toda a reconstrução judicial minimamente complexa dos fatos passados equivale, em todo caso, à sua interpretação, que é obtida pelo juiz a partir de hipóteses de trabalho, que, ainda, quando precisadas ou modificadas no curso da investigação, o levam a valorizar algumas provas e descuidar-se de outras e o impede, às vezes, não apenas de compreender, mas inclusive de ver os dados disponíveis em contraste com elas. Em todo juízo, em suma, sempre estará presente uma certa dose de preconceito. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 59)

<sup>400</sup> LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal. (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 279/280.

<sup>401</sup> GAUER, Ruth M. Chittó. **O Reino da Estupidez e o Reino da Razão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 17.

<sup>402</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais: O julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 61.

não são virtudes dignas de ninguém, menos ainda de um juiz.<sup>403</sup> Não bastasse essas afirmações para afastar o primado da neutralidade do juiz, urge reconhecer que o direito, de modo inegável, é ideológico.<sup>404</sup> A ideia de um juiz neutro está acima da concepção de um juiz imparcial, pois este estaria alheio aos interesses das partes, enquanto aquele seria capaz de emitir um julgado perfeito, imune a erro. Essa concepção de neutralidade permitiu a construção de um julgador infenso a qualquer facticidade do cotidiano, a quaisquer interferências intra ou extraprocessuais.<sup>405</sup> A essa perspectiva credita-se a crença na bondade do julgador e nas suas virtudes sobre-humanas que justificam tantas posturas e tantas expectativas.

Portanto, inegável a carga de subjetividade inerente a todo ser humano quando exerce qualquer juízo de valor, a decisão judicial proferida por um magistrado, também não se demonstra e nem poderia se demonstrar de forma diferente. Assim, ciente disto, ciente do convívio inevitável entre razão e subjetividade, o debate deve se ocupar dos limites e dos efeitos desta relação e não mais da existência desta nas decisões judiciais. Nas decisões judiciais a desqualificação do sentimento intensifica-se porque um dos instrumentos de trabalho do magistrado é a lei, regra abstrata de conduta que pertence à observância geral, que pertence ao mundo da racionalidade, muito distante da emoção.<sup>406</sup> Por essa razão, se fala de uma decisão “racional” como uma decisão “técnica” que não se deixou guiar por emoções, como se o fato de ter emoções fosse algo a macular a decisão e atuação de um magistrado.

No capítulo anterior já se analisou como esse “tecnicismo” disfarça práticas autoritárias, ao desprezar questionamentos e visões mais críticas sobre as questões postas. Muitas vezes parece se crer na possibilidade da razão estar ligada à pureza, à uma revelação imaculada, que antes estava vinculada ao divino e, agora, chegava através desta soberania do poder racional.<sup>407</sup> O que ignora premissas elementares, pois o juiz é um ser

---

<sup>403</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P: 92.

<sup>404</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 60

<sup>405</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 203.

<sup>406</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 40.

<sup>407</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais: O julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 37.

humano e mesmo não querendo, mesmo que não tenha plena consciência disto, ele não consegue afastar uma enorme carga de subjetividade na sua função de julgar.<sup>408</sup> Na decisão judicial se identifica um ponto de fricção máxima entre um cientificismo rigoroso, pretensamente impessoal e o resvelar repleto de subjetividade.<sup>409</sup>

A sentença proferida por um juiz, mesmo que embasada no conhecimento jurídico, constitui uma decisão como outra qualquer e, justamente, por isto, como ocorre em outras áreas do saber, lentamente se começa a notar no direito a valorização do ato de decidir, sem ser desconsiderada a racionalidade.<sup>410</sup> Ademais, no contexto atual de tantas informações e de tanta desinformação, se caminha para um cenário em que, cada vez mais, a noção de verdade resta delegada ao arbítrio do intérprete. Em tempos de tanta informação cruzada e tantas notícias falsas, há a impressão de que existe um critério de preferência para a eleição da “verdade”, onde se acredita naquilo em que se quer acreditar e se refuta, independente da fonte e dos elementos a lhe embasar, aquilo que não for do agrado do leitor ou ouvinte. De outro lado, há ainda uma crença na verdade *por consenso*, aquilo que um determinado grupo acredita passa a ser considerada para estes a “verdade”.<sup>411</sup> Entretanto, um consenso cada vez mais permeado por uma visão única, por uma compreensão acrítica da complexidade que envolve os processos sociais, como define Rui Cunha Martins, a partir da visão de Badiou: *o consenso de que nos gabamos é isto: o não pensamento como pensamento único*.<sup>412</sup> Rubens Casara e Juarez Tavares, trazem críticas em relação ao consenso pois entendem que este falece quando é imposto como critério para a definição de verdade, pois essa imposição desconsidera as condições reais de sua obtenção. Nesse ponto, para os Autores, parece que a teoria do consenso cede

---

<sup>408</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. ‘E o Juiz Não É Só De Direito...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’). In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P: 407.

<sup>409</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais: O julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 55.

<sup>410</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed. Campinas, SP: Millenium, 2005. 137.

<sup>411</sup> O paradoxo ínsito nessas abordagens é evidente: cada um tem a sua verdade pessoal, de modo que ninguém comete erros e qualquer construção de mundo é verdadeira para aqueles que nela creem. Houve, portanto, um tempo (talvez ainda não terminado) em que era verdadeiro que os negros eram fisiologicamente inferiores aos brancos, e houve um tempo (talvez não totalmente terminado, ou não para todos) em que era verdadeiro que a Terra era plana e o Sol girava em torno dela. (in TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 96.)

<sup>412</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 92.

lugar à teoria da coerência<sup>413</sup>, que se satisfaz com opiniões consistentes, nem sempre determinantes da verdade.<sup>414</sup>

Já, Taruffo, não concebe como um sistema de justiça possa abdicar de buscar a verdade<sup>415</sup>, pois trabalhando com a ideia de Zuckermann, afirma que *um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto, uma vez que na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade.*<sup>416</sup> Se percebe na ideia do autor uma vinculação da verdade e do Direito, afirmando que a verdade dos fatos não é irrelevante, como também (e ao contrário disso) condiciona e determina a correção jurídica da solução da controvérsia. Como comumente dito: nenhuma norma é aplicada de maneira correta a fatos errados: como lembrou Bentham, a falsidade é a serva da injustiça.<sup>417</sup>

O autor italiano trabalha numa perspectiva talvez utópica de uma “realização de justiça”, de não compactuar com uma sistemática de reconstrução do fato passado que se conforme com uma decisão judicial que não represente a “verdade” do ocorrido, chegando a referir que *mesmo se for verdade que em alguns casos o conhecimento da verdade, possa ser perigoso ou danoso persiste o fato de que, em linha de princípio, o que justifica o convencimento é o fato de que esse seja fundado em razões suficientes para fazê-lo parecer provavelmente verdadeiro.*<sup>418</sup> Ou seja, há uma incongruência em afirmar a busca da verdade como um fim do processo e depois mencionar que em situações em que esse conhecimento se apresentar perigoso, se contentar com uma probabilidade de verdade. Contudo, isso, novamente, parece ingênuo pois abre

---

<sup>413</sup> Sobre o tema, Rubens Casara e Juarez Tavares, explicam: Assim, uma afirmação será verdadeira se corresponder, em algum ponto, com outra afirmação considerada verdadeira. O destaque da teoria da coerência reside, precisamente, na ausência de contradição entre as afirmações. Não havendo contradição, pode-se dizer que há, então, um enunciado verdadeiro. (*in* CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 128.)

<sup>414</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 137.)

<sup>415</sup> É oportuno considerar que a verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, mas não é o único fim que o processo persegue. Consequentemente, a função epistêmica que o processo pode desempenhar é muito importante mas não é a única. O processo, na verdade, é também um lugar em que as normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada, a autoridade do Estado é manifestada...e as controvérsias são resolvidas através de decisões pretensamente justas. (*In* TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 160)

<sup>416</sup> TARUFFO, Michele. **A Prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 22.

<sup>417</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 140.

<sup>418</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 117.

possibilidades para uma busca desenfreada pela verdade e quando se chegar a algum limite (que não é definido nem explicado pelo Autor) possa se contentar com algo próximo dessa verdade. E, por fim, o Autor, resume as preocupações com os enormes danos em termos de garantias fundamentais do investigado, a “questões ideológicas”<sup>419</sup> que negam o valor da verdade à administração da justiça.

Nesse ponto, Larry Laudan, também endossa o pensamento de que não há realização de justiça sem se perseguir a verdade, quando afirma que: *aunque la verdad no sea en sí misma una garantía de que se obtendrá justicia, sí constituye un requisito previo de aquella.*<sup>420</sup> Ainda que com compreensões distintas dos referidos autores, Rubens Casara e Juarez Tavares, concordam que não se pode abdicar de uma verdade, ao passo que isso representa, inclusive, uma garantia ao acusado, na medida em não há como se falar em jurisdição democrática diante da relativização da verdade ou em um ambiente de hegemonia da pós-verdade. Para os autores, a verdade é não apenas uma condição inegociável de justiça da decisão como um limite ao arbítrio estatal.<sup>421</sup>

Portanto, a questão não é incidir em um relativismo e defender a inexistência de uma verdade, pois, na maioria das vezes, houve um fato no plano real, ou seja, algo aconteceu e a discussão trazida para o campo processual penal vai girar em torno de decidir se aquele fato constitui uma infração penal (materialidade), qual a sua definição jurídica e se o imputado praticou ou participou da prática do fato (autoria). Com isso, não se nega a existência de um fato histórico, apenas se concebe como muito arriscada a perspectiva de nutrir o processo desse atributo, de depositar no julgador esta expectativa revelação da verdade que acontecera no caso concreto. Não é adequada a comparação que é feita com a atuação do magistrado no processo com qualquer outro campo do conhecimento, onde se sustenta a crítica de que todo processo científico deve se guiar na busca de se descobrir a verdade sobre aquilo que se estuda, se investiga ou se pesquisa, pois como adverte Ferrajoli a *investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades dos cidadãos, nas quais o*

---

<sup>419</sup> O valor da verdade no contexto da administração da justiça é frequentemente negado por razões ideológicas, que dizem respeito ao modo com que são concebidas a natureza e a função do processo. (in TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 131)

<sup>420</sup> LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica.** Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 23

<sup>421</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 15.

*poder, na ausência de limites normativos, tende indefectivelmente a prevalecer sobre o saber.*<sup>422</sup>

Diante disso, crer que o processo seja meio para revelação de verdade é, no que se analisa nesse momento, ingênuo, além de ser extremamente arriscado, conforme analisar-se-á posteriormente. Ferrajoli, obviamente, não compactua com uma “verdade real” no processo penal, mas acredita ser possível se falar em uma *verdade processual*<sup>423</sup>, que seria alcançada mediante garantias ou regras do jogo que asseguram a possibilidade de refutar as hipóteses acusatórias, desde a contestação inicial até a coisa julgada da sentença condenatória definitiva, mediante contraprovas ou contra-hipóteses.<sup>424</sup>

Para Taruffo, isso representaria um *déficit* na apuração da verdade que se dá no processo. Esse *déficit* não implica que haja uma *verdade processual*: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apura-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou - nos casos mais graves - não se apura verdade alguma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada.<sup>425</sup>

Não concordando com Taruffo e em sentido diverso de Ferrajoli nesse ponto, Aury Lopes Jr, sustenta que não basta se afastar da “real” e seguir acreditando em alguma outra verdade a ser alcançada, pois o *que se vê é um labirinto de subjetividade e contaminações que não permite falar-se que a sentença é a revelação da “verdade”, nem real, nem processual, pois o problema está na verdade.*<sup>426</sup> Isso porque, a verdade é apenas uma, “verdade formal” ou “processual” não é verdade e não pode ser alcançada pelo homem.<sup>427</sup> Salah Khaled Jr, endossa a crítica ao aspecto de uma verdade processual,

---

<sup>422</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 147.

<sup>423</sup> Esta verdade processual, não pretende ser verdade, não tem a sua obtenção através de indagações inquisitivas que desprezem o objeto do processo, mas está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. Seria, de uma forma resumida, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém, mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade real. Seria, portanto, uma verdade aproximativa. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 45..)

<sup>424</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 160.

<sup>425</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 107.

<sup>426</sup> LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal. (fundamentos da instrumentalidade constitucional).** 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P.281

<sup>427</sup> La verità non è e no può esser che una sola; quella che io come altri chimavo verità formale non è lá verità. Né io sapevo allora che cosa fosse e perché, soprattutto, ne col processo né in alcun altro modo, dall'uomo si può mai raggiungere. (In CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza. **Rivista di Diritto Processuale.** Volume XX. Milano: Padova, 1965. P: 4)

sustentando que: “*se reveste de uma inocência epistemológica e ontológica considerável, pois permanece subestimando a dupla complexidade do acesso a verdades e mais especificamente, verdades em relação a fatos ocorridos no passado.*”<sup>428</sup>

Rubens Casara e Juarez Tavares nesse ponto, laboram a partir do *projeto metafísico* que pretende fundar o conceito de verdade em uma relação necessária entre enunciado e fato e, portanto, orienta sua busca no sentido de demonstrar uma verdade real e no *projeto deflacionário*, que pretende se conduzir de acordo com critérios de falibilidade e contingência, estipulando o conceito de verdade sob o influxo de um processo argumentativo, este projeto entende que a verdade é aquilo que resultar da melhor explicação do fato a partir da coerência interna e externa dos enunciados.<sup>429</sup>

Em que pese a fundamental distinção trazida pelos autores, o problema centra-se em crer na possibilidade de imbuir o julgador de revelar essa verdade. Pois, ainda que não se adjective como “real”, o quanto essa adjectivação distinta implicaria em menos possibilidade de violações de direitos fundamentais é um questionamento de difícil solução.

Alberto Binder, trabalha a partir desta problemática e do quanto sua manutenção permite uma série de ressignificações e de permanências inquisitoriais no sistema processual, quando refere que: “*As figuras do inquisidor e da tortura são atacadas, mas não a ideia da verdade como centro do processo e é, talvez, nesse ponto, que se produz as misturas que darão origem às formas processuais napoleônicas e suas distorções.*”<sup>430</sup> Ricardo Gloeckner vai mais além, acreditando que não basta a superação de uma ambição de verdade, pois a estrutura está criada e conduzida para um atuar jurisdicional desta maneira, referindo que em não sendo a verdade será colocado algo no seu lugar, pois há uma estética inquisitorial no sistema brasileiro que vai se encarregar de estabelecer determinados atos que estabelecerão determinadas higidez para a enunciação da verdade.<sup>431</sup>

---

<sup>428</sup> KHALED JUNIOR, Salah Hassan. **O Juiz e o Historiador na Encruzilhada da Verossimilhança: Ambição de Verdade no Processo Penal.** Porto Alegre: Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS, 2008. P. 24

<sup>429</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade.** São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 138.

<sup>430</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.** Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003. P. 50.

<sup>431</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. *In Sistemas Processuais Penais.* Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 17.

A busca pela verdade envolve um problema de grande sofisticação, que restou ignorado completamente seja pelo dogmatismo religioso, seja pelo cientificista, que seria o problema colocado pela *passeidade*<sup>432</sup>, que envolve um duplo obstáculo, seja quanto à natureza do passado, seja referente ao conhecimento que pode ser obtido sobre ações que ocorreram em tempo pretérito.<sup>433</sup> Esta relação com o passado é essencial para que se possa compreender de que verdade se está a falar e certificar-se da própria limitação existente tanto no instrumento processual como em qualquer outro meio realizado por seres humanos quando se trata de reconstrução de fatos passados. Assim, a “verdade real” seria impossível de ser obtida, seja pelo excesso de se falar em verdade, seja pela impossibilidade de se falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico, reconstruído no presente, como o crime. Seria o *absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente.*<sup>434</sup>

Por isto Salah Khaled Jr refere que: “*considerar a passeidade como elemento crucial do referencial cognitivo processual nos leva a considerar que os historiadores não estudam os eventos enquanto acontecem, mas sim, as condutas dos homens*”, ou seja, faz uma análise a partir dos eventos já protagonizados por estes em tempos já passados, e continua afirmando que da mesma forma *os juízes tomam decisões com base na formação de sua convicção sobre a ocorrência de condutas que foram protagonizadas por pessoas, através de um meio muito peculiar que é o processo.*<sup>435</sup>

Portanto, a verdade não estaria ao alcance do homem, pois como sustenta Carnellutti: *a verdade está no todo e o todo é demais pra nós*<sup>436</sup> e, por conseguinte, para o processo, servindo isto como elemento justificador de medidas autoritárias que permitam uma atuação despida de controles e limites. Como bem leciona Cordero: *o instrumento inquisitório desenvolve um teorema óbvio: culpado ou não, o imputado é detentor das verdades históricas; tenha cometido o fato ou não; nos dois casos o acontecido constitui um dado indelével, com as respectivas memórias; se ele as deixasse*

---

<sup>432</sup> KHALED JR., Salah Hassan **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>433</sup> KHALED JR., Salah Hassan. **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. 332.

<sup>434</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9ª ed. rev.e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P: 568.

<sup>435</sup> KHALED JR., Salah Hassan **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.P: 335.

<sup>436</sup> Insomma, la è nel tutto, non nella parte; è il tutto è troppo per noi.(in CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Volume XX. Milano: Padova, 1965. P: 5)

*transparecer, todas as questões seriam liquidadas seguramente; basta que o inquisidor entre na sua cabeça. Os julgamentos se tornam psicoscopia.*<sup>437</sup>

A verdade reproduzida pelo juiz, é fruto de sua convicção, de seu convencimento e, ainda que amparada em provas, não pode representar a realidade do ocorrido. Como define Rui Cunha Martins, o próprio: *processo penal desconfia da convicção e por isso introduz sobre ela uma série de mecanismos de controle, vinculando-a ao contraditório, por exemplo.*<sup>438</sup> Portanto, seja uma crença na possibilidade de revelação da verdade ou uma expectativa do magistrado como agente revelador desta, a problemática é esperar do processo tal revelação. Assim, o problema central está na *ambição de verdade* de que trata Salah Khaled Jr.,<sup>439</sup> no processo penal, bem como na sua busca. Por isto, como afirma Rui Cunha Martins *o problema basilar da verdade tem a ver com a desproporcionalidade de seu lugar canônico e não com a utilidade das competências que ela assegura.*<sup>440</sup> Nesse ponto, por obvio que há um importante limitador de atuação jurisdicional ao laborar com um aspecto de se ter uma verdade no processo penal, pois admitir o contrário seria admitir que ao juiz pudesse ser lícito e válido decidir de qualquer maneira, independente do respaldo probatório.

Entretanto, a exigência de provas válidas a embasar a fundamental necessidade de observância ao constitucional princípio da motivação das decisões judiciais não guarda necessidade com a incumbência de que o processo penal deva ter como missão a descoberta da verdade, pois isso, se apresentaria muito mais arriscado em termos de violações de direitos do que seguro em termos de uma decisão judicial válida. A problemática da busca da verdade no processo penal, sempre andou juntamente com o poder, em especial com este poder divino do juiz, de revelar a verdade. A verdade como uma revelação. Esta estrutura fundou o sistema inquisitório do qual tanto devemos nos

---

<sup>437</sup> CORDERO, Franco. **Guida Alla Procedura Penale**, Milão: Editora UTET, 1986. P.: 48-49. [Tradução livre de: “L’arnese inquisitorio sviluppa un ovvio teorema: colpevole o no, l’imputato detienè delle verità storiche; ha commesso il fato o non l’ha commesso; nei due casi l’accaduto costituiche un dato indelebile, con le relative memorie; se quando lui sa trapelasse, ogni questione sarebbe liquidabile a colpo sicuro; basta che l’inquisitore gli entri nella testa. I giudizi diventano psicoscopia”.]

<sup>438</sup> CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lesson**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 24.

<sup>439</sup> Sobre o tema, indica-se a leitura de KHALED JR., Salah Hassan **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>440</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lesson**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 88.

afastar,<sup>441</sup> haja vista o alto preço a ser pago em termos de garantias fundamentais, quando se autorizam meios de se revelar a verdade a qualquer custo.

Tais métodos aparecem perfeitamente descritos na antológica obra de Nicolau Eymerich, “*O Manual dos Inquisidores*”, onde o autor descreve os pormenores da Inquisição, fazendo um verdadeiro roteiro de como o inquisidor devia se portar para a busca aos hereges e exterminar a heresia que tanto ameaçava os poderes da soberana igreja.<sup>442</sup> Disto resulta uma busca desenfreada por uma utópica verdade que legitimou abusos e atrocidades durante muitos séculos. A igreja detinha o poder e, assim, a igreja controlava a “verdade”, portanto, tudo o que fosse contra os dizeres da igreja era heresia e tudo se legitimava quando a intenção era “salvaguardar o bem absoluto”, a salvação eterna apropriada por uma adesão irrestrita à verdade absoluta que era explicada e difundida pela igreja<sup>443</sup>

Através desta concepção de verdade, advém uma percepção do processo como característica de promessa de uma prestação jurisdicional perfeita, oferecida por um juiz infalível, que irá dizer a verdade e fazer a justiça. Há, assim, uma proximidade muito grande entre esta concepção da verdade e o exercício de um poder arbitrário que desconhece, ou ao menos desprezita, limites.<sup>444</sup>

Ainda que superado o dogmatismo religioso, o dogmatismo científico da modernidade continuou se valendo da possibilidade de se chegar a uma verdade e construindo estruturas legislativas que permitissem tal busca através do processo. Depositar tais expectativas na atuação do magistrado subverte o processo penal o afastando de sua essência garantista. Uma vez que, o maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma cultura inquisitiva que acabou se disseminando por todos os órgãos responsáveis pela persecução penal. A partir disto, as práticas probatórias mais diversas ficam autorizadas pela nobreza de seu propósito: a verdade. Em decorrência disto, adveio uma crença inabalável de que a verdade estava efetivamente ao alcance do estado, o que

---

<sup>441</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9ª ed. rev.e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. P:578.

<sup>442</sup> EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores: Comentários de Francisco Peña: trad. Maria José Lopes da Silva**. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

<sup>443</sup> BOFF, Leonardo. “Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir.” In: **Manual dos Inquisidores**. Nicolau Eymerich. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. P. 11

<sup>444</sup> KHALED JR., Salah Hassan **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 494.

culminou na implantação da ideia da necessidade inadiável de sua perseguição como meta principal do processo penal.<sup>445</sup>

Muito da postura ativa e “justiceira” que se espera e se exige de determinados julgadores, advém da antiga concepção de crime como um não reconhecimento de um valor de que o Estado é portador e garante, assim, o Estado seria sujeito passivo de todo e qualquer crime. Assim, como conceber o julgador, representante do Estado, atuando em causa própria pode atuar e julgar com imparcialidade?<sup>446</sup> Exemplos históricos já demonstraram o problema de ter a verdade como objetivo do processo, pois mesmo se retirando a tortura e o inquisidor, permanecendo a verdade como norte do processo, deve-se buscar meios que a alcancem e, com isto, as formas processuais devem debilitar tudo aquilo que permitisse ingressar o jogo de interesses e atividade das partes e fortalecer tudo o que servir aos velhos mecanismos (tortura e inquisidor)<sup>447</sup>

Por isto, a imparcialidade e o respeito a garantias são rechaçados pelos juízes nos sistemas inquisitórios, pois são vistos como obstáculos para o alcance da justiça, para o alcance da “verdade”. Como sustentado por Larry Laudan: *Tengo la impresión de que ninguna regla probatoria es necesaria en un sistema de investigación judicial orientado a la búsqueda de la verdad.*<sup>448</sup> E justamente por estes motivos, que a imparcialidade deve ser buscada e defendida, se o objetivo é romper com resquícios inquisitoriais que ainda insistam em habitar nosso sistema, pois como leciona Aury Lopes Jr: *A intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter absoluto.*<sup>449</sup>

A relevância de tais compreensões se dá na percepção de que não basta uma estrutura legislativa amparada em uma constituição democrática se tudo isso for deixado de lado por uma expectativa reveladora de uma verdade, que despreza limites e ignora restrições. Por isso, tal expectativa enquanto fomentada pela doutrina e admitida pela jurisprudência será um elemento a influenciar sobremaneira no modelo processual penal vigente. Quando se começou a ser superada a inquisição, retornaram as práticas

---

<sup>445</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. Belo Horizonte, Del Rey. 2004. P. 328.

<sup>446</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra Editora. Coimbra, 1974. P.205.

<sup>447</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 51/52.

<sup>448</sup> LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica**. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 179.

<sup>449</sup> LOPES JR, Aury. **Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 36.

adversativas dos sistemas anteriores ao Inquisitivo. Contudo, não mais com a compreensão de um conflito de interesses, mas com a mecânica adversativa girando em torno do conceito de verdade.<sup>450</sup> E isto, inevitavelmente, tornará o processo ainda que adversativo, em plena inconformidade com garantias básicas de um processo democrático.

Daí a questão trazida por Lênio Streck: “*por que, depois de uma imensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão nos textos legais-constitucionais de conquistas civilizatórias, continuamos a delegar ao juiz a apreciação discricionária da prova?*”<sup>451</sup> Portanto, o modelo processual necessariamente passa pela postura do julgador, pelo papel deste frente ao processo, mas também da forma pela qual é concebido o objeto do processo penal, em especial quando se tratar da questão da verdade. Diversas vezes se analisa uma decisão judicial, se perquirindo qual a “verdade” que fora buscada e alcançada no ato decisório. Daí a necessidade de se desconstituir este mito da “verdade real”, por ser nas palavras de Aury Lopes Jr uma: *artimanha engedrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo e o decisionismo processual, típicos do sistema inquisitório*.<sup>452</sup> A pretensão da verdade, sempre serviu para legitimar abusos, sempre foi o permissivo justificador de medidas restritivas de Direito, como assinalou Salo de Carvalho: “*a questão da verdade no direito processual penal, cuja finalidade não é outra senão a maximização ou a minimização dos níveis de inquisitorialidade, é nitidamente instrumental*”<sup>453</sup>

Mesmo Rubens Casara e Juarez Tavares que defendem a relevância de não se abdicar da verdade, enfatizam que em um “regime de verdade” adequado à racionalidade democrática, a verdade não pode ser uma meta a ser alcançada a qualquer custo, sendo um limite ao exercício do poder penal.<sup>454</sup> O problema de se enfatizar a possibilidade (ou necessidade) de se revelar a verdade é inserir isso dentro de uma estrutura que aposta na centralidade do julgador e deposita neste a função de “buscar” a verdade. A busca pela

---

<sup>450</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P.51.

<sup>451</sup> STRECK, Lênio Luiz. O ‘Novo’ Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. *In Processo Penal, Constituição e Crítica*. Org. Gilson Bonatto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.P. 448.

<sup>452</sup> LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal. (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 272

<sup>453</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 74.

<sup>454</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P 18

verdade coloca o julgador em uma posição ativa, o que traz graves riscos para um processo penal devido e legal.

A busca pela verdade não pode representar *um fim em si mesmo*, a própria disposição legislativa que assegura a absolvição em caso de ausência de provas, não pode ser considerada como uma decisão injusta ou de pior qualidade.<sup>455</sup> No entanto, inclusive esse ponto é criticado por autores como Larry Laudan. Para ele, há uma tentativa de realização da gestão dos erros judiciais, ou seja, se opta (também na visão dele, de forma acertada<sup>456</sup>) pela preferência de errar absolvendo um culpado, do que se errar punido um inocente. No entanto, o autor entende que não se pode extremar tal situação ao ponto de se justificar determinadas crenças de que *é preferível 10, 100 ou 1000 culpados soltos do que um inocente preso*<sup>457</sup> e defende que as regras processuais não podem se apresentar como limitadores da verdade, pois com isso não objetivam reduzir o erro judicial mas apenas realizar uma gestão deste.<sup>458</sup>

Quando da análise da prova no processo penal, retornaremos a análise da visão de Laudan e das razões pelas quais deve se avaliar com cautela suas contribuições

---

<sup>455</sup> Enfatizam Rubens Casara e Juarez Tavares: “Assim, a busca da verdade não constitui um fim em si mesmo do processo penal. Ao contrário, a busca da verdade, dentro dos limites legais e constitucionais, deve ser levada em consideração sob a perspectiva de um processo justo. A partir dessa assertiva, as absolvições resultantes da falta ou deficiência de prova (art. 386, V e VII, CPP), ou mesmo de suas restrições, como ocorre com sua proibição, não podem ser tidas como absolvições de segunda categoria. (in CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P 55).

<sup>456</sup> Ahora bien, dado que virtualmente todos aceptamos que condenar a una persona inocente constituye un error más costoso que absolver al culpable, en la tradición del *commom law* se han consolidado un conjunto de doctrinas y prácticas acerca de como conducir un proceso penal de manera tal que, cuando algún error ocurra, éste sea, con mayor probabilidad, una absolución falsa y no una condena falsa. (in LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal**: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 22.)

<sup>457</sup> Sustenta o Autor: Debo confessar que personalmente no me gustaria vivir en una sociedad en la que, como Maimónides, considere que las condenas falsas son mil veces peores que las absoluciones falsas o que entre mil acusados inocentes el sistema de justicia no puede condenar a más de uno. Bajo un regime así, habria muy pocos condenados culpables y practicamente ninguna prevención del delito. (in LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal**: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 207.)

<sup>458</sup> Lo que estoy proponiendo es, en parte, una *meta-epistemología* del derecho procesal penal, esto es, un cuerpo de principios que nos permitirán decidir si cualquier procedimiento o regla jurídica dada tiene, o no, mayores probabilidades de desempeñarse como un elemento veritativo-conducente (*truth-conducning*) y error-reductor (*error-reducing*) dentro del sistema El experimento mental que he venido describiendo supone someter a ambos procedimientos, reales e hipotéticos, al escrutinio que conlleva a la aplicación de los principios referidos. Cuando descubramos reglas vigentes que fracasen en términos de servir a fines epistémicos, querremos preguntar-nos si acaso no podrían reemplazarse por reglas que estén más orientadas a la consecución de la verdad y a la minimización del error. Si podemos hallar una contraparte más veritativo-conducente para la regla veritativo-frustrante (*truth-thwarting*) que hayamos detectado, tendemos que decidir si los valores a los que sirve o pretende materializar la regla original (como por ejemplo, proteger ciertos derechos del acusado) son lo suficientemente fundamentales como para que su permanencia deba decretarse aún en detrimento de la búsqueda de la verdad. (in LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal**: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 30.)

filosóficas e epistemológicas no campo do processo penal, pois há um incentivo a uma perseguição pela verdade desprezando a estruturação garantista da forma processual e primando pela flexibilização de princípios e regras básicas na busca pela verdade, o que traz graves problemas já mencionados e de conhecimento geral.

Entretanto, Taruffo, acredita que a busca pela verdade, não retira a imparcialidade do Juiz, pelo contrário, pois *o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão. Sob esse prisma, aliás, a busca da verdade torna-se um atributo essencial da imparcialidade do juiz.*<sup>459</sup> Se percebe nas linhas do autor a crença na bondade do julgador, marca de uma perspectiva inquisitória<sup>460</sup>, que corrobora com a crítica que se realiza na presente pesquisa, em depositar confianças sobre humanas no julgador, seja na sua capacidade de revelar uma verdade ou seja na possibilidade de “buscar” essa verdade sem que isso lhe retire a imparcialidade, indispensável para o seu julgamento. No entanto, o autor defende-se disso, alegando que não se trata necessariamente de conferir poderes instrutórios ao julgador, referindo que esse problema de uma busca pelo julgador, estar relacionado a uma postura ativa por parte deste é *mais aparente do que real. Por um lado, poder-se-ia dizer que a imparcialidade como busca da verdade não implica necessariamente o exercício de poderes instrutórios por parte do juiz, sendo possível referir-se à valoração objetiva e equilibrada das provas fornecidas pelas partes: essa ideia de imparcialidade seria, por conseguinte, compatível com a imagem de um juiz passivo.*<sup>461</sup> Mas, condiciona isso a uma atuação das partes que com suas iniciativas instrutórias orientam o processo na busca da verdade. Mas o autor incide em um equívoco quando crê que *não é verdade que o juiz que exerce poderes instrutórios perde com isso sua imparcialidade. Isso aconteceria se ele exercesse seus poderes de modo parcial, ou seja, com o intuito favorecer uma ou outra parte: isso não acontece,*

---

<sup>459</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 144.

<sup>460</sup> Como alerta Ferrajoli, o sistema inquisitório deposita boa parte do que acredita como virtudes na crença da bondade do julgador. A sua disciplina, capacidade que orbita o reino do sagrado não apenas faz com que o julgado se torne acima de tudo o império do Outro transformado em significantes que habitam o simbólico. Não há espaço, no discurso inquisitorial, para o laboro auscultado em propensões, possibilidades, incerteza. A verdade, que é um semi-dizer, otimiza-se na verdade do desejo, na mais das vezes abraçada por significantes genéricos, verbetes receptivos ou brocados anacrônicos. (*in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular.** 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 202.)

<sup>461</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos.** Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 145.

*entretanto, quando ele os exercita de modo imparcial, ou seja, com o escopo objetivo de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da verdade.*<sup>462</sup>

Todas as críticas até aqui apresentadas demonstram as razões pelas quais não seria possível comungar com tal entendimento, pois: 1) crê em uma bondade sacrossanta do Magistrado; 2) despreza sua limitação humana de se guiar a partir de pré-compreensões; 3) despreza a imparcialidade como uma categoria jurídica incompatível com atuação de ofício, dentre outras medidas apontadas no decorrer deste estudo. A atuação de ofício não convive em harmonia com um processo penal guiado pelas diretrizes acusatórias, pois *os poderes instrutórios levam consigo o problema do ilimitado, do excesso, capaz de converter o juiz num degenerado perseguidor da verdade a qualquer preço. No processo que vige sob o pálio do princípio dispositivo, o contraditório se dá in re ipsa.*<sup>463</sup> Portanto, como será melhor analisado em tópico específico, a imparcialidade do julgador não convive com nenhuma “busca”, nenhuma “atuação de ofício deste”, pois isso representaria a subversão do processo, não se decidiria a partir dele, mas se buscaria nele as razões para justificar a decisão tomada.

Diante disso, Carnelutti propôs que a busca (investigação) no processo não fosse pela verdade, mas sim pela certeza, a qual implicaria, necessariamente, uma escolha (eis o drama do processo), pois a condenação (ou absolvição) não seria apenas um juízo, mas uma ação (um agir).<sup>464</sup> Taruffo, não concorda com essa substituição, pois para ele a certeza não pode substituir a verdade, pois está vinculada a um grau de persuasão e não sobre a veracidade do ocorrido.<sup>465</sup>

Ademais, cada vez mais se percebe a verdade como uma *confirmação*. A pretensão que busca se dar aqui da verdade perseguida enquanto uma confirmação se difere um pouco do conceito de *warrant*, trabalhado por Susam Haack e Michele Taruffo<sup>466</sup>, onde uma afirmação inicialmente hipotética vai atingindo graus de

---

<sup>462</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 146.

<sup>463</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 233.

<sup>464</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza. In: **rivista de diritto processuale**. Padova, v. XX, p. 4-9, 1965. P: 6

<sup>465</sup> A certeza corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado, poder-se-ão fazer distinções de acordo com o grau de certeza, que pode ser diferente dependendo do caso e da *justificativa* utilizada para sustentar-se a própria certeza. (TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 109)

<sup>466</sup> não se trata do *warrant* trabalhado por Susam Haack e Taruffo. O *warrant* concerne à conexão que se instaura entre uma afirmação, que tem inicialmente caráter hipotético, e as provas que confirmam sua veracidade, segundo o esquema W=E→H (W indicando o *warrant*, E as provas disponíveis e H a hipótese

confirmação através da amplitude e qualidade das provas. Também trabalhado por Ferrajoli, quando afirma que: “*cada dado probatório que se acomoda às premissas explicativas pode ser considerado, na realidade, como sua confirmação, que aumenta sua plausibilidade e o grau de probabilidade.*”<sup>467</sup> A perspectiva que utilizamos tal conceito, se dá no quanto o Magistrado, ainda que inconscientemente, mas crendo ser a sua função revelar tal verdade, atuará de forma a buscar a confirmação da hipótese inicial (denúncia). A ideia da confirmação das hipóteses mediante a realização de dados probatórios não seria problemática em uma estrutura que não permitisse a atuação de ofício do juiz e que lhe incumbisse dessa busca por elementos de confirmação. Tentar enxergar na prova legalmente produzida pelas partes uma confirmação de alguma das hipóteses trazidas é muito diferente do que incumbir o juiz de poderes instrutórios de busca dessa confirmação, sendo essa a principal diferença nas concepções de Taruffo e Ferrajoli. Isto é, o Magistrado se vale do processo para confirmar a versão trazida na denúncia<sup>468</sup>. O Magistrado cria uma hipótese mental a partir dos elementos informativos que lhe foram trazidos e conduz uma estrutura processual penal de modo a verificar a possibilidade de confirmação daquela narrativa, como se buscasse elementos a confirmar seu convencimento, o que poderia ser explicado pela problemática do *efeito primazia* e pela teoria da *dissonância cognitiva* que serão melhores analisadas em um tópico específico.

Portanto, é imperioso ter claro que a ambição de verdade não convive com um processo penal democrático que concebe a possibilidade de uma absolvição quando o Magistrado estiver em dúvida, quando inexistir provas suficientes em desfavor do réu, que se sedimenta em princípios e regras que visam a tutela de liberdades individuais que figuram como limites a atuação do Estado. Ademais, inserida em uma estrutura processual como a vigente no Brasil (e que será melhor avaliado mais adiante) há um

---

em questão). Visto que a amplitude e a qualidade das provas podem ser referidas à hipótese podem variar de acordo com as circunstâncias, a confirmação é um conceito de *grau*: uma afirmação pode resultar mais ou menos confirmada em função das provas que a essa se refiram em certo momento, ou mesmo dependendo do grau de *supportiveness* que as provas possuam em relação àquela hipótese. (TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 239)

<sup>467</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 137.

<sup>468</sup> Sobre o tema, imprescindível a lição de Rubens Casara e Juarez Tavares: “No momento em que o juiz profascista se confunde com a figura do acusador e passa a exercer funções como a de buscar confirmar a hipótese acusatória, surge um julgamento preconceituoso, com o comprometimento da imparcialidade. Tem-se, então, o primado da hipótese sobre o fato. A verdade perde importância diante da “missão” do juiz, que aderiu psicologicamente à versão acusatória.” (CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P:13)

convite ao Magistrado que atue a partir de informações que lhe foram trazidas a partir de uma só das partes, essa visão monocular do fato leva a um processamento seletivo de informações, o que representa uma natural tendência humana de interpretar nova informação para confrontar às suas perspectivas pré-existentes, o que leva as pessoas a aceitar rapidamente evidências que estão em conformidade com as suas crenças e encontrar razões para desconfiar de evidências contraditórias.<sup>469</sup>

Se há uma expectativa de revelação da verdade e uma crença na possibilidade desta ser buscada pelo processo, abre-se esse horizonte de expectativas a ser preenchido<sup>470</sup> é frustrante e deve ser evitado o desfecho processual que reconheça a “falha” em demonstrar a verdade. Sob este prisma toda e qualquer absolvição que se dê amparado na diretriz principiológica do *in dubio pro reo* é o reconhecimento de uma falha, de que o processo não atingiu aquele seu objetivo e que o Magistrado não cumpriu sua função.

Diante disso, a *verdade* se torna a confirmação da história trazida na denúncia e o julgador atua guiado por esse desiderato. Daí a enormidade de permissivos legais para atuações de ofício, para o protagonismo judicial presentes em nossa legislação, mesmo pós Constituição de 1988. Dessa forma, para Rui Cunha Martins, a *evidência se confunde com uma específica exigência de sentido do senso comum, que é marcada pela flexibilização da instrução processual a partir da “emergência de uma verdade; é uma verdade procurada enquanto confirmação do que já se ‘sabe’ por antecipação”*<sup>471</sup> Depois de oito séculos – não se deve duvidar – a superação do sistema processual inquisitório não é simples e nem haveria de ser. Sendo uma opção política por excelência, é também ideológica e, assim, serve sobremaneira aos sentidos que aproveitam a alguns, em geral detentores do poder ou seus fantoches.<sup>472</sup>

---

<sup>469</sup> BURKE, Alafair S. Paixão Acuatória, Viés Cognitivo e Plea Bargaining. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 100.

<sup>470</sup> É certo que o senso comum, ao impor um tipo de processualidade enquanto mobilização do desejo, se orienta para um horizonte de consumação e aspira ao respectivo preenchimento. Como é indiscutível que a produção continuada de processos de expectativas encontra suporte numa convicção de ordem teleológica quanto à possibilidade de que algo aconteça e mesmo, a um nível intuitivo e espontâneo, na crença de que aconteça, mais exatamente, algo como uma verdade. Mas, dito isto, esta é processualidade pífia. A exigência de verdade do senso comum é marcada pela ausência de verdadeira vontade de *emergência* de uma verdade; é uma verdade procurada enquanto confirmação do que já se sabe por antecipação e que é projetada sobre o horizonte de expectativas, buscando ocupar o preenchimento. In MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiadados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 98

<sup>471</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2013. P. 60.

<sup>472</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por Que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Brasileiro? In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de**

### 3. EXPECTATIVAS EM TORNO DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL

Responder ao questionamento: “a que expectativas deve corresponder um juiz criminal?” é tarefa das mais árduas, haja vista a enormidade de nuances problemáticas que se abrem a partir de qualquer definição que se pretenda. Definir o que se espera de um julgador, qual a decisão seria “justa” ou “injusta” em um determinado caso ou qual a postura tida como “correta” não é tarefa nada simples e pode conduzir a conclusões simplistas. A constante tentativa de rotular pessoas, também chega ao judiciário, o Magistrado conservador ou progressista, o Magistrado rígido ou flexível, o Magistrado que atua contra a criminalidade ou em defesa das garantias, enfim, rotulações diversas que apenas evidenciam a lógica reducionista, a tratar de uma questão tão complexa. A redução das questões a um código binário, é um conveniente redutor de complexidade<sup>473</sup>, como ensina Rui Cunha Martins, em preciosa lição:

É conveniente estar ciente destes aspectos na altura de direcionar a reflexão para o problema da *redução de complexidade*. Dos *redutores de complexidade*. Porque um horizonte em aberto pode ser um fardo, estabilizar as expectativas deveio, historicamente, tarefa concomitante da afirmação gradual da complexidade. A religião, a política, a ciência ou o direito contam-se entre os agentes a quem foi sendo entregue a tarefa. Não o fizeram de modo idêntico, é sabido. Mas é aceitável dizer que o fizeram de acordo com um comum paradigma de simplificação. A instauração de níveis de confiança generalizada, a redução da leitura do mundo a códigos binários – bem/mal, legítimo/ilegítimo, verdadeiro/falso, legal/ilegal – e uma particular vocação para administrar o horizonte de expectativas em termos morais e normativos conjugaram-se no âmbito de cada uma dessas áreas para assegurar esse

---

Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 111

<sup>473</sup> O binômio é um conveniente redutor de complexidade. Só que os seus danos vem também daí. Uma simplificação exagerada do que está em causa não deixará de reduzir as coisas a uma determinação dos culpados, eles mesmos aferidos nos termos redutores de uma oposição entre “honestos” e os “corruptos”. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Aditados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P:73)

desempenho. O objetivo de redução de complexidade exigido por sociedades em crescente processo de complexificação foi, por conseguinte, tradicionalmente entregue aos *mecanismos de estabilização das expectativas sociais e normativas*<sup>474</sup>

A estabilização destas expectativas, que trata o professor português, é resultado de uma atuação jurisdicional que se deixe (ou não consiga evitar o fato de) ser conduzida por estas. No presente capítulo, o objetivo é problematizar algumas expectativas que são depositadas na atuação jurisdicional e como os problemas trazidos nos capítulos anteriores refletem nesse quadro projetado de atuação jurisdicional almejada ou esperada. Partindo-se da perspectiva já ilustrada nas linhas antecederam até o presente tópico, de um sistema estruturalmente autoritário, que se sustenta na centralidade do julgador e no protagonismo deste no processo penal, será um sistema fortemente influenciado por estas expectativas e isso definirá a atuação do Magistrado. Pois, como refere, Rui Cunha Martins: *Não há regime de expectativas que possa dispensar o momento do preenchimento: toda a expressão de expectativa convoca o estado de coisas que a preencherá.*<sup>475</sup> De que forma o julgador preencherá esse quadro de expectativas? Esse é o fundamental problema a ser avaliado.

A expectativa pode ser compreendida, inclusive, sob um viés de reponsabilidade do julgador no exercício do poder jurisdicional, trabalhando com o conceito de Cappelletti<sup>476</sup>, levando em consideração a relevância de seu papel em um Estado Democrático de Direito a partir das consequências políticas e sociais de suas decisões.<sup>477</sup> Isso porque, ao atender determinadas expectativas, o julgador estará “prestando contas” de sua atuação e isso se vincula com a responsabilidade pelo exercício do cargo. A partir desta perspectiva, se entende como reducionista e conformadora a simples negativa de que o Magistrado deva atender a alguma expectativa. Pois isso se vincula com o próprio exercício de poder a que está investido. Imaginar a inexistência de

---

<sup>474</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P:39.

<sup>475</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P:37.

<sup>476</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

<sup>477</sup> O juiz ainda quando em contraste com a natureza de seu papel, não pode subtrair-se à responsabilidade política das escolhas e decisões. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 43).

expectativas a serem preenchidas pode representar uma cômoda escolha de não enxergar o problema, mas não irá eliminá-lo, tampouco reduzi-lo.

Como define Cappelletti: *Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De consequência, o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme maior ou menor poder dos juízes em questão.*<sup>478</sup>

Em uma sociedade que confere amplos poderes ao Judiciário, na qual o ativismo judicial vem sendo um sintoma cada vez mais frequente, a responsabilidade judicial é fator de extrema importância. Como define Amilton Bueno de Carvalho: *Pois bem. O povo descobre que o Judiciário é importante, que dele necessita. Aí surge uma questão básica: qual é o Judiciário que nós queremos/necessitamos?*<sup>479</sup> O Magistrado, em uma democracia, sempre terá de prestar contas da sua função, mas essa atenção às expectativas pode representar uma atuação revestida de graves problemas e colocar em discussão o real papel do julgador.

### 3.1 Expectativas Sociais: Perfil da Magistratura Brasileira e Método de Seleção:.

Definir expectativas sociais é sempre deveras complicado por exigir uma definição arbitrária de um conceito extremamente vago e de difícil definição. O risco de se buscar a definição daquilo que a sociedade espera é incidir justamente no erro que se busca, muitas vezes, denunciar a partir de uma abordagem crítica de conceitos generalizantes como “anseios sociais”, “voz das ruas”, “opinião pública” e etc.

Ao longo do texto, se fará menção a esses jargões que, costumeiramente, são usados seja em decisões judiciais ou mesmo nas críticas que são realizadas à magistrados e suas decisões. Debora de Almeida, trabalhando com a obra de Norbert Elias, faz uma importante ressalva sobre a definição da opinião pública, partindo da ideia de que, obviamente, dentro de um mesmo país ou de um partido há uma diferença muito grande

---

<sup>478</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989. P: 18.

<sup>479</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento.** Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 21

opiniões, contudo, ao se comparar a opinião oposta em um mesmo país com as de outros países, é possível ver o quanto há de comum no interior do mesmo país, mesmo que entre adversários, no que se refere a sua opinião sobre questões públicas.<sup>480</sup> Portanto, o aspecto que será avaliado, se dará a partir das demonstrações e manifestações públicas, de uma forma geral, que acabam alimentando a atuação jurisdicional de determinadas expectativas.

Por isso, mesmo ciente dos riscos e do estreito caminho que pode deslizar para incorrer nesses mesmos equívocos se faz necessária a busca de tal análise. Para isso, visando ter algum marco inicial que possa conduzir a um caminho minimamente definido, se avaliará aquilo que é definido, justificado e utilizado doutrinária e jurisprudencialmente como sendo o que a sociedade espera. O presente estudo fez a escolha metodológica de prescindir de uma pesquisa de campo que buscasse avaliar aquilo que a sociedade espera do julgador, por entender que em um país com dimensões continentais e que ostenta tanta diversidade sociocultural e econômica qualquer amostragem que tivesse ao alcance dessa pesquisa seria insuficiente. Portanto, o trabalho se dará com uma definição geral que marca características da sociedade brasileira e de uma abordagem a partir daquilo que é consolidado e utilizado como “expectativas sociais”.

É importante, também, na linha do que fora explicado no primeiro capítulo que as expectativas sociais sofrem variações a partir do modelo sociocultural de cada país. É um fato evidente que a responsabilidade em geral e a responsabilidade judicial em particular são conceitos carregados de implicações valorativas, por refletir uma determinada relação do sujeito (e do juiz em particular) com os valores sociais. E, obviamente, que os valores sociais não permanecem imutáveis em todas as sociedades, variando de tempo em tempo e de lugar para lugar.<sup>481</sup>

Isso torna a tarefa ainda mais complicada, na definição de expectativas (ou mesmo de responsabilidade como referiu Cappelletti) na medida em que a definição de uma cultura ou de uma tradição em uma sociedade tão miscigenada, em um território tão grande e que comporta tantas variações culturais, como é o caso do Brasil, é

---

<sup>480</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 277.

<sup>481</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989. P: 16.

extremamente difícil.<sup>482</sup> Como referido anteriormente, também, o próprio modelo de seleção dos magistrados, são classificados como *confusos e não democráticos*, nos quais não há uma participação da sociedade civil na escolha desse agente político que terá o poder de determinar, por exemplo, a prisão dos cidadãos e, com isso, não se tem a menor ideia de que tipo de juiz a sociedade civil ambiciona.<sup>483</sup>

Entretanto, a discussão que se trará nesse capítulo e, mais especialmente, nesse tópico, gravita em torno de um questionamento acerca de, até que ponto uma escolha democrática ou um juiz que atuasse a partir das ambições sociais seria um julgador que pudesse ter sua atuação em consonância com os ideais de um Estado Constitucional de Direito. Como conceitua, o processualista Cândido Dinamarco: “*na determinação dos fins do Estado e (consequentemente) dos escopos da jurisdição é indispensável, por isso, ter em vista as necessidades e aspirações do seu povo, no tempo presente. Entra aí dessa forma, o elemento cultural, a determinar concretamente os conceitos de bem comum, de justiça e, particularmente, de justiça social.*”<sup>484</sup>

Portanto, é extremamente complicado tentar sustentar que a jurisdição enquanto exercício de poder público não deva estar de acordo e buscar atender, de alguma forma, as aspirações do povo. O problema central está na vagueza de tais definições e na sua fácil permeabilidade, que permite um uso arbitrário desses chavões em detrimento dos direitos individuais. Fernando Facury Scaff critica a redução do Direito àquilo que os tribunais dizem, sustentando que o julgamento em casos concretos exercidos pelas cortes não encerra a análise jurídica, sendo função doutrinária a análise destas decisões, sob pena de passo a passo a democracia ser sequestrada e, afirma, que o verdadeiro *dono do poder*, é o povo, que precisa estar atento a isso, sob pena de ter de pagar o doloroso preço de um resgate da democracia.<sup>485</sup> Portanto, há uma defesa de que a democracia se faz com

---

<sup>482</sup> A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e tímbrando em manter tudo isso em um ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem. (*in* HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 35).

<sup>483</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 144.

<sup>484</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 190.

<sup>485</sup> SCAFF, Fernando Facury. **A mens legislatoris constituinte no STF: entre royalties e ICMS**. *In* Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P: 117

decisões judiciais controladas pelo povo, mas esse controle não pode se reduzir a decisões que almejem respaldo popular ou apreço pela opinião pública ou publicada.

Evidente, também, que a forma de colonização e de formação de determinada sociedade alicerçam valores e crenças que se transformam em tradições e perpassam gerações. Portanto, uma sociedade como a brasileira que teve sua formação a partir de uma colonização exploratória por parte dos portugueses e que fora construída a partir do trabalho de muitos refugiados estrangeiros carrega essa marca ao longo dos anos.

Sergio Buarque de Holanda distingue dois princípios na forma de vida coletiva: o aventureiro e o trabalhador. Aventureiro seria aquele que mira o ponto de chegada, num ideal de *colher o fruto sem plantar a árvore*. Já o trabalhador enxerga primeiro a dificuldade a vencer e não o triunfo a alcançar. Esforço lento, pouco compensador, e persistente. Frisa o autor que ambos os estilos participam em menor e maior grau de múltiplas combinações e não existe um modelo trabalhador ou aventureiro puro fora do mundo das ideias. E questiona o Autor: *essa ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis, tão notoriamente característica da gente da nossa terra, não é uma das manifestações mais cruas do espírito de aventura?* E conclui que o que os portugueses viam buscar era a riqueza, mas a riqueza que custa ousadia, não a riqueza que custa trabalho. A mesma que havia sido conseguida na Índia com especiarias e metais preciosos. Os lucros que proporcionou de início, o esforço de plantar a cana e fabricar o açúcar para mercados europeus, compensavam abundantemente esse esforço, efetuado com as mãos e os pés dos negros.<sup>486</sup>

Percebe-se aqui uma marca capaz de definir claramente muito da sociedade brasileira, muito daquilo que se refere em uma sociedade que se beneficia da corrupção ao passo que censura a corrupção alheia. A ânsia pelo ganho fácil e rápido, da obtenção de vantagem, que cunhou o famoso “jeitinho brasileiro”. Óbvio que, com isso, não se pode ignorar a enormidade de exemplos de “princípio trabalhador” que formaram e formam a sociedade brasileira. Mas, é de se destacar a menção trazida pelo autor da utilização de mão-de-obra escrava, pois essa vergonhosa marca de nossa história não se apaga facilmente, tivemos uma sociedade criada em valores feudais, que lucrava muito

---

<sup>486</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 50/57.

com a escravidão<sup>487</sup> e que se construiu fora dos centros urbanos. E como destaca Sergio Buarque de Holanda: “*é preciso considerar esse fato para se compreender exatamente as condições que, por via direta ou indireta, nos governara, até muito depois de proclamada a independência política e cujos reflexos não se apagaram ainda hoje.*”<sup>488</sup>

Não é tarefa fácil buscar o reconhecimento de igualdade entre as pessoas, de tratamento igualitário para pessoas pelo Estado, mormente o Estado-juiz em um processo penal, que não se valha de distinções de classe, raça ou gênero no momento de um julgamento, quando nossa cultura fora forjada em uma base que compreendia que nem todos eram detentores de direitos iguais. Ainda no período monárquico eram os fazendeiros escravocratas e os filhos destes, educados em profissões liberais quem monopolizava a política brasileira, elegendo-se ou se fazendo eleger e, com isso, desempenhando forte domínio nos parlamentos, ministérios e, em todas posições de mando, fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio.<sup>489</sup>

A própria superação da escravidão fora algo muito difícil no Brasil, haja vista a importância disso para a economia, o surgimento de movimentos abolicionistas que tentavam combater o tráfico escravagista, encontrou muita resistência, principalmente, sob o argumento daqueles que, temerosos por futuro incerto pretendiam a qualquer custo a manutenção do repouso permanente das instituições. Sustentavam estes que em um país novo e mal povoado como o Brasil, a importação de negros seria um mal inevitável e, ainda, diminuto, se comparado à miséria geral que a carência de mão de obra poderia produzir.<sup>490</sup>

Certamente a consideração desse “mal diminuto” não partia de negros escravizados. Não há muita diferença dessa percepção para aquelas que ainda hoje acreditam que a restrição de garantias e direitos fundamentais dos indivíduos em um processo penal e até a punição de inocentes, seja um “mal necessário” para que se possa combater o crime. As semelhanças são tanto pelo discurso como pela marca individualista e elitista que sabe que as consequências desse “mal” não atingirão a si, nem aos seus, mas

---

<sup>487</sup> Dificilmente se encontraria uma habitação onde não houvesse pelo menos uma negra. A gente mais rica tinha escravos de ambos os sexos, e não faltava quem tirasse bons lucros da venda dos filhos de escravos. (in HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 62.)

<sup>488</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 85.

<sup>489</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 86.

<sup>490</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 88

apenas aqueles “outros”, que lá eram os escravos mas que hoje possuem um ampliado rol, com negros, pobres, homossexuais, dentre outros tantos que precisam lutar diariamente pelo reconhecimento de seus direitos. Não há como se sustentar um modelo de justiça que conviva e, de certa forma, compactue com o tratamento desigual, a partir de expectativas de classes de uma sociedade que não enxergam o outro como igual e como detentores de direitos.<sup>491</sup>

Há uma dificuldade de compreensão dos direitos fundamentais e da limitação dos seus direitos quando passam a atingir direitos dos outros. Por tudo isso que Sergio Buarque de Holanda entende que a “*a democracia no Brasil nunca passou de um lamentável mal entendido*”<sup>492</sup>, pois amparada em percepções, valores e definições que não defendiam ou, pior, não toleravam a necessária, para qualquer democracia, igualdade de direitos. Essa economia escravocrata forjou a sociedade brasileira, que teve na sua marca o modelo de família patriarcal, onde se calcou na vida política as relações entre governantes e governados, entre monarcas e súditos. Uma lei moral e inflexível, superior a todos os cálculos e vontades dos homens, pode regular a boa harmonia do corpo social e, portanto, deve ser rigorosamente respeitada e cumprida.<sup>493</sup>

Certamente o poder jurisdicional não se afasta dessa definição, o que explica a crença na superioridade do juiz<sup>494</sup> e na “bondade” de suas decisões, que certamente

---

<sup>491</sup> Importante a lição de Silvio de Almeida: O fato é que muitas pessoas passaram a exigir o direito de ser branco, o direito de não gostar de negros, o direito de ter seu país de volta. Querem seus empregos “roubados” pelos imigrantes, querem se sentir seguros em seu país. Querem, enfim, a “identidade” que lhes foi roubada quando as minorias passaram a ter direitos. Este quadro de pânico moral irá servir como justificativa para medidas de exceção – fora da legalidade – contra os inimigos racialmente construídos, o que se tornará ainda mais grave após a derrubada das torres gêmeas em 11 de setembro de 2001. O Estado dará conta do pânico com as políticas de lei e ordem e tolerância zero, que irão aumentar o encarceramento e as mortes efetuadas pelo Estado. Esse é o retrato da crise atual. No fim das contas, a identidade desconectada das questões estruturais, a raça sem classe, as pautas por liberdade desconectadas dos reclamos por transformações econômicas e políticas, tornam-se prezas fáceis do sistema. Facilmente a questão racial desliza para o moralismo. Por isso, diversidade não basta, é preciso igualdade. Não existe nem nunca existirá respeito às diferenças em um mundo em que pessoas morrem de fome ou são assassinadas pela cor da pele. (in Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. P: 116.)

<sup>492</sup> A democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos e privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar a situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos. (in HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 192)

<sup>493</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 100.

<sup>494</sup> As qualidades atribuídas ao juiz idealizado e contidas no discurso judicial ainda são o recato, a reserva, a discrição, a humildade, a modéstia, tudo a coroar uma cultura enciclopédica, se possível revestida em odor de santidade. (in NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P: 97.)

vinham na esteira daquele modelo social e atendendo às expectativas de determinadas classes. Pois, desde os nossos primórdios que a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. *Falta a tudo a ordenação impessoal.*<sup>495</sup>

Essa “excepcional personalidade de jurista”, criada por uma “formação ética”, atua como indício de existência de uma ordem de valores justa, ou seja, uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa.<sup>496</sup> Ademais, em uma sociedade que não compreende a justiça e nem o Direito, falar de atenção às expectativas sociais é sempre complicado, na medida em que, há uma forte tendência à veneração do judiciário quando comparado com outros poderes. José Renato Nalini, que em sua obra traz algumas críticas e análises sobre o perfil da magistratura brasileira e forma de seleção do juiz, também se deixa guiar por essa cultura de santificação do judiciário, afirmando que, mesmo com os problemas do concurso público o Judiciário ainda é integrado por pessoas tecnicamente preparadas e, acima de tudo, idôneas, probas e com uma ética menos questionável que os demais poderes, afirmando que: “*irrecusável que o Poder Judiciário é considerado menos corrupto dentre os Poderes da República. Mesmo em momentos de falta de credibilidade, esta realidade não pode ser recusada até pelos seus mais acerbos críticos.*”<sup>497</sup>

Tal afirmação pode até condizer com a realidade mas não dispõe de elementos seguros para a sua sustentação e pode ser fruto de uma atuação efetiva do Judiciário no seu papel de controle e, por conseguinte, de apuração e punição de atos de corrupção, um controle que não é exercido da mesma forma no próprio Judiciário. Mas, fato inegável, que uma *democracia mal entendida* acaba por, ainda que paradoxalmente, respeitar e valorizar mais uma figura técnica alçada ao cargo mediante um concurso público do que aqueles que foram colocados nas suas funções através do voto popular.

Daí, a definição do Judiciário como Superego da sociedade, cunhada por Ingeborg Maus, que explica que a inclusão da moral no Direito, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é

---

<sup>495</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. P: 182.

<sup>496</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. In **Revista Novos Estudos**. N. 58, 2000. P: 186.

<sup>497</sup> NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P: 109.

produto da extensão de suas ponderações morais. Assim, quando a justiça ascende à condição de mais alta instância moral da sociedade passa a escapar de qualquer mecanismo de controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.<sup>498</sup>

Adere-se, nesta linha, também, a hipóteses de que há uma relação histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade e, por conseguinte, do Judiciário e as práticas verificadas na Justiça brasileira. É possível apontar que em razão da já referida tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e pela escravidão, no qual o saber jurídico e os cargos do Judiciário eram utilizados para que a classe dominante pudesse se impor perante a sociedade, despido de qualquer controle democrático, gerou um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista.<sup>499</sup> E isso tudo afetará diretamente a concepção do processo e o que dele se espera, como leciona Alexandre Bizzotto: *“Na demarcação de nossa cultura, é perceptível que a mentalidade escravagista patrimonialista teima em deixar seus rastros, produzindo um histórico de autoritarismo e de exclusão social que carece ser levado em conta ao se procurar entender o indivíduo protagonista no processo penal.”*<sup>500</sup>

Essa marca autoritária, de superioridade e de defesa de determinados interesses certamente pode ser reduzida com o ingresso a cargos públicos mediante concurso, de forma a permitir uma maior igualdade de condições entre os aspirantes ao cargo, o que, no entanto, acaba por desencadear outros e não menos complexos problemas. A problemática estaria muito mais no modo e nos critérios que se levam em conta, do que propriamente no método concursal, em si.

O sistema de seleção para ingresso no quadro da magistratura brasileiro é um sistema no qual qualidade técnica dos membros é assegurada por um concurso público, cujo governo é vertical, exercido por um corpo ao qual dois terços chegam por promoção e cuja a função técnica é a unificação jurisprudencial.<sup>501</sup> Dessa forma, o recado é claro para aqueles que almejam o cargo, de quais as expectativas que estão sendo neles depositadas. A forma do concurso obriga o jovem propenso ao cargo a amoldar-se às

---

<sup>498</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. In **Revista Novos Estudos**. N. 58, 2000. P: 187.

<sup>499</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 25.

<sup>500</sup> BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P:15.

<sup>501</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. P: 125.

expectativas da Magistratura, que exige dele, não apenas os saberes considerados essenciais pela orientação ideológica predominante, mas um comportamento nela inspirado. A massa que é ejetada pelas inúmeras faculdades de Direito é submetida a um teste de qualidade ideológico para o sistema avaliar quem se ajusta ao figurino da *persona* juiz.<sup>502</sup>

Assim, como define Zaffaroni, não seria o modelo de seleção por concursos que traria estes problemas que referimos, *senão que o concurso não é acompanhado das reformas democráticas que se devem produzir para dar sequência a uma estrutura judicial de modelo democrático contemporâneo.*<sup>503</sup> Nesta linha, ressalta Nallini que: *o juiz da ordem democrática não pode ter o mesmo perfil daquele pretendido pelo autoritarismo. A forma de seleção não pode obedecer a um modelo idêntico.*<sup>504</sup> E outro problema que se apresenta é, talvez, uma ausência de uma definição do que seria o juiz a ser “buscado” nos concursos.<sup>505</sup>

Essa é mais uma nota sintomática de uma estrutura condicionante de expectativas, critérios objetivos que visam uma pretensa igualdade de condições em uma disputa meritocrática (que inúmeras vezes é o jargão utilizado para encobrir as profundas mazelas da desigualdade)<sup>506</sup>, mas acabam reproduzindo um mesmo modelo de Magistrado, como fiel reproduzidor de entendimentos jurisprudenciais, desincentivando ou, até mesmo, desprezando o juízo crítico. Aqueles que fogem a essa regra, muitas vezes são objeto de sucessivas denúncias e perseguições por parte de colegas e superiores.

Isso se verifica em uma pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, onde questionados acerca do que na opinião do(a) magistrado(a) define um

---

<sup>502</sup> NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P: 95.

<sup>503</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. P: 141.

<sup>504</sup> NALINI, José Renato. Prefácio in PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed. Campinas, SP: Millenium, 2005.

<sup>505</sup> Aceitar que após um concurso dispendioso, dificultoso e sério resultou em mau juiz seria assumir as falhas do sistema. P erro seria imputável ao próprio Tribunal. Isso não é bem aceto no universo em que a autocrítica é considerada prova de fraqueza. Mas existe um outro aspecto a ser considerado. Os Tribunais não sabem exatamente o que procuram nos seus concursos. Daí a falta de parâmetros para concluir qual o juiz que não deva ser aproveitado. (in NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P: 97.).

<sup>506</sup> Sobre meritocracia, precisa análise de Silvio de Almeida: No Brasil, a negação do racismo e a ideologia da democracia racial sustentam-se pelo discurso da meritocracia. Se não há racismo, a culpa pela própria condição é das pessoas negras que, eventualmente, não fizeram tudo que estava a seu alcance. Em um país desigual como o Brasil, a meritocracia avaliza a desigualdade, a miséria e a violência, pois dificulta a tomada de posições políticas efetivas contra a discriminação racial, especialmente por parte do poder estatal. No contexto brasileiro, o discurso da meritocracia é altamente racista, uma vez que promove a conformação ideológica dos indivíduos à desigualdade racial. (in Almeida, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. P: 52)

bom magistrado(a), de um total de 5757 magistrados ouvidos, 1097 responderam que seria aquele que *atua objetivando a segurança jurídica*, o que representa 19,1% e 406 responderam que seria aquele que *respeita os precedentes dos tribunais superiores*, representando 7,1%.<sup>507</sup> Mesmo sendo difícil pela vagueza compreender com exatidão o que se trata de segurança jurídica, é importante destacar que para quase 20% dos magistrados questionados a busca pela segurança jurídica e a obediência aos precedentes representam uma nota definitiva de um bom magistrado, importando mais do que *prestar um serviço jurisdicional célere, preferir decisões bem fundamentadas, valorizar a justiça social ou trabalhar pela harmonia social*. Quando se trata de Magistrados(as) atuantes na Justiça Federal, o número sobe para mais de 30%, com 21,5% entendendo pela segurança jurídica e 8,9% pelo respeito aos precedentes.<sup>508</sup>

Ademais, em uma sociedade extremamente desigual como a brasileira o acesso a estudo de qualidade e as condições para dedicação de tempo de estudo necessária para a aprovação em tais concursos, acabam ficando reservados a uma parcela reduzida da população, sendo cada vez mais excepcional o ingresso alcançado por profissionais que vieram de famílias humildes e estudaram em escolas públicas ou com bolsas de estudo. A mesma pesquisa também acaba por ilustrar isso, quando questiona *a ocupação que seu pai exerceu/exerce por mais tempo*, dos 1757 Magistrados(as) Estaduais, entrevistados, 336 responderam que seria no *Serviço público: de alto escalão (diplomata, magistrado oficial militar, professor universitário, funções com qualificação técnica de nível superior – médico, advogado, engenheiro etc.)*, representando 19,1%. Em nível federal, o número foi de 27 para 137 entrevistados, percentual de 19,7%. Abrangendo o questionamento para ocupação no serviço público de nível intermediário, ocupação em empresa pública ou privada no alto escalão ou no escalão intermediário ou, ainda, profissional liberal com curso superior ou empresário com mais de 50 empregados, o total seria de 1028 na magistratura estadual e de 86 na Magistratura Federal, representando o percentual de 71,3% e 77,4% respectivamente. Já o índice daqueles que os pais foram ou são *Trabalhadores autônomos: autônomos tais como chofer de taxi, costureira, pedreiro, caminhoneiro, camponês*, é de 12,1% na Justiça Estadual e de 9,5% na Justiça Federal.<sup>509</sup>

---

<sup>507</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos**. Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). Pág. 233.

<sup>508</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos**. Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). Pág. 233

<sup>509</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos**. Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). Pág. 353.

Outro ponto importante, na esteira do que se discutia acima quando da análise de uma cultura escravagista e de uma evidente desigualdade racial no Brasil, a política de cotas para pessoas afrodescendentes, sempre rende muita polêmica por aqueles que entendem que isso representaria uma forma de preconceito por tratar desigualmente os afrodescendentes. Entretanto, sem adentrar no mérito de tal política, fato é que esta visa equilibrar as condições de pessoas historicamente em desigualdade. No entanto, mesmo com a política de cotas apenas 12 de 1941 Magistrados(as) da Justiça Estadual entrevistados foi aprovado(a) em vagas destinadas a pessoas negras, o que representa 0,6%. Já na Justiça Federal, o número é de 1 para 150 entrevistados, o que representa 0,7%.<sup>510</sup> Apenas 2,2% de Magistrados(as) estaduais e 2,0% de Magistrados(as) Federais, *já se sentiu discriminado(a) no ambiente de trabalho em razão da raça*. Em segundo grau, o índice é de 0,2% na justiça estadual e de 0,0% na Federal.<sup>511</sup>

Infelizmente isso não é sinal de pouco preconceito, mas sim de poucas pessoas declaradas pretas na Magistratura. Apenas 43 dos 2617 Magistrados(as) declaram “preta” como sua cor, o que representa 1,6%, na Justiça Estadual. Já na Justiça Federal esse número é de um em 217 ouvidos, num percentual de 0,5%. Em segundo grau os percentuais são de 1,9% na Justiça Estadual e 6,3% na Justiça Federal, no caso 1 de 16. Nos Tribunais Superiores, de 22 entrevistados, 2 não declararam e 20 declaram a cor branca.<sup>512</sup> Portanto, a miscigenação que marca a sociedade brasileira não se verifica no quadro da Magistratura, onde há uma imensa superioridade de pessoas que se declaram brancas. Ainda, 36,9% dos(as) Magistrados(as) possuem um ou mais Magistrados ou membros do Ministério Público na família. Enquanto na Justiça Federal o índice foi de 21,8%.<sup>513</sup>

Quanto a formação dos Magistrados(as), dos 1966 juízes da Justiça Estadual ouvidos 1331 estudaram em escolas privadas, representando 67,7%, na Justiça Federal esse índice é de 74,8% dos 151 que foram ouvidos.<sup>514</sup> Quando o questionamento é sobre a universidade em que se graduou, o índice é diferente sendo que, na Justiça Estadual,

---

<sup>510</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). P: 228.

<sup>511</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). P: 235.

<sup>512</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf) P: 324.

<sup>513</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf) Pág. 369/372.

<sup>514</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). 166.

49,1% se graduou em Universidade Pública, enquanto 50,9% em Universidade Privada. Na Justiça Federal o índice é de 68,2% na pública e 31,8% na privada.<sup>515</sup>

Isso mostra como o acesso ao ensino superior público é destinado, muitas vezes, aos egressos de escolas privadas, o que representa já uma problematização da exclusão pelo conhecimento, que acaba restringindo sobremaneira aqueles que terão condições e possibilidades de conseguir postular um cargo público mediante um concurso. A desigualdade na base da sociedade torna a seleção meritocrática muitas vezes mera aparência. Isso vai refletir sobremaneira nas expectativas em torno da atuação do Magistrado e na atuação deste. É de conhecimento notório as enormes dificuldades para a aprovação em um concurso o que faz com aquele que obteve sucesso nisto seja notoriamente conhecido como detentor de um conhecimento muito acima dos demais, o que influencia na forma como a sociedade compreende aquele papel e como o próprio agente compreende a sua função.

Assim, o saber particularizado acaba por converter-se em um poder fundado no saber público e tem sinal positivo: quem está no vértice da pirâmide (judicial) exerce seu poder fundado no saber que apropriou particularizadamente, ao qual não tiveram acesso seus pares. Os concursos públicos em geral e, em especial, os jurídicos são exemplo disto: para lograr a aprovação é necessário acesso a um conhecimento particularizado, que não está disponível no mercado universitário. Em consequência disso, quando conseguem passar, os aprovados sentem-se como eleitos porque detentores de um saber especial, único, como que ungidos para tomar suas decisões livremente, sem que tenham que prestar contas senão a seus pares. No caso dos juízes, considerado o concurso mais “difícil” de todos, esta união empresta efeitos oraculares ao seu “livre convencimento”.<sup>516</sup>

Assim, o livre convencimento (que será melhor analisado nos tópicos subsequentes) é influenciado pela crença de que, por estar investido naquele cargo e, portanto, possuir um conhecimento que é tido como muito acima dos demais, perde-se a capacidade de questionamentos, de argumentações, esvaziando a função de ser do processo e do Direito em si. Daí, a conclusão de Kant de Lima, para quem *dada a desigualdade legal e explícita entre os interlocutores, é o argumento da autoridade que*

---

<sup>515</sup>Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). P: 171.

<sup>516</sup> LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico/2009**. P: 43.

*prevalece na administração dos conflitos e não a autoridade do argumento que convence as partes envolvidas.*<sup>517</sup>

Isso gera uma percepção comum de que o Magistrado é dotado de um saber-poder que lhe permite decidir conforme o seu entendimento, o que seria natural em qualquer modelo julgado por um ser humano, entretanto, a problemática se dá quando o Magistrado ciente disso e influenciado por isto se julga investido de um super poder quase mitológico<sup>518</sup> que não encontra limites nem na lei nem na Constituição. Na referida pesquisa com Magistrados(as) de todo país, foram questionados acerca da assertiva: *No caso limite de temas sensíveis para a sociedade, sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar, o Poder Judiciário pode exercer um papel criativo na produção de normas, a fim de atender aos anseios da coletividade*, dos 2211 magistrados(as) da Justiça Estadual que foram ouvidos, 29,9% disseram que “concordam pouco” e 17,1% que “concordam muito”, totalizando 47% de concordância, enquanto que na Justiça Federal, foram ouvidos 173 Magistrados(as) e 29,5% “concordam pouco” e 12,1% “concordam muito”, totalizando 41,6%. A mesma pergunta para juízes de segundo grau, atingiu um percentual de 58,4% de concordância na Justiça Estadual, sendo 35,1% concordando pouco e 23,3% concordando muito. Na Justiça Federal, em segundo grau, o índice foi de 57,1% de concordância, sendo 50% concordando pouco e 7,1% concordando muito. Dos 18 Ministros de Tribunais Superiores ouvidos, 6 concordaram pouco e 6 concordaram muito, representando um percentual de 66,6% de concordância.<sup>519</sup>

Isso evidencia um percentual muito amplo de Magistrados que concordam que a função judicial possa ser a de *criar normas para atender os anseios da sociedade*. Tal resultado é sintomático de tudo que justifica o presente estudo e que será aqui trabalhado, pois demonstra como os Magistrados se sentem empoderados desta capacidade de decidir para além dos limites legais e como se percebem como representantes dos interesses da coletividade. Ora, como medir ou analisar o que seriam esses interesses da coletividade? E, mais, em um modelo democrático constitucional

---

<sup>517</sup> LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico/2009**. P: 43/44.

<sup>518</sup> Além disso o aspecto mitológico impregna a literatura judicial mais clássica. Existe um sabor epopeico no desempenho do juiz, nos seus feitos, na sua postura, nas expectativas que se tem a partir das suas decisões. O juiz é visto como um ser diferenciado, possuidor de uma autoridade incontestável, cheia de poderes. (in SPENGLER, Fabiana Marion. *In O Símbolo, o Mito e o Rito: O Juiz e as “Dificuldades Epistêmicas do Decidir”*. **Os Modelos de Juízes: Ensaios de Direito e Literatura**. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015. P: 131)

<sup>519</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos**. Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). P: 123.

como o brasileiro, os interesses da coletividade se fazem representar por parlamentares eleitos que possuem a função de criar leis conforme os interesses da maioria que se revelou no voto que os colocaram nos cargos que possuem, não podendo um juiz de direito se julgar mais capacitado para identificar e proteger esse interesse.

O protagonismo judicial também fora percebido na pesquisa realizada pela AMB, quando colocados diante da afirmativa: *A legislação brasileira contém elementos ultrapassados, que dificultam a realização da justiça*, os entrevistados deveriam dizer se consideravam *irrelevante, pouco relevante, muito relevante ou indispensável*, a discussão acerca dessa dificuldade, dos 1981 juízes estaduais questionados, 871 (44%) consideraram muito importante e 719 (36,3%), representando um total de 80,3%. Na Justiça Federal o índice total foi de 68,4%, com 39,5% para muito importante e 28,9% para essencial.<sup>520</sup>

Não se entra em discussão a intenção do julgador em decidir contrariamente ao texto legal, pois ainda que imbuído de louváveis propósitos, o espaço que se abre para uma atuação desprovida de claros limites se apresenta extremamente mais nociva. Certamente, um Magistrado, mormente em matéria penal, pode realizar interpretações mais amplas de dispositivos de lei, mas somente quando essa ampliação interpretativa encontrar respaldo nos dispositivos constitucionais e não representar uma análise que represente restrição aos direitos fundamentais.

Ocorre que na mesma pesquisa realizada foi pedido a 6279 magistrados(as) Estaduais, que indicassem, as três áreas mais importantes de atuação do Poder Judiciário em uma democracia, sendo as opções: *Repressão aos delitos de caráter econômico*, escolhido por 9,2%, *regulação de conflitos de interesse entre grupos, em particular nas relações de trabalho*, escolhido por 2,7%, *Defesa da ordem pública*, foi a escolha de 20,1% *Exercício inovador da Justiça sobre questões emergentes e ainda não tratadas pela legislação*, escolhido por 5,8%; *Controle da probidade administrativa interna e externa*, por 21,4%, *Garantia da extensão dos direitos sociais*, escolhido por 11,9%; *Defesa dos direitos humanos e controle da violência estatal*, por 15,4% e *Regulação de conflitos entre particulares*, para 13,4% dos entrevistados.<sup>521</sup>

---

<sup>520</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). P: 152.

<sup>521</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf). P: 145.

Já na Justiça Federal, os índices foram *Repressão aos delitos de caráter econômico*, escolhido por 12,6%, *regulação de conflitos de interesse entre grupos, em particular nas relações de trabalho*, escolhido por 2,1%, *Defesa da ordem pública*, foi a escolha de 15,7% *Exercício inovador da Justiça sobre questões emergentes e ainda não tratadas pela legislação*, escolhido por 6%; *Controle da probidade administrativa interna e externa*, por 22,6%, *Garantia da extensão dos direitos sociais*, escolhido por 11,6%; *Defesa dos direitos humanos e controle da violência estatal*, por 17,2% e *Regulação de conflitos entre particulares*, para 12,6% dos entrevistados.<sup>522</sup>

Portanto, somando as pautas repressivas, como “repressão aos delitos”, “defesa da ordem pública” e “controle da probidade” se verificou o índice de 50,7% na Justiça Estadual, enquanto que na Justiça Federal o índice é de 50,9%, enquanto que o “controle da violência estatal” e “garantias de direitos sociais”, representaram 27,3% na Justiça Estadual e 28,8% na Justiça Federal. Em se tratando de Ministros dos Tribunais Superiores o papel de “defesa dos direitos humanos e controle da violência estatal” é lembrado por apenas 8 dos 51 ouvidos, num percentual de 15,7%, enquanto as pautas repressivas foram mencionadas por 21, num total de 41,2%. O simples fato de conter a palavra *repressão* ao crime e isso representar a escolha de um significativo número de Magistrados(as) em detrimento de pautas vinculadas aos direitos fundamentais é extremamente grave, ainda mais quando lida em conjunto com o dado anteriormente analisado que demonstra que a crença no ativismo judicial, pois denota uma crença na possibilidade de se decidir independente da lei e restringindo direitos do sujeito acusado. Menos de dois a cada dez Magistrados entendem ter a função de defesa dos direitos humanos, isso é um dado muito grave e sintomático daquilo que move a presente pesquisa.

### 3.1. 1 Publicidade e Espetacularização: Senso Comum, Mídia e “Voz das Ruas”:

A função do judiciário em uma democracia deve sempre ser a de defesa de direitos fundamentais em controle a violência estatal, o baixíssimo índice de magistrados que manifestam essa preocupação é demonstração do uso das expectativas sociais em

---

<sup>522</sup> Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos.** Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf): 145.

detrimento dos direitos individuais e da percepção da atuação do Judiciário em defesa de interesses de Estado. Importante, neste ponto, lembrar a lição de Aury Lopes Jr, para quem, de forma acertada: “aos juízes não lhes compete o papel de inquisidores, de guardiões da segurança pública e responsáveis pela “limpeza social”, como muitos – até inconscientemente – pensam ser. O papel do juiz no processo penal é o de guardião da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais a ele submetido.”<sup>523</sup> Não compreender isso é não compreender o significado do processo penal, pois como coloca Rui Cunha Martins: “a verdade é que o processo hoje, para ser devido e legal, tem todo o interesse em desligar a sua função dos atuais quadros de expectativa. Será essa uma das suas maiores glórias: pedirem-lhe sangue e ele oferecer o contraditório.”<sup>524</sup>

Num atual contexto, em que as forças dos ventos neoliberais são absorvidos culturalmente pelos anseios de punição e a pressão midiática instrumentalizada pelo medo conduz os aplicadores do direito a adoção de opções que enfraquecem os direitos fundamentais, instaurando um predomínio punitivista.<sup>525</sup> O capitalismo e toda a influência neoliberal na sociedade brasileira não deixaria ileso o Direito, muito menos o Direito Penal e o Processo Penal. O que se percebe por um clamor cada vez maior de punições mais céleres e mais severas.

Os objetivos de códigos organizados e promulgados pelo legislativo, onde estão os representantes do povo, são no sentido de prever determinados comportamentos e antecipar decisões para conflitos possíveis, tolhendo a liberdade de decisão dos membros do judiciário, seus intérpretes.<sup>526</sup> Na tradição da *commom law*, o julgamento por precedentes permite que o judiciário se ampare mais nas variações de expectativas sociais e decida os casos conforme suas percepções na aplicação da lei em casos concretos. Ou seja, há uma profunda distinção cultural na atuação jurisdicional a partir destes diferentes modelos.

Mas uma questão que, inevitavelmente, vem a debate é: por que razão grande parcela da população apoia livremente o poder do judiciário em decidir ainda que em contrariedade a lei e que defenda abertamente a liberdade de atuação do Judiciário, em

---

<sup>523</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 52.

<sup>524</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 100.

<sup>525</sup> BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P:21.

<sup>526</sup> LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico/2009**. P: 31.

amplas manifestações de apoio a Promotores, Juizes e “forças-tarefa” criadas em casos especiais? A resposta possível a tal fenômeno se encontra em uma tradição judiciária brasileira, forjada e construída em uma cultura autoritária e num marcante etnocentrismo<sup>527</sup> de grande parcela da sociedade que percebe sempre os crimes do “outro” e deseja para este “outro” toda a violência estatal, ao passo que, na menor tensão verificada, já clama pelos “seus” direitos. Isso demonstra que há uma clara e evidente percepção da existência de direitos e de limites a atuação estatal, mas que é influenciada por uma visão egoísta de enxergar que os direitos que pertencem a si não pertencem ao outro. Essa segregação social, construída por uma cultura escravagista que separava os cidadãos entre detentores de direitos e não detentores, marca severamente nossa cultura social e jurídica. Como referido, anteriormente, na célebre lição de Tocqueville, acerca da igualdade como capacidade de enxergar o outro como humano e, com isso, nutrir por este o mínimo sentimento de compaixão.<sup>528</sup>

Não é tarefa muito difícil traçar um paralelo a partir dessa visão com a defesa costumeira de um processo penal mais “efetivo”, mais rápido e mais repressivo. Pois esse processo é sempre para o “outro”. Associa-se a isso uma descrença evidente nos representantes eleitos, que, a bem da verdade, é sintoma do mesmo problema, pois a descrença é causada por uma percepção de incapacidade da sociedade de escolher bem os seus representantes, mas essa incapacidade, também, é sempre do “outro”. Não se ignora os grandes e graves exemplos de políticos envolvidos em atos de corrupção que justificam essa descrença de muitas pessoas, mas o ponto a ser avaliado é a outorga ao Judiciário, como poder imune a erros, dotado apenas dos interesses de defesa da sociedade e, com isso, se depositar tais expectativas e autorizar uma atuação despida de claros limites.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, que em diversos dos seus votos manifesta a necessidade de atender o clamor popular, o que será avaliado ao final deste trabalho, defende que *em qualquer Estado Democrático a política é um gênero de primeiro necessidade, mas as insuficiências da democracia*

---

<sup>527</sup> Etnocentrismo é uma visão do mundo onde o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é a existência. No plano intelectual, pode ser visto como a dificuldade de pensarmos a diferença; no plano afetivo, como sentimentos de estranheza, medo, hostilidade, etc. *in* GUIMARÃES ROCHA. Everardo P. **O Que é Etnocentrismo?** 5ª ed. Brasília: Editora Braziliense, 1988. P: 05.

<sup>528</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 207.

*representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas.*<sup>529</sup> Segundo o autor, a partir da segunda guerra mundial, o mundo se deu conta que a preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais necessita de um judiciário independente e forte. Soma a isso, um desencantamento com a política majoritária e a incapacidade de produzirem consenso em relação a determinados temas controvertidos.<sup>530</sup> A crise da classe política reforça a atuação do Judiciário, conforme refere Barroso: “*apesar de contrariar em alguma medida o conhecimento convencional em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que afetam ou paralisam o processo majoritário, cabe à suprema Corte ou ao tribunal constitucional assegurar o governo da maioria e a igualdade de todos os cidadãos.*”<sup>531</sup>

Não se ignora a necessidade de um judiciário independente e forte, mas imbuído da defesa dos Direitos Fundamentais, para conter atos abusivos de outros poderes. O problema é estar dotado de tal poder, de uma liberdade de atuação e agir amparado em supostas expectativas sociais para, justamente, realizar o inverso daquele seu papel constitucionalmente estabelecido. Em uma democracia, toda a manifestação de poder deve ser controlada, como define Marcelo Semer: “*sem limites, perde a democracia o próprio sentido. A situação é ainda mais grave no Judiciário, cuja função contramajoritária é não apenas esvaziada, mas invertida.*”<sup>532</sup>

No entanto, grande parcela da população não se vê ameaçada por esse risco, por não se sentir um destinatário possível dessa arbitrariedade que fomenta, ou, naquilo que já ensinava Tocqueville: *não há nada mais familiar ao homem do que reconhecer uma sabedoria superior naquele que o oprime.*<sup>533</sup> Contudo, conforme já referido este julgador é humano e, por assim ser, carrega suas imperfeições, seus medos, suas crenças, seus caprichos, enfim, toda a sua carga de elementos subjetivos e, com isto, não se pode

---

<sup>529</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. **Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p: 165.

<sup>530</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. **In Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p: 161

<sup>531</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. **In Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016..P: 160.

<sup>532</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento /** Marcelo Semer.– 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 109.

<sup>533</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões;** tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 12

comungar do ideal de plenitude de suas decisões, nem de bondade dos seus atos, dado ao perigoso flerte com ideais totalitários.

Para Ovídio Baptista da Silva, o Estado Totalitário eficiente é aquele no qual o executivo de chefes políticos, todo poderoso e seu exército de gerentes controlam a população de escravos sem a necessidade de coação, pois eles amam a servidão. Segundo o Autor, a tarefa de fazer com que tais escravos amem a servidão nos Estados totalitários atuais, está conferida aos ministérios de propaganda, diretores de jornais e professores.<sup>534</sup>

Portanto, é marca central de qualquer modelo autoritário a construção de um imaginário social que não compreenda o risco a que está exposto com a tolerância de medidas arbitrárias, ainda que em nome de um suposto bem comum. Ademais, há um gozo coletivo, com a punição, o crime vende, há um mercado de exploração da violência e que lucra com a exposição de vítimas e de acusados, a *espetacularização do processo penal*. O espetáculo tornou-se também um regulador das expectativas sociais, na medida em que as imagens produzidas e o enredo desenvolvido passam a condicionar as relações humanas: as pessoas influenciam no desenvolvimento e são influenciadas pelo espetáculo.<sup>535</sup>

A (pseudo) segurança cidadão e a vontade de punir, desencadeiam no *populismo punitivo*<sup>536</sup>, pois os governos passam a se manifestar e a atuar, quanto a aspectos de política criminal, em decorrência do que a população quer ouvir, ainda que o discurso ou medida sejam inteiramente irracionais e, até, tragam mais malefícios do que benefícios sociais.<sup>537</sup> O processo penal espetacularizado pode ser consequência ou causador de uma atuação que se pretenda guiar-se por supostas expectativas sociais.<sup>538</sup>

---

<sup>534</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P: 12

<sup>535</sup> CASARA, Rubens R. R, **Processo Penal do Espetáculo**: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 11.

<sup>536</sup> O populismo penal, como lembrou Garland, também depende da substituição do especialista pela voz popular e a indutora deste trabalho é fundamentalmente a mídia que, por intermédio das simplificações, reduz o grau de ambiguidade criado pelas incertezas. (in SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento / Marcelo Semer.— 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 110.)

<sup>537</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 338.

<sup>538</sup> Ademais, não se pode ignorar que este sistema processual se reproduz de modo inevitável no corpo social, que processa os casos a seguir sua lógica e desde logo promove rigorosamente a distribuição do acusado nos lugares mais baixos da curva de normalização para lhe impor precipitadamente a necessidade de correção. Nos dias de hoje, também é preciso reconhecer o importante papel que têm desempenhado os meios de comunicação na execução desta tarefa, pois sob a promessa de uma normalização ou moralização mais rápida e eficiente expõem amplamente os acusados à censura social, não só da localidade onde vivem, mas de todo o planeta. (in BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 152)

Quando os processos passaram a ser vivenciados pelas pessoas através de divulgações em tempo real de prisões, depoimentos, julgamentos e etc., os atores judiciais tornaram-se celebridades e flertaram perigosamente com as consequências da fama, sendo odiados e amados por suas decisões. Isso é uma lamentável realidade, mas uma situação da qual não se pode olvidar e da qual se precisa estar ciente para que, dentro desses novos arranjos, buscar uma efetivação de um processo penal pautado em garantias, pois como sustenta Jeff Ferrel: “*quando a política criminal é feita na mídia, quando os tribunais ecoam as expectativas criadas pela mídia, quando os policiais se apresentam para suas próprias câmeras, os criminologistas precisam encontrar maneiras de penetrar nessas dinâmicas, se quiserem humanizá-las.*”<sup>539</sup>

A publicidade das decisões judiciais e dos atos judiciais em maneira geral é uma conquista civilizatória, uma premissa de um modelo acusatório que visa a transparência e o controle.<sup>540</sup> Criticar a espetacularização não significa uma pretensão de retorno às penumbras do sigilo. O problema são as consequências dessa publicidade excessiva e espetacularizada. É importante que se consiga separar a fundamental importância de controle geral e difuso da opinião pública sobre a atuação do judiciário, inerente não só à publicidade dos julgamentos, como a motivação das decisões de uma submissão dos juízes a pressões resultantes de sondagens junto à população para se fazer crer que a sociedade *quer* determinada decisão. Para além do risco concreto de manipulação e falibilidade do resultado, isso acaba por suprimir a função jurisdicional, pois leva o magistrado a adotar como suas as escolhas adotadas, ilegitimamente, em outras instâncias.<sup>541</sup>

Outrora a publicidade teve de ser imposta como uma medida contrária ao segredo que era imposto pelos monarcas, sendo uma publicidade que procurava submeter uma pessoa ou questão a julgamento público, tornando as decisões políticas sujeitas à revisão perante a instância da opinião pública. No entanto, hoje, a publicidade se impõe com a ajuda de uma secreta política dos interesses: ela consegue prestígio público para

---

<sup>539</sup> FERREL, Jeff. **Criminologia Cultural: Um convite**. Trad. Álvaro Oxley da Rocha e Salah H. Khaled Jr. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Crime Cultura e Resistência; Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural, 2019. P:1243.

<sup>540</sup> Com base na publicidade os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e sobretudo do imputado e do seu defensor. Trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 567.)

<sup>541</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001.P: 80-81

uma pessoa ou questão e, através disso, torna-se altamente aclamável num clima de opinião não-pública.<sup>542</sup>

Atualmente, destaca Habermas: “os processos penais que são suficientemente interessantes para serem documentados e badalados pelos meios de comunicação de massa, invertem, de modo análogo, o princípio crítico da “publicidade”, do tornar público; ao invés de controlar o exercício da justiça por meio dos cidadãos reunidos, serve cada vez mais para preparar processos trabalhados judicialmente para a cultura de massas dos consumidores arrebanhados.”<sup>543</sup> Isso desloca o espaço decisório, o debate acerca do caso penal para fora do processo, se torna uma discussão pública, onde o convencimento das pessoas acerca do caso é feito de fora para dentro do processo, de modo que não há como imaginar que isso não condicione a atuação do julgador.

De forma diferente do processo penal tradicional, no âmbito do qual se assegura (ou deveria assegurar), a paridade de armas entre acusação e defesa, o processo paralelo difundido na mídia é superficial, emocional e muito raramente oferece aos envolvidos igualdade de oportunidade para expor seus pontos de vista.<sup>544</sup> Como sustentou Geraldo Prado: “os procedimentos ganham valor exclusivamente formal, de modo que a publicidade leva a um modelo autoritário de exercício de poder”.<sup>545</sup> Por outro lado, o conhecimento da atividade do Judiciário é tido como um direito do cidadão. Sendo os magistrados prestadores de um serviço público, é imprescindível que haja transparência. Já que só a publicidade permite a crítica social sobre uma atividade adequada que se legitima não pela origem democrática de seus exercentes mas pelo caráter racional de suas decisões.<sup>546</sup>

A publicidade pode então ser compreendida como indispensável para a justificação concreta do exercício do poder jurisdicional. De modo que não há uma relação necessária entre a publicidade e a opinião pública. A vagueza conceitual do termo “opinião pública” desautoriza que possa servir de critério para aferição da legitimidade

---

<sup>542</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. . 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P. 241

<sup>543</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. . 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003..P 242

<sup>544</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do *Marketing* Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) **Curso Modular de Administração da Justiça** . São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64

<sup>545</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. P: 163.

<sup>546</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do *Marketing* Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) **Curso Modular de Administração da Justiça** . São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64

das decisões judiciais. Estas não se legitimam pela possível concordância de maiorias contingentes, mas pela potencial aceitação de todas as pessoas que, sem coação de qualquer espécie, analisassem racionalmente o caso. Conforme conclui, Paulo Mário Canabarro Trois Neto: *“Como representante argumentativo do povo, o juiz tem o dever de exercer sua atividade sem se deixar influenciar por pressões externas, pois está vinculado apenas ao direito.”*<sup>547</sup>

Dessa forma, pode-se compreender que não seria a publicidade um problema em si, mas sim as consequências que disto poderão advir e se tornar causa de outros elementos que podem ser potencializados com a ampla divulgação de casos penais e acompanhamentos em tempo real. Os efeitos dessa exposição na “opinião pública” e os efeitos desta na atuação do Magistrado é que merecem especial atenção. A definição desta “opinião pública” é o primeiro ponto problemático, pois não raras vezes acaba representando a opinião de alguém ou de uma opinião difusa, na opinião de uma maioria bem determinada.<sup>548</sup> Ademais, quando a opinião pública é considerada como expressão de uma sociedade em seu conjunto, converte-se numa espécie de mito político a que se pode recorrer como justificação das medidas adotadas por quem a invoca.<sup>549</sup>

A garantia da publicidade das decisões não pode ser associada ao problema de decisões guiadas por uma suposta “opinião pública”, entretanto, a publicidade não pode ser confundida com espetacularização. Não se pode tratar como sinônimo a garantia das partes e interessados em ter acesso ao conteúdo das decisões com o debate em tempo real através da grande mídia acerca de elementos envolvendo processos penais em andamento. A publicidade das decisões judiciais constitui um dos elementos fundamentais na definição e estruturação de um modelo acusatório<sup>550</sup>, no entanto uma publicidade abusiva além dos pré-juízos que pode causar no imaginário judicial acerca de um caso que será chamado a decidir, pode violar a própria presunção de inocência ao estigmatizar o indivíduo suspeito ou acusado como o culpado pelo fato que ainda pende de julgamento definitivo. Portanto, não se confunde o direito das partes de conhecerem os atos processuais e a decisão judicial com um debate público sobre os termos de um

---

<sup>547</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial*. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) *Curso Modular de Administração da Justiça*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64.

<sup>548</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial*. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) *Curso Modular de Administração da Justiça*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64.

<sup>549</sup> POPPER, Karl. *Public Opinion and Liberal Principles*. Em *Conjectures and Refutations*. 2ª edição. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965. P. 347.

<sup>550</sup> Ver LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 93.

processo penal. Logo, a publicidade garante a não existência de qualquer tipo de segredo para as partes no processo, seja acusador ou defesa. É um típico caso de segredo no plano externo, cujo objetivo é limitar a publicidade abusiva e o bizarro espetáculo dos meios de comunicação.<sup>551</sup>

A Publicidade deve ser alçada a categoria de princípio, para doutrinadores, como René Ariel Dotti, que se amparam no dispositivo constitucional do Art. 93, IX da Constituição Federal, que consagra formalmente o princípio da publicidade como aspecto essencial à validade dos atos judiciais, sendo um desdobramento natural do caráter comunitário que deve ter o processo penal nos regimes democráticos.<sup>552</sup> Entretanto, no novo contexto de uma sociedade hiperacelerada e espetacularizada, a publicidade ganha outros contornos, o que redimensiona seu papel e sua importância. Então, não se trata de uma defesa do sigilo, mas apenas que se possa compreender o *princípio da publicidade*, a partir de algumas premissas fundamentais. Primeiramente, entender a dimensão garantista da publicidade, que deve se dirigir à proteção do cidadão diante do Estado e, nesse sentido, obrigar o Estado, na prática de seus atos, a providenciar a publicação destes, seja durante a realização ou quando da conclusão. No entanto, importante destacar, que esse entendimento não significa a defesa de que o Estado deva sempre conferir uma publicidade ampla e irrestrita aos atos praticados, pois, se assim for, em nome de obedecer tal garantia, acabará, na verdade aniquilando-a.<sup>553</sup>

Se compreende assim, o princípio da publicidade como elemento multiplicador da justiça, à medida que aumenta o controle do ato, sem, no entanto, perceber que a amplificação desvirtuada de tal princípio é também causa que confere maior capacidade de castração à civilização, à medida que dimensiona os estigmas decorrentes do processo penal.<sup>554</sup> Isso tudo ganha contornos ainda mais problemáticos num contexto de difusão massificada e instantânea das informações, sejam por meios radiofônicos, televisivos e, principalmente, pela internet. Como sustenta Bernardo Montalvão Varjão de Azêvedo *a revolução pós-moderna do princípio da publicidade exige não apenas a máxima divulgação da informação, mas também a*

---

<sup>551</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 456.

<sup>552</sup> DOTTI, René Ariel. Princípios do Processo Penal. **Revista dos Tribunais**. vol. 687/1993 | p. 253 - 269

<sup>553</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. **Revista dos Tribunais** | vol. 898/2010 | p. 423 - 478 | Ago / 2010 | DTR\2010\253

<sup>554</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. **Revista dos Tribunais** | vol. 898/2010 | p. 423 - 478 | Ago / 2010 | DTR\2010\253

*máxima velocidade desta. Isto ocorre porque, na sociedade pós-moderna, a informação é a nova moeda de troca da sociedade, do que se pode inferir que a televisão é meio de produção capitalista. Portanto, diante da necessidade de informações em tempo real, a publicidade torna-se o melhor veículo para o consumo da informação, ao passo que a velocidade constitui uma garantia de satisfação do cidadão. Cidadão que, em verdade, tende a desaparecer e a se transformar num novo agente social: o consumidor.*<sup>555</sup>

A esse novo consumidor, um novo produto: o crime. A violência como produto publicitário, atrai a atenção, vende, movimentando discussões e ideias. Cenas de crimes sendo divulgadas nas redes sociais, programas cobrindo operações policiais em tempo real, tudo isso evidencia o quanto esse produto é recebido pelo consumidor. Como advertia Debord: *desde que a arte morreu, sabe-se que é muito fácil disfarçar policiais em artistas.*<sup>556</sup> Por outro lado, ao passo que traz entretenimento e informação demonstrando a ampla variação e o elevado número de crimes, também gera um grande temor social, a sociedade consome o produto e se aterroriza com este, o que passa a exigir respostas mais imediatas e firmes por parte dos agentes públicos, na velha definição da pena (ou do processo penal) como um instrumento de vingança social.<sup>557</sup>

Nesse contexto, o papel da grande mídia a partir da exposição de uma grande cifra de crimes em suas programações passam a qualificar cotidianamente certas leis de brandas ou defasadas, bem como a rotular determinadas instituições de ineficazes. Esta imagem produzida será fatalmente introjetada como verdade, reverberando em medo e insegurança que, por sua vez, conduzirão à fragilização dos vínculos sociais e a demandas por respostas estatais mais duras.<sup>558</sup> Essa “cultura do medo” é altamente lucrativa, como define Christiano Fragoso: *o medo vende*. Segundo o Autor, há uma verdadeira propaganda para incutir o medo, feita de uma forma muito subliminar, como se fosse uma

---

<sup>555</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. **Revista dos Tribunais** | vol. 898/2010 | p. 423 - 478 | Ago / 2010 | DTR\2010\253

<sup>556</sup> DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. P: 228.

<sup>557</sup> Elmir Duclerc explica que: A pena, ainda que não justificada racionalmente, é explicada antropológicamente, como resquício de um processo evolutivo que acabou condicionando a humanidade racional a pensar a vida social em termos de mérito e vingança. Esses são, sem dúvida alguma, os vetores que determinam a compreensão básica da humanidade sobre o fenômeno da punição estatal. Diante da notícia de um delito horrendo, absolutamente ninguém, do mais ignorante ao mais culto dos juristas, escapa de pensar a punição como algo merecido pelo seu autor. (in DUCLERC, Elmir. Ensaio para uma Teoria Agnóstica do Processo Penal. In **Sistema Penal e Poder Punitivo**. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 191.)

<sup>558</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão**, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 232/233.

autoridade anônima, o que se apresenta muito mais eficiente. O medo é funcional para colocar as relações interpessoais em bases autoritárias. O medo leva precisamente àquilo que caracteriza a criação de *grupos de dentro* e *grupos de fora*, que conduz a exclusão social. A exclusão do outro é vista como necessária.<sup>559</sup>

O medo é o produto comercializado pela sensação constante do risco, a partir da qual se promove a dinâmica de eficiência, que será melhor explorada no capítulo seguinte. Alexandre Bizotto sustenta ser possível falar em uma *cultura do medo*, no qual o comportamento humano se define a partir do próprio medo. A partir da base estabelecida na cultura do medo, se reproduz táticas de manipulação deste e sua constante disseminação. Em termos de processo penal, essas estratégias acabam por disseminar a sensação de insegurança, de impunidade, de violência, para o favorecimento de interesses políticos, sociais ou econômicos, como para a promoção de mudanças legislativas mais repressivas ou, ainda, uma atuação jurisdicional nesta lógica.<sup>560</sup>

Se propaga um discurso de não coexistência de enfrentamento da criminalidade com os direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão, a atuação pública em matéria de política criminal que não for autoritária não parece legítima, nem suficiente. Conforme já referido no capítulo anterior e que será mais aprofundado no tópico seguinte, a busca por uma suposta segurança é a justificativa perfeita para o autoritarismo e somente uma população tocada fortemente pelo medo irá almejar a segurança a qualquer custo. Daí a incorporação deste discurso como projeto político, bandeiras de candidatos fixadas no combate à criminalidade<sup>561</sup>, explorando o sentimento de medo por parte do “cidadão de bem” (conceito vago e extremamente seletivo, mas que pertence um amplo poder de identificação e penetração social, o que evidencia o número de seus adeptos). Portanto, como define Luiz Flávio Gomes: *a politização da segurança pública, da violência e do medo difunde a ideia de que tudo pode ser resolvido pela cultura do temor e do controle, que legitimariam mais intervenções punitivas*.<sup>562</sup>

---

<sup>559</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 273.

<sup>560</sup> BIZZOTO, Alexandre. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2015. P: 98.

<sup>561</sup> O sentimento de insegurança é manejado politicamente. As pessoas amendrotadas, acreditam em soluções mágicas e não percebem que a cadeia cumpre a função social de seleção e de tranquilização da população, que acredita que grande parte dos inimigos (distintos das pessoas de bem, ou seja, os estereotipados) lá se encontra recolhida. (in GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 89)

<sup>562</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 46

A busca por essa segurança decorrente desse medo do “outro” e do aprofundamento das diferenças sociais, tem levado que sejam intensamente exercidos os poderes postos à disposição do sistema penal, quais sejam: o de vigiar e punir. É precisamente por causa deste discurso do medo que seria justificada a investigação dos comportamentos dos outros, levando a uma sociedade de controle e desencadeando no fenômeno do grande encarceramento.<sup>563</sup>

Nesse ponto, importante a lição de Zygmunt Bauman:

A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale à escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre). Essa circunstância provoca nos filósofos uma dor de cabeça sem cura conhecida. Ela também torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos *outros*; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos *outros*.<sup>564</sup>

Os meios de comunicação em massa, como a televisão desempenharam e ainda desempenham papel fundamental na construção e solidificação dessa espetacularização do processo penal. A televisão pode ser vista como a arena romana dos dias atuais, pois ao passo que diverte a massa com a desgraça alheia, possibilita aos fatores reais de poder a manutenção dessa massa sob controle, por meio seus instrumentos anestésicos.<sup>565</sup>

Se no ambiente televisivo isso já se apresenta problemático, ganha contornos ainda mais delicados diante do fenômeno da internet, na medida em que não há como se estabelecer o mesmo controle que se efetiva sobre regras de publicação e limites na

---

<sup>563</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 317.

<sup>564</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. P: 24

<sup>565</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. **Revista dos Tribunais** | vol. 898/2010 | p. 423 - 478 | Ago / 2010 | DTR\2010\253.

propagação de algumas informações que existem sobre os canais de comunicação televisiva, impressa ou radiofônica com as informações que são divulgadas por qualquer pessoa em redes sociais.

Nos dias atuais, é uma marca da sociedade contemporânea a necessidade de exposição, de divulgar todos os acontecimentos cotidianos, o que acaba marcando, também, agentes de segurança pública, que transmitem ao vivo operações policiais, divulgam fotos de indivíduos presos e dividem com os seus “seguidores” e com o mundo a rotina de sua atuação profissional. No processo penal do espetáculo, o desejo de democracia é substituído pelo “desejo de audiência”.<sup>566</sup> É o *voyeurismo* social, operando na lógica de redução da complexidade (processual penal) e corroborando com o reforço da estigmatização penal.<sup>567</sup>

Tal fenômeno é sintoma da necessidade de espetacularização de nossas relações, como se o momento não fosse efetivamente real, se não pudesse ser compartilhado e divulgado, de forma muito similar ao que referiu Debord: *O espetáculo é o momento em que a mercadoria ocupou totalmente a vida social. Não apenas a relação com a mercadoria é visível, mas não se consegue ver nada além dela: o mundo que se vê é o seu mundo.*<sup>568</sup> Nesse contexto, o fascínio despertado pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé nas penas, tidas como remédio para todos os problemas, acrescidos de um certo sadismo, de vibrar com a pena impondo um sofrimento ao outro, tornam o julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento.<sup>569</sup> Ainda, nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa e Salah Khaled Jr. também denunciam a vinculação de uma exposição midiática com a rememoração do espírito de vingança<sup>570</sup>, já que “*não basta mais prender e punir. É preciso ostentar o preso, destruir sua reputação [...] o que os policiais não se dão conta é de que quando cometem alguma arbitrariedade e são*

---

<sup>566</sup> TIBURI, Márcia. **Olho de Vidro**: televisão e estado de exceção da imagem. São Paulo: Record, 2011. P: 18

<sup>567</sup> Num mesmo estratagema são assim consumadas quer as expectativas de voyeurismo social (por via de uma focagem da informação na exposição do crime), quer as expectativas de redução da complexidade (por via de uma leitura estereotípica da criminalidade). In MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 43.

<sup>568</sup> DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. P: 30.

<sup>569</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 11.

<sup>570</sup> Nesse sentido, também, Luiz Flávio Gomes destaca que: “O sofrimento ou a humilhação (sobretudo midiática) do criminosos (do inimigo, que às vezes é apenas um suposto criminoso) gera prazer equivalente à satisfação do crédito (prazer proporcionado pelo “direito” de vingar.” (in GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 91)

*flagrados, ocupam o mesmíssimo lugar dos que prenderam antes. A lógica é de produtos criminais*”<sup>571</sup>, que visam criar no expectador a satisfação de eficiência do sistema de justiça.

O destaque exagerado que é dado à criminalidade, resulta em uma sensação difusa de impunidade, o que se traduz no apoio a políticas criminais repressivas. Disso resulta, não apenas, o endurecimento da legislação, mas a criação de uma cultura jurídica com a qual o juiz penal, ao invés de uma aplicação racional da lei, acaba por tomar parte na ideologia de combate ao crime a qualquer custo.<sup>572</sup>

A complexidade do fenômeno “violência” e “criminalidade” é reduzido de forma extremamente irresponsável por alguns comunicadores, políticos e, até mesmo, profissionais da área de segurança pública, como se o endurecimento de penas e uma política repressiva por parte dos agentes policiais e judiciários fossem, por si só, elementos capazes de exterminar a criminalidade e possibilitar o “retorno” da tranquilidade. Marcelo Semer trabalha a partir das ideias de Cavadino e vê nas sentenças grande parte da responsabilidade pelo aumento massivo do encarceramento e destaca que não se deve desprezar o encorajamento da condenação severa por parte da mídia, que seguidamente classifica os juízes como “soft” e políticos que promovem políticas e legislações imbuídas na ideologia da lei e da ordem.<sup>573</sup>

A ode ao passado, traz um saudosismo de um tempo em que as relações sociais eram totalmente distintas e tenta culpar a evolução civilizatória e a fundamental observância dos direitos e garantias como fatores que justificam o aumento da criminalidade. O mito das “portas abertas”<sup>574</sup> ilude com uma segurança utópica e reduz a complexidade da discussão, fazendo parecer que apenas um Estado mais forte pode conter a criminalidade. Isso é mais um sintoma da já explorada nos capítulos anteriores, tradição autoritária, que explica um verdadeiro *fetichismo autoritário* de grande parcela da sociedade, que pode ser compreendida na forma como a sociedade se relaciona com a ditadura

---

<sup>571</sup> ROSA, Alexandre Morais; Khaled, Salah. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P: 107

<sup>572</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) Curso Modular de Administração da Justiça. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64.

<sup>573</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento** / Marcelo Semer. – 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 63.

<sup>574</sup> As portas abertas. Suprema metáfora da ordem, da segurança, da confiança: “As pessoas dormem de portas abertas”. Mas tratava-se, no sono, do sonho das portas abertas; ao qual correspondia na realidade cotidiana, de olhos abertos, e principalmente para aqueles que gostava, de ficar de olhos abertos e sempre atentos para perceber e investigar e julgar, um sem número de portas fechadas. (In SCIASCIA, Leonardo. **Portas Abertas**. Trad. Mário Fondelli, Rio de Janeiro: Rocco, 1990. P: 25.

instaurada no Brasil em 1964. Há uma tentativa perversa de negar o ocorrido. O que representa uma fé no exercício da força como solução para os mais diversos problemas. A heroização de personagens como o Capitão Nascimento, evidenciam este ideal autoritário. Personifica o Estado que se torna ilegal no objetivo de combater ilegalidades.<sup>575</sup>

Essa (criada) sensação de impunidade e a busca compulsiva por segurança leva a uma demanda por controle penal mais efetivo. Gravita uma vontade de punir, perceptível claramente nas plateias de filmes como *Tropa de Elite*, em rotineiros exemplos de linchamentos de batedores de carteiras, além da eleição de figuras emblemáticas de autoritarismo penal.<sup>576</sup>

Como exemplo desse fenômeno, é possível mencionar o fato do Coronel Ubiratan Guimarães, acusado pela morte de 111 presos no famoso massacre do Carandiru, se valeu do número “111” para buscar uma cadeira na assembleia legislativa do Estado de São Paulo, em 1997, ficando como suplente. Em 2001, restou condenado a 632 anos de prisão, pela morte de 102 dos 111 detentos. Em 2002 se elegeu deputado estadual com mais de 50 mil votos, novamente, com o número “111” na cédula.<sup>577</sup> Outro exemplo, foi no Estado do Paraná, onde o polêmico deputado, Sargento Fahur, conhecido por pregar tolerância zero aos “bandidos” foi o deputado mais votado nas eleições de 2018, com mais de 314 mil votos. Esses são apenas dois de tantos fatos que se percebem nas últimas eleições, do quanto o discurso autoritário de combate a criminalidade vem resultando na eleição de diversos políticos para os mais variados cargos.

A repercussão disto no campo político possui alto potencial, o que se percebe a partir de candidatos, de todas as ideologias partidárias, não somente se sentem compelidos a incluir reclames punitivistas destas *opiniões públicas e publicadas* em sua pauta eleitoral, a fim de não cair no desprestígio midiático e na impopularidade, como, também, a ativar a chamada produção legislativa em matéria penal, visando obter respaldo eleitoral com a tranquilização simbólica da coletividade.<sup>578</sup> Daí, sendo um

---

<sup>575</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 133.

<sup>576</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 337.

<sup>577</sup> <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/06/condenado-a-623-anos-por-massacre-coronel-ubiratan-foi-absolvido-e-assassinado-em-2006.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2020.

<sup>578</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 241.

importante elemento de obtenção do prestígio social, pautas populistas, em matéria penal, não há como negar o papel influenciador disso, também, na atuação de julgadores.

A crescente sensação de insegurança (causa e efeito da espetacularização que clama cada vez mais por notícias que tenham como objeto a violência), acaba por desnortear a racionalidade do cidadão que passa a consentir com a barbárie praticada pelo Estado. Ou seja, o cidadão não apresenta a mesma revolta diante da cena de um policial que atira “pelas costas” de um preso que tentava fugir da prisão. Mais do que isso, o cidadão não se sensibiliza diante da tortura diária decorrente da superlotação carcerária. É como se a opinião publicada estivesse conduzindo o cidadão a entender que aquele que não colaborar com o Estado é conivente com a “marginalidade”.<sup>579</sup>

Na obra, *Populismo Penal Midiático*, a autora Debora de Souza de Almeida, realizou ampla pesquisa a partir da sessão “carta dos leitores” do jornal zero hora, na qual pode se constatar uma amostragem significativa da crença generalizada na impunidade e na aposta das respostas repressivas<sup>580</sup>. Chama a atenção a mensagem de H.A.E, empresário, de Porto Alegre, no dia 22.06.2010, quando referiu que: “*rigor da lei. Um juiz que não prende um bandido deveria ser condenado à mesma pena que este quando o mesmo cometer algum crime em liberdade. Deveria também ser obrigado a pagar indenização aos familiares da vítima. Com a punição as cadeias diminuiriam o número de presos em vez de aumentar. O juiz é pago para proteger os cidadãos.*”<sup>581</sup>

Percebe-se a partir desta mensagem que ecoava em diversas outras manifestações, a redução absurda da complexidade acerca de uma dimensão de processo penal, de direitos fundamentais e de papel do judiciário. A crença de que toda e qualquer prisão é legítima e toda e qualquer acusação é devida. Fruto de um pensamento infantil de *bem x mal*, leva a crer que o juiz que não condenou, deva ser condenado ele, pela pena que deixou de aplicar. Na visão de que a pena é sempre correta, merecida e justa. A condenação quando não chega no processo penal seria fruto de alguma espécie de

---

<sup>579</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. **Revista dos Tribunais** | vol. 898/2010 | p. 423 - 478 | Ago / 2010 | DTR\2010\253.

<sup>580</sup> No decorrer da pesquisa empírica, constatou-se que a mentalidade imperante não está arraigada aos postulados do direito penal mínimo, tampouco a uma política criminal em sentido amplo, de cunho preventivo, calcada em medidas de política social, mas perfilhada a uma política estatal eminentemente baseada na intervenção penal, mediante leis mais rigorosas e penas mais severas, no fito de otimizar o combate à delinquência e, desse modo, lograr a almejada segurança. (in GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático**: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 374)

<sup>581</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático**: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 339.

falcatrua, que afasta o sistema do ideal de justiça. Essa opinião, infelizmente, não é isolada e muito diz sobre o que se exige de um juiz, a partir de uma visão seletiva e autoritária do sistema penal.

Ricardo Giuliani Neto faz uma importante análise a partir da constatação de que o uma sociedade que questionada sobre temas como a preferência por *ditadura x democracia*, escolhe a ditadura, quando questionada sobre a pena de morte, apresenta índices de 85% de aprovação, questionada sobre a maioria penal é favorável ao encarceramento de crianças e adolescentes, não pode pretender outra coisa que prisões sumárias, restrição do direito de defesa e, muito menos, pretender um Estado Democrático de Direito repleto de garantias. As pretensões dessa sociedade, segundo o Autor, são de um Estado Policial capaz de oferecer-lhe o sangue nas páginas do jornal, do qual extraem os prazeres mínimos para suportar o cruel dia-a-dia.<sup>582</sup>

Certamente é preciso cautela para não incorrer na definição generalizante que tanto se denuncia criticamente, no entanto, não se pode negar que há no senso comum um ódio e uma permissão seletivos, quando se trata de prática de ilegalidades, ao mesmo tempo que há uma tendência maniqueísta de entender que se deve escolher do lado de quem se está: do bandido (indivíduo, supostamente, criminoso) ou do mocinho (estado policial), olvidando-se que esses papéis (diferentemente do cinema) nem sempre são assim tão bem demarcados. Nesse contexto se cria a ideia de que o juiz representa a continuidade do trabalho policial, como e fosse, *um centroavante de uma equipe na qual participam policiais militares, policiais civis, promotores, etc*<sup>583</sup>, o que torna inútil a função jurisdicional de atuar como um terceiro equidistante e imparcial.

Nesse cenário, as formas processuais e o processo penal em si, deixam de ser garantias dos indivíduos contra a opressão do Estado. Uma vez que não se deve existir limites à ação dos mocinhos contra os bandidos. A forma relegada a figura de mero detalhe, que pode ser afastado de acordo com a vontade de quem detenha o poder. Sob a

---

<sup>582</sup> GIULIANI NETO Ricardo. **Pedaços de Reflexão Pública**: Andanças pelo Torto do Direito e da Política. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. P: 60.

<sup>583</sup> A ideia de que o juiz possa representar uma continuidade do trabalho policial, uma espécie de centroavante de uma equipe na qual participam policiais militares, policiais civis, promotores etc, inutiliza por completo a função jurisdicional – de apreciar o conflito na posição de terceiro. Se fosse para coadunar e complementar os serviços de segurança pública, do Estado-administração, não haveria nenhuma necessidade de estabelecer os limites da lei nem mesmo a jurisdição, e, com ela, a independência. Bastaria permanecer com os atributos da disciplina, da conveniência e oportunidade, que a administração tem por balizas naturalmente. (in SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento / Marcelo Semer.– 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 287)

escusa de punir os “bandidos” que violaram a lei, os ditos “mocinhos”, também violam a lei, o que faz com que percam a superioridade ética, que deveria distingui-los.<sup>584</sup>

Não parece nem um pouco difícil visualizar como tudo isso influenciará a atuação de um Magistrado. Em qualquer ramo do direito é evidente o perigo existente de que o juiz deixe influenciar seus julgamentos pela opinião pública, seja para que possa ganhar notoriedade em tempos de celebridades instantâneas ou seja, pelo inverso, pelo receio à uma superexposição negativa.<sup>585</sup> Mesmo sendo uma possibilidade em todos os ramos do Direito, é inegável que em matéria de processos criminais, por toda a espetacularização midiática envolvendo violência, crime e processo penal isso se dê de forma mais grave. E no que tange à tentativa de se evitar uma exposição negativa de sua imagem, certamente, os Magistrados, ainda que inconscientemente, poderão se ver influenciados pela opinião pública. E a partir da lógica punitivista, é inegável o quanto, por exemplo, o juiz possa se ver receoso de libertar pessoas presas, mesmo quando não deveriam permanecer segregadas,<sup>586</sup> pelo temor da repercussão social negativa.

Em tempos de processos criminais em tempo real, a opinião pública passa a formar o seu convencimento sobre eventuais fatos em julgamento. Resultado disso é que o telespectador não pensa sobre a notícia, mas com a notícia, ou, ainda, pensa a partir da notícia. O apresentador de um telejornal (ou apresentador de programas televisivos que exploram o sensacionalismo) é guindado à qualidade de um paladino da justiça. Assim, a televisão (mídia em geral) acaba por manipular o princípio da publicidade, de sorte a adestrar as pré-compreensões dos intérpretes sociais.<sup>587</sup> O julgador também é um ser no mundo (Heidegger) e, com isso, será também influenciado pelos meios de comunicação<sup>588</sup>, seja de forma direta ou por meio da influência causada por estes na visão do sentido comum teórico<sup>589</sup>. Portanto, o juiz não estará imune aos apelos da mídia, são

---

<sup>584</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 13.

<sup>585</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial*. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) *Curso Modular de Administração da Justiça*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P: 439-64.

<sup>586</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 171.

<sup>587</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. **Revista dos Tribunais** | vol. 898/2010 | p. 423 - 478 | Ago / 2010 | DTR\2010\253.

<sup>588</sup> Maria Lúcia Karam, destaca que: Os julgadores não se distinguem dos demais habitantes do mundo pós-moderno, acostumados a apreender o real através da intermediação midiática. (in KARAM, Maria Lúcia. *O Direito a um Julgamento e as Liberdades de Expressão e Informação*. **Boletim IBCCRIM**, ano 9, n. 107, São Paulo, out. 2001. P: 03.)

<sup>589</sup> Para Warat, o sentido comum teórico orienta e contribui para a formação de todo o conhecimento científico, originando os condicionantes e determinantes da atividade científica e de seu produto. A

milhares de pessoas à procura da fama, o que pode levar o julgador a considerar apropriado merecer a atenção da mídia.<sup>590</sup> Seria o fenômeno do julgador *narcisista*, para quem aprecia suas poses, a câmera da Televisão (com julgamentos em tempo real) proporciona a mais recente versão da lagoa, na qual ele se deleita com a própria imagem, porém mais mágica que a mítica lagoa porque, além de refletir multiplica a imagem para próprio e alheio gozo. A isso não resistem nem mesmo os ministros do Supremo Tribunal Federal, em especial aqueles que possuem ego hiperplástico.<sup>591</sup> Luiz Flávio Gomes apresenta pesquisa do Instituto Pimenta Bueno (RJ), que no ano 2000 apontou que cerca de 60% dos juízes federais confirmaram a influência perturbadora dos meios de comunicação no seu trabalho,<sup>592</sup> esse número pós mensalão, lava jato e na era das redes sociais, certamente deve estar bem superior.

Como o tempo do processo penal se diferencia do tempo social<sup>593</sup>, a pena a ser, eventualmente, aplicada necessita da observância do necessário processo penal, ao passo em que a pena social é imediata e muitas vezes mais graves. A partir disso se pune sem processo, sem pune sem pena e sem limitação aos efeitos e consequências disso. Fruto de um processo penal espetacularizado e de uma atuação jurisdicional conduzida ou, no mínimo, influenciada por este espetáculo, resulta em uma espécie de *prevenção processual penal negativa*, o medo de ser exposto pela arbitrariedade de um processo penal serviria como inibidor de práticas delitivas. A partir, conforme sustenta Flaviane Magalhães: *justifica-se um julgamento ante factum, que busca prevenção geral, por meio de uma resposta imediata, e controle social, privando de liberdade o inimigo social aqui colocado como criminoso.*<sup>594</sup>

Isso é denunciado por Ferrajoli como uma *patologia judicial*, uma patologia que se evidencia a partir da possibilidade de utilização do processo para uma punição

---

dogmática jurídica não deixa de experimentar os efeitos do sentido comum teórico. (in WARAT. Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P: 35

<sup>590</sup> NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P: 194.

<sup>591</sup> DEL PINO, Dino. Do Sentido: Entre o Direito e a Mídia. In **Os Modelos de Juízes: Ensaio de Direito e Literatura**. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015. P: 03.

<sup>592</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 175.

<sup>593</sup> O tempo nesta órbita, dirá Ost, saiu do seu eixo. Não é mais o tempo da lógica duradoura, da expectativa. Do longo prazo passa-se ao curto prazo, e deste ao imediatismo. A era do efêmero é portanto característica das sociedades do tempo real, na qual a volatilidade do tempo impera. (in OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005. P: 327.)

<sup>594</sup> BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros. Processo Penal Cautelar: Remédio ou Veneno. In **A Democracia Sequestrada**. Organizador Jose Luis Bolzan de Moraes. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 210

antecipada, a intimidação policial, a estigmatização social, a perseguição política ou todos estes objetivos juntos. Não se dúvida que além da intenção elementar de persecução por parte dos instrutores, a sanção mais temível na maior parte dos processos nem é a pena, que muitas vezes pode ser leve ou nem ser aplicada, senão a difamação pública do imputado, que ofende de forma irreparável sua honra e suas perspectivas de vida e de trabalho. Se há um valor simbólico e exemplar no direito penal, este deve ser atribuído não tanto à pena como ao processo e, mais especificamente, à acusação e à amplificação que realizam, sem meios de defesa, a imprensa e a televisão.<sup>595</sup> Daí, a conclusão de Francesco Carnelutti, ao demonstrar que a justiça “*nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes.*”<sup>596</sup>

Isso se evidencia no cada vez mais frequente abuso da prisão preventiva no Brasil. Em sua banalização total. Em 2011 sobreveio uma nova legislação visando colocar a prisão preventiva como uma medida extrema, ao elencar um rol de cautelares diversas (previstas no Art. 319 do Código de Processo Penal) a serem aplicadas e, somente, na incapacidade ou inadequação destas, se poderia falar em uma prisão preventiva. Entretanto, o percentual de presos preventivos no Brasil não reduziu<sup>597</sup>, demonstrando, mais uma vez, que a cultura autoritária prevalece mesmo diante de determinadas mudanças legislativas. Isso resta ainda mais clarividente quando a própria decisão de uma prisão preventiva pode ser legitimamente justificada como uma *garantia da ordem pública*<sup>598</sup>, que evidencia um espaço de abertura legislativo a ser preenchido a partir da conformação social da decisão, funcionando como uma *panaceia para curar a ânsia da povo*.<sup>599</sup>

Assim, a *emergência*<sup>600</sup> exigida por parte de uma sociedade que compreende no decurso do tempo processual a impunidade, exige uma resposta imediata do Estado.

---

<sup>595</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 152.

<sup>596</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinali. Campinas, Bookseller, 2002. P: 45.

<sup>597</sup> Buscar dados do CNJ, números de presos cautelares em 2010 e 2020.

<sup>598</sup> Sobre o tema a lição de Christiano Fragoso: *Ordem pública é conceito bastante fluido, sem densidade normativa alguma, que pode ser facilmente moldado para justificar as prisões mais absurdas. Requisitos que referem a “garantia da ordem pública” constituem verdadeiros cheques em branco, dados pelo legislador ao juiz, para que imponha, a seu bel prazer, o encarceramento de presumidamente inocentes.* (in FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 328.)

<sup>599</sup> WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P: 163.

<sup>600</sup> Sobre o tema, Flaviane de Magalhães assevera: Ofuscando ou mesmo encobrindo qualquer possibilidade de desconstituição do juízo cautelar, que não está (teoricamente) vinculado à culpa, mas à emergência da resposta penal estatal. Confunde-se etapas e lógicas argumentativas discutindo-se responsabilização penal

Fauzi Chouckr analisa que essa necessidade de uma pronta resposta evidencia a face meramente propagandística do sistema repressivo que se vale da prisão como forma de satisfação pública, uma vez que a prisão fundamentada na garantia da ordem pública não visa apenas prevenir a reprodução dos fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face do crime e de sua repercussão, com o que acaba por conferir à prisão cautelar um indesejado colorido de pena antecipada e dando a esta uma finalidade meramente retributiva.<sup>601</sup>

Importante ter claro que um uso desmedido da prisão preventiva, subverte a lógica do processo penal, forma um juízo antecipado de culpa acerca do indivíduo que, não somente, passará a sofrer as consequências (reais) da (incerta) pena, como terá de lidar com o impacto na sua percepção de presumidamente inocente, quando já estiver preso, ou seja, o quanto isso condicionará a apreciação do julgador, ainda mais sendo o mesmo julgador, como funciona no sistema brasileiro. Ferrajoli, analisa criticamente o argumento utilizado por muitos defensores da prisão preventiva: o clamor social, a partir da ideia de que um delinquente a ainda não julgado não seja punido imediatamente. Analisa o autor que pode ocorrer que uma parte da opinião pública associe finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva, mas salienta que essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu o processo penal, que não se presta a uma defesa da maioria, mas sim, para a proteção, ainda contra a maioria, daqueles cidadãos que, não obstante sejam suspeitos, não podem ser ditos como culpados sem provas.<sup>602</sup>

Portanto, diante de um crime de repercussão, seja ele violento ou não, toda essa estruturação autoritária e esse imaginário punitivista clama por uma medida urgente, de modo a conceber a decisão de não decretação de prisão preventiva sempre com um lamentável sinal da impunidade do sistema judicial. Esse condicionante de expectativas faz com que a decisão de prender preventivamente, normalmente, necessite de menos fundamentação do que aquela que indefere pedido de prisão do Ministério Público ou decide sobre a soltura do Acusado. Há um controle social muito maior acerca das decisões de soltura se comparadas com a de prisão. Raramente se percebe manifestações públicas

---

(mérito do processo de conhecimento) ao invés de necessidade de medidas cautelares (cautelaridade penal). (in BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros. *Processo Penal Cautelar: Remédio ou Veneno*. In **A Democracia Sequestrada**. Organizador Jose Luis Bolzan de Moraes. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 210.)

<sup>601</sup> CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P: 150.

<sup>602</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 516.

ou significativos levantes em redes sociais em face da prisão de uma pessoa, se comparado ao que se verifica quando há uma soltura. É como se apenas o réu preso, seus familiares e amigos se revoltassem, enquanto no outro caso, todos aqueles que, muitas vezes até desconhecem os detalhes do caso, se revoltam com a “impunidade”. É a lógica do “todos” contra o “um”, que habita o imaginário social e judicial, em uma estrutura autoritária de justiça.

Por isso, como sustenta Binder: *Hoje a legitimação de uma decisão que se consegue através dos meios massivos de comunicação é muito mais efetiva que a precisão argumentativa de uma obra jurídica.*<sup>603</sup> Ou seja, a partir, do resultado, da exposição, do “agrado” social obtido pelo fato, toda e qualquer argumentação e construção jurídica restará enfraquecida, cairá para um segundo plano, pois o processo penal passa a atender à uma lógica de consumo<sup>604</sup>.

A dificuldade de lidar com aspectos garantidores dos direitos do acusado no âmbito de um processo penal espetacular, quando estes direitos já foram suprimidos pela mídia e pelas redes sociais é extremamente problemático. Isso porque a discussão se dá de maneira externa ao processo e a atuação do Magistrado é influenciada pela informação recebida extra autos e conduzida pela carga de expectativas sociais que lhe está sendo imposta, com a inflação do ego e atuação, ainda que inconsciente, visando os holofotes de aprovação da grande mídia,<sup>605</sup> sendo esse o cerne do problema como destaca Rui Cunha Martins: *A conflitualidade entre julgamentos pela imprensa e pelo direito é aqui que entronca. A ditadura do senso comum como agente municador de expectativas securitárias de lei e ordem também é aqui que entronca.*<sup>606</sup>

Insere-se essa problemática em um sistema que admite a atuação de ofício do julgador e insiste em um *livre convencimento*, ainda que motivado, dentro de uma cultura

---

<sup>603</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.** Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 46.

<sup>604</sup> Por conseguinte, sempre que a participação da maquinaria processual das expectativas no campo de direito se processa por intermédio do sistema de comunicação – e os *media* são hoje, de fato, o principal agente processador dessa interpenetração-, é frente a lógicas de consumo que o sistema jurídico se encontra. (*in* MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo.** São Paulo: Atlas, 2013; P: 42.).

<sup>605</sup> Certamente com ânsia espetacular cimentada na contemporaneidade, magistrados, promotores de justiça e delegados, inflados pelo ego, subliminarmente competem para ganhar os holofotes da mídia corporativa. Ganha quem mais se destaca naquele mês nos meios de comunicação, se possível, assumindo o papel de ventríloquo da mídia punitivista. (*in* BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal.** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P:21)

<sup>606</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo.** São Paulo: Atlas, 2013. P:34.

de conceber o Magistrado como apto revelador de uma “verdade” e estaremos diante de uma decisão guiada mais pela autoridade decisória do que pela qualidade de seus fundamentos e quando isso ocorre, a motivação desta decisão, certamente, veio de fora dos autos processuais.<sup>607</sup>

A prestação jurisdicional não pode se transformar em algo semelhante a um produto comercial que deve se ocupar de “conquistar” o jurisdicionado com as mesmas técnicas de propaganda pela qual as marcas de margarina fidelizam seus consumidores. Sendo a função judicante racional, não se pode perder essa racionalidade de vista na divulgação do trabalho do juiz. A maneira de comunicação com o público é um dos elementos que compõem o ambiente no âmbito do qual pode se constatar o grau de responsabilidade institucional da magistratura.<sup>608</sup>

O Poder Judiciário é acusado muitas vezes de estar distante da população<sup>609</sup>, seja pelo difícil acesso aos cargos, seja pela desnecessidade de sufrágio. Isso acaba resultando em alguns setores do Judiciário, mesmo entre aqueles defensores da democracia, uma reação que se caracteriza pela tentativa de produzir decisões judiciais que atendam à opinião pública, ou ao menos, aos anseios externados pelos meios de comunicação. Tem-se o populista judicial, guiado pelo desejo de agradar ao maior número de pessoas através das decisões judiciais, como uma forma de democratizar a justiça, mesmo que para isso seja preciso afastar direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico.<sup>610</sup>

No processo penal espetacular, surge um discurso construído para agradar às maiorias da ocasião, forjadas pelos meios de comunicação em massa, em detrimento da função contramajoritária de concretização dos direitos fundamentais.<sup>611</sup> Em matéria penal, o respeito às garantias constitucionais se vincula, equivocadamente, à um estímulo

---

<sup>607</sup> De qualquer forma, aquela parcela do “poder” que concorre com o “saber” na determinação das decisões judiciais conduz, inevitavelmente, a critérios de justificação externa. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 219.)

<sup>608</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial*. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) *Curso Modular de Administração da Justiça*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64

<sup>609</sup> Para José Renato Nalini: Na verdade, o Judiciário, durante muito tempo, permaneceu alheio à escancarada mutação nas expectativas da sociedade. Os demais Poderes acordaram antes, pois a sua proximidade com a mídia, com o povo, com todos os canais de manifestação da opinião pública favorece a intimidade com a dinâmica democrática. (*in* NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P: 23.)

<sup>610</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 127.

<sup>611</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 12

de impunidade,<sup>612</sup> geralmente se apresentam conformes à opinião pública dominante, as condenações e os decretos de prisão, associando comumente a justiça com condenação. Embora devesse ser óbvio, é preciso dizer que se pode alcançar a justiça com sentença de improcedências e decisões de solturas.<sup>613</sup> O que seria evidente a partir de um modelo garantista, de uma efetivação de um Direito Penal mínimo, concebido a partir da noção do processo como defesa dos inocentes.<sup>614</sup>

Entretanto, não é esse o modelo percebido e almejado por grande parcela da população, como define Rubens Casara: “Assim, o “bom juiz” construído/vendido por essas empresas de comunicação e percebido por boa parcela da população como herói passa a ser aquele que considera os direitos fundamentais como óbice à eficiência do Estado (ou do mercado).”<sup>615</sup> Marcelo Semer que realizou ampla pesquisa acerca do sentenciamento em casos de tráfico de drogas sintetiza isso, ao perceber os *sintomas antidemocráticos* dos juízes brasileiros, sinalizando: 1) o abandono da natureza contramajoritária, em prol de uma atuação populista, a reboque da opinião cristalizada na classe média; 2) a submissão autoritária a desembargadores; 3) a intolerância a quem viola valores convencionais; 3) a simplificação da realidade; 4) o pensamento etiquetador; 5) e entre outros aspectos, a adesão à dureza da lei e ordem – mais ordem do que lei.<sup>616</sup>

A ideia de “defesa social” e de “combate a criminalidade” por meio do processo penal é ilógica, a crença de que seja possível “salvar a população” ou “o Estado” mediante a aplicação de uma punição, ainda que contrária a lei, é despida de qualquer sentido, como adverte Rui Cunha Martins: “É falsa a ideia de que o Estado de Direito seja salvo por cada vez que o sistema penal pune um poderoso ou um corrupto convicto; por mais que custe à chamada “opinião”. O Estado de Direito só é salvo de

---

<sup>612</sup> No processo penal do espetáculo, os fins justificam os meios, não causa surpresa, portanto, os ataques de parcela da magistratura ao princípio da presunção de inocência, apontado como uma das causas da impunidade. (in CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 13)

<sup>613</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) Curso Modular de Administração da Justiça. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64

<sup>614</sup> A certeza perseguida pelo Direito Penal mínimo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 103.)

<sup>615</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 26.

<sup>616</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento** / Marcelo Semer.– 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 289.

*cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal; o contrário disto é populismo puro e alimenta o desnorte dos próprios contestatários.*<sup>617</sup>

Pensamentos contrários, ou seja, que creem na solução simples a ser alcançada por um (simplificado e instantâneo processo penal) representam a velha crença na solução dos problemas sociais a partir do direito (e do processo) penal, conforme sustenta Wacquant: “*como se a severidade dos juizes fosse por si próprias, e como por mágica, abrir de par em par as portas da escola, do emprego e da participação cívica*”, é a antiga crença que o direito penal pode resolver todos os problemas, acreditando que o sistema possa: *restaurar pela força a legitimidade de um poder político que sua política econômica e social desqualifica aos olhos daqueles mesmos que o sistema penal deve capturar em seu colimador.*”<sup>618</sup>

Guiados pelas supostas expectativas sociais, o discurso é usado como defesa do povo (coletivo e abstrato) em detrimento do réu (indivíduo e concreto). A massa como um *consumidor libidinal de expectativas*<sup>619</sup> serve a esse projeto autoritário. Não custa recordar que essa é uma marca de todo e qualquer regime totalitário, seja a Alemanha nazista ou a Itália fascista, são exemplos de Estados de Direito que tiveram a vontade do povo como argumento favorito para o uso arbitrário do poder.<sup>620</sup> E mais do que isso, tiveram em grande parte da população, o apoio para os atos que foram praticados. Como define Foucault: *É preciso ouvir a exclamação do Reich: não, as massas não foram enganadas, em determinado momento elas efetivamente desejaram o fascismo.*<sup>621</sup> Em que pese batizado na Itália, diversos movimentos semelhantes surgiram no pós-guerra, com a

---

<sup>617</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P:77.

<sup>618</sup> WACQUANT, Lóïc. **As Prisões da Miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. P: 131.

<sup>619</sup>A massa, o grande número, com quem desde sempre o Estado de direito manteve um “diálogo de surdos”, é em contrapartida o ambiente natural do capitalismo e do capitalo-fascismo, é o objeto de culto retórico do capital-parlamentarismo, é o alvo da *media* e é um libidinal consumidor de expectativas; as atuais cadeias de protestos e agitações antissistema, ao envolverem o coletivo em fase de passagem ao ato capaz de prescindir de mecanismos jurídico-formais de toda a ordem, colocam o Estado de direito perante um dos seus mais decisivos momentos maquiavélicos. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 102.)

<sup>620</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 130.

<sup>621</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 18ª ed. Trad. R. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003. P: 77

mesma receita de voluntarismo, pouca reflexão e violência contra os tidos como inimigos.<sup>622</sup>

Não deveria existir uma relação necessária entre a publicidade e a opinião pública, pois o dever judicial da independência e imparcialidade deve afastar qualquer subordinação do exercício da jurisdição em face de juízos de terceiros, por mais numerosos ou poderosos que o sejam.<sup>623</sup> Que o juiz tenha consciência do grau de relevância de seu papel para a consolidação dos ideais democráticos e arque o custo de sua impopularidade<sup>624</sup> para fazer valer sua função precípua. Fundamental a lição de Rubens Casara quando afirma que *paradoxalmente, os atores jurídicos mais covardes, aqueles que têm medo de decidir contra a opinião pública(da), o que para atender ao “desejo de audiência” violam a lei e sonegam direitos fundamentais, são elevados à condição de heróis.*<sup>625</sup>

Não se pode olvidar que o Estado na figura do juiz é o responsável pela efetiva defesa dos direitos de todos os envolvidos na questão penal, não podendo ignorar seu papel de defesa dos direitos do indivíduo acusado e agir guiado apenas por uma pretensa satisfação às vítimas do fato criminoso.<sup>626</sup> O culto à vítima determinada é essencial para a condução do medo para todas as demais, o que resulta no pânico moral que clama por essa atuação imediatista, eficientista e punitivista.<sup>627</sup>

Como bem define Cappelletti: *Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como*

---

<sup>622</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 97.

<sup>623</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) Curso Modular de Administração da Justiça . São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64

<sup>624</sup> Se o processo é potencial ruptura com a ordem estabelecida. Havendo que se optar entre, de um lado, a condenação de uns quantos corruptos que, em nome de punições exemplares solicitadas pela turba, abane a legitimidade processual, introduza entorses ao regime da prova e permita acoplagens intersistêmicas sobre a decisão, e, de outro, o risco da impopularidade de um processo afinal incapaz de resolver situações para as quais de fato não está e nem que estar talhado e que, em abono da verdade, lhe vêm ter às mãos depois de produzidas em contextos sistêmicos diferentes do seu, é melhor escolher a impopularidade. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo.** São Paulo: Atlas, 2013; P: 105).

<sup>625</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p, 14.

<sup>626</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) Curso Modular de Administração da Justiça . São Paulo: Conceito Editorial, 2012. P.: 439-64

<sup>627</sup> O que os pânicos morais trarão, com eficiência, é, primordialmente, a ideia de generalização. Ou seja, o culto à vítima determinada é um ponto essencial para a condução do medo para todas as demais. A própria criação do inimigo interno compreende a necessidade de que as pessoas se sintam na condição daqueles que devem ter medo. (in SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento / Marcelo Semer.**— 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 109)

vimos, significa também a participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia.<sup>628</sup> Com isto, obviamente que o processo penal recebe influência da opinião pública, demonstrando a efetiva participação do povo na construção desta, o que representa uma democracia. Mas, não se pode olvidar que a democracia, principalmente a processual<sup>629</sup>, deve ser compreendida como um sistema político que recebe a sua força e sua legitimidade da pessoa humana singular, assim, o seu significado deve ser precisamente o de valorizar a pessoa humana em qualquer momento da complicada teia dos institutos processualísticos que só terão um significado se considerados na sua finalidade política e jurídica de garantia do supremo valor que não pode ser sacrificado por questões de utilidade: o homem.<sup>630</sup>

De nada adianta a busca por delinear contornos de um Estado Democrático de Direito, que deveria manifestar seus objetivos por meio de um processo quando, na esfera processual, o processo deva atender a “graus de aceitação social”, a fim de incrementar a sua legitimidade.<sup>631</sup> O uso do argumento da *agitação social* com fins normativos, representa uma perigosa faceta de um Estado de Exceção. O Poder Judiciário ao pretender usar tais elementos como justificadores de suas decisões necessita se reformular e ter bem claro os limites e sentidos dessa atuação<sup>632</sup>, pois o que se percebe hoje, é o uso de jargões e expressões retóricas vagas visando apego popular mas sempre no sentido de restrição dos direitos individuais, o que não é compatível com nenhum modelo processual penal vigente em uma democracia. Se percebe uma sensação (por vezes incorporada em discursos e em decisões judiciais) de que quando não se aplicou

---

<sup>628</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 107.

<sup>629</sup> Necessário, advertir que a atuação do juiz no procedimento não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio contraditório, isto é, a verdadeira democracia processual. (in ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático. Crítica à metástase do controle social.** 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 71/72.)

<sup>630</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal.** Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974. P.195.

<sup>631</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 560.

<sup>632</sup> Precisa a lição de Rui Cunha Martins, quando afirma que: *Ora, há todas as razões, historicamente fundadas, para desconfiar da utilização do argumento da “agitação social” com fins normativos. Entendo-a como uma variante do “estado de exceção” e um perigoso introito a formas pontuais deste último. Por isso, se é ambição estimável que o sistema jurídico escute o sistema social, convirá que ele se prepare devidamente para a função – que aprenda a trabalhar sobre a fronteira entre ambos, que se munície dos instrumentos usados em casos que tais, que perceba o que politicamente está em jogo nessa atividade demarcatória.* (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo.** São Paulo: Atlas, 2013. P:47)

uma punição ou uma prisão foi fruto de entraves impostos pela legislação, como se houvesse no Magistrado uma pré-disposição punitiva que não pode ser efetivada.

É importante superar tais elementos usados como legitimadores da decisão, pois a legitimidade da jurisdição em um sistema garantista não estará vinculado a nenhum consenso majoritário nem a uma investidura representativa do juiz.<sup>633</sup> Pois não se pode, mesmo ciente da valorização de uma democracia participativa, admitir que a opinião pública, disponha de forma deliberada sobre toda e qualquer questão processual, pois isto seria abrir um perigoso precedente de dominação das classes mais poderosas, além de outros interesses que ganhariam força na legislação processual penal.

Como explica, Luigi Ferrajoli:

Para justificar as decisões que concluem um juízo penal não basta – se se aderir a uma posição garantista – que tenham êxito ou que genericamente “satisfaçam” as funções de prevenção e de segurança, que igualmente são próprias do direito penal. Nem basta que recebam o consenso da comunidade. Nem uma amplíssima maioria e nem sequer a totalidade dos consentidos podem justificar que se aceite como pressuposto de uma decisão penal uma tese não provada ou não submetida à prova. Não se pode sacrificar a liberdade de um homem, de quem não se tenha verificado a responsabilidade penal no interesse e na vontade de todos.<sup>634</sup>

Para evitar que o processo penal caia nesta cilada de almejar conformações sociais, é fundamental o resgate da dimensão garantista do processo penal, o que exige o reconhecimento da necessidade de modificação da pré-compreensão dos atores jurídicos, de modo a afastá-los da tentação populista,<sup>635</sup> pois é preciso ter claro que o processo é uma garantia e, como define Rui Cunha Martins, *qualquer instrumento de garantia tem de começar por ser capaz de erguer barreiras, desde logo, sobre o desbragamento do*

---

<sup>633</sup> Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade ou o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso ou vice-versa. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 501)

<sup>634</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 69

<sup>635</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 14.

*grande número.*<sup>636</sup> Ou seja, a garantia é dos direitos de todos, também contra uma suposta vontade popular.<sup>637</sup> Uma sistemática de garantias visa a redução destes espaços de arbítrios: o direito como a proteção ao débil, ao mais fraco. Mas, como salienta Amilton Bueno de Carvalho: *O problema centra-se no fato de que é o juiz quem controla o próprio sistema de garantias que visa proteger o cidadão do arbítrio do próprio juiz.*<sup>638</sup>

### 3.2 Expectativas Políticas – O Julgador a Serviço de Interesses de Governo:

O poder jurisdicional se insere dentro de um dos poderes públicos e está permeado por influências políticas. Como define Dinamarco: *“O exercício da jurisdição e a sua promessa solene têm, portanto, esse expressivo significado político de enérgica afirmação da soberania.”*<sup>639</sup> Conforme já traçado no primeiro capítulo a separação dos poderes é fundamental para o necessário equilíbrio democrático, o que exige um judiciário independente dos demais poderes. Somente em uma era democrática é possível se falar em um judiciário independente.<sup>640</sup> Entretanto, uma independência não pode representar um absolutismo judiciário, uma supremacia inquestionável. Mas então, o judiciário deve obediência aos poderes executivo e legislativo? Deve estar em consonância com estes? Ou deve seguir acreditando ser sua missão atender expectativas sociais? A resposta a estas questões não é tarefa simples. Um judiciário não pode estar a serviço de outros poderes, mas precisa encontrar um fundamental equilíbrio para não se ver acima dos demais.

Mais do que apenas a expressão do poder político, a jurisdição saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela “visa à realização da justiça a cada

---

<sup>636</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo.** São Paulo: Atlas, 2013; P: 69.

<sup>637</sup> Essa concepção comunitária tem de ser invertida. Uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos também contra esta vontade popular. ( *in* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 63.)

<sup>638</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 44

<sup>639</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 117.

<sup>640</sup> Como sustenta Dallari: Isto é fruto de uma era democrática, pois as ditaduras de todas as espécies são contrárias à independência da magistratura, pois os governos totalitários não podem tolerar limitações de qualquer natureza em seus atos DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 49.

caso” chega ao momento de que, com mais precisão indicar os resultados que, mediante, o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida em sociedade.<sup>641</sup>

A atuação jurisdicional será sempre uma atuação política, mas o ponto principal a ser avaliado no presente tópico busca dialogar com a já denunciada matriz autoritária do processo penal brasileiro. Avaliando como o Judiciário se portou diante de graves rupturas democráticas e de evidentes violações aos direitos fundamentais, demonstrando uma nítida atuação de submissão aos demais poderes, em especial ao executivo. A hipótese a ser demonstrada é que esse protagonismo judicial, essa atuação buscando atender supostos anseios sociais não se demonstrou em períodos ditatoriais, nos quais uma atuação do Judiciário em conflito com os demais poderes poderia se justificar na defesa dos direitos individuais.

O caráter político da jurisdição não é um problema em si, diante da inegável e inevitável relação entre estes<sup>642</sup>, como adverte Ferrajoli: *“que é ilegítimo, pois altera a jurisdição em sentido político-administrativo, é o poder de disposição, gerado pela colocação substancialista e decisionista do sistema e não, sem dúvida, os argumentos políticos ou substancialistas com os quais é exercido e controlado.”*<sup>643</sup>

Por óbvio que a atuação do judiciário como a de todos os poderes será distinta em um período democrático do que em um momento ditatorial. Ou, como leciona Amilton Bueno de Carvalho: *“o Judiciário começa a ter importância quando a democracia chega. Em momentos ditatoriais o Judiciário não tem a menor significância, porquanto vira apêndice legitimador do dono do poder.”*<sup>644</sup> Mas uma atuação jurisdicional que se veja atendendo expectativas de um determinado governo, seja este eleito pelo povo ou não, será sempre um grave problema.

O problema político do processo penal se sintetiza nisto, ou se trata de um instrumento autoritário utilizado para a desinfecção social, com a eliminação dos sujeitos

---

<sup>641</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 193.

<sup>642</sup> A repulsa do caráter político do juízo é, com efeito, fruto de um equívoco: confunde os espaços estruturais de arbítrio, deixados em aberto no ordenamento pela carência de garantias, com o débil remédio oposto diante deles. Na realidade, o que é ilegítimo, pois altera a jurisdição em sentido político-administrativo, é o poder de disposição, gerado pela colocação substancialista e decisionista do sistema e não, sem dúvida, os argumentos políticos ou substancialistas com os quais é exercido e controlado. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 166)

<sup>643</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 166.

<sup>644</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 21

antissociais ou de um meio de que o Estado se serve em homenagem a um critério de justiça retributiva, para determinar a culpa de um sujeito acusado da prática de um delito e, portanto, para garantir além do domínio da culpa, o espaço de liberdade.<sup>645</sup>

Dessa forma, a atuação jurisdicional em um regime totalitário está inserido dentro dessa lógica de pensamento, pois, onde flutua a bandeira dos regimes políticos de caráter totalitário, todas as articulações e objetivos do processo são animados pela ideia de que a sociedade de classe deve ser defendida destes comportamentos antissociais dos indivíduos<sup>646</sup>, o que faz com que, por decorrência lógica, toda a legislação processual penal e toda atuação jurisdicional esteja dirigida a este fim.

Ao se referir a uma atuação jurisdicional em consonância com os interesses de Estado, obviamente que se trata de um período ditatorial, na medida em que uma democracia constitucional não há espaço para estas indevidas submissões. Em uma democracia constitucional sempre se opera a defesa das liberdades individuais. Não há nenhuma constituição democrática que não pressuponha a existência de direitos individuais, que não parta da ideia de que em um primeiro momento vem a liberdade dos cidadãos e só depois o poder do governo, que os cidadãos constituem e controlam através de suas liberdades.<sup>647</sup>

Em uma era totalitária a defesa dos direitos individuais é relegada a um segundo plano, em nome da defesa do coletivo. Mas, importante, destacar, como leciona Geraldo Prado que: “*o autoritarismo, todavia, expressava-se pela superioridade do coletivo sobre o individual, mas o “coletivo” não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado.*”<sup>648</sup> Nesse ponto, importa destacar que não é possível uma superação de um regime totalitário sem o abandono de tais práticas, mas para isso é fundamental compreender a gravidade dos episódios que precisam ser lembrados para que não sejam repetidos. Entretanto, comumente se negam episódios de graves violações aos direitos, o que normaliza a sua reincidência e relativizada a sua gravidade.

É sempre importante rememorar tais episódios, a memória pode ser uma forma de evitar a repetição de tragédias, pois permite resgatar, obviamente que não sem

---

<sup>645</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974. P.210.

<sup>646</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora., 1974. P.317.

<sup>647</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. P.130.

<sup>648</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.P:25

dor ou traumas, a história, pois a maior injustiça seria enterrá-la e junto com ela a possibilidade de se rever e se responder por erros cometidos. Daí a relação entre memória, história, direito e justiça.<sup>649</sup> Como destaca Vanessa Schinke: “*Ainda que a memória seja sempre seletiva, é possível que, diante de um discurso justificador, os recursos utilizados para a construção de uma narrativa sejam manipulados.*”<sup>650</sup> Ou como sustenta Zaffaroni: “*A perda de memória histórica é um dos mais conhecidos recursos para impedir a crítica e permitir a reincidência dos mesmos erros.*”<sup>651</sup> No Brasil da segunda década do século XXI o período ditatorial parece estar esquecido, quando um Ministro, então presidente do Supremo Tribunal Federal reluta em tratar o episódio de 1964 como um golpe, preferindo chamar de movimento.<sup>652</sup> Tal definição conceitual é sintomática de uma tentativa de diminuir a gravidade dos acontecimentos e de permitir o reaparecimento dos ideais que o legitimaram. Fato é que um regime totalitário baseado na supressão e restrição de direitos fundamentais não se sustenta sem o apoio do judiciário e, até mesmo, sem o apoio ou, no mínimo, aquiescência de grande parcela da população.<sup>653</sup>

Episódios históricos são diversos a demonstrar a submissão do judiciário a determinados regimes. Como um dos principais, é possível destacar, já nos primeiros anos da República, o “aviso” do Presidente da República ao STF: “*Se os juízes do tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei que amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão.*”<sup>654</sup>

---

<sup>649</sup> CHUEIRI, Vera Karam. Direito, História e Memória: Ainda há Juízes em Berlim (?). In **Os Modelos de Juízes: Ensaio de Direito e Literatura**. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015. P: 142.

<sup>650</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 02.

<sup>651</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P: 29

<sup>652</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/toffoli-diz-que-hoje-prefere-chamar-ditadura-militar-de-movimento-de-1964.shtml>

<sup>653</sup> Os períodos ditatoriais e os governos de exceção sempre contaram com grande apoio popular ou de uma classe dominante. Acerca do nazismo na Alemanha, Rui Cunha Martins sustenta: Basicamente, se o fascismo não foi a primeira opção da maioria dos empresários e homens de negócio, a maioria deles preferiram-no às alternativas possíveis naquelas condições específicas de 1922 e 1933: o socialismo ou um sistema de mercado disfuncional. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Aditados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 74.)

<sup>654</sup> Nos primeiros anos da República, o STF já foi submetido a um severo teste. O advogado Rui Barbosa impetrou habeas corpus em favor de generais que haviam se rebelado contra a deposição de governadores pelo presidente da República, o marechal Floriano Peixoto, e que por isso estavam presos. Algumas das detenções ordenadas pelo presidente ocorreram antes de decretado o estado de sítio e depois de vencido o prazo da suspensão das garantias constitucionais. Entretanto, o relator do caso, ministro Costa Barradas, concluiu que o Supremo não poderia intervir numa questão essencialmente política. Apenas um ministro, Pisa e Almeida, votou pela concessão do habeas corpus, os demais consideraram que o Tribunal não tinha competência para julgar o ato do presidente. Dias antes de um julgamento de um novo habeas corpus impetrado por Rui Barbosa, correu notícia de que o Presidente da República, Floriano Peixoto, teria se antecipado a uma improvável derrota e vaticinado: “Se os juízes do tribunal concederem habeas corpus aos

Nos tempos modernos as mensagens acabam sendo enviadas por outros meios e em outras tonalidades, mas não perdem o sentido de um “aviso” aos bons entendedores. Fato recente se deu às vésperas de um julgamento de Habeas Corpus impetrado pela defesa do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, à época preso em decorrência de sentença condenatória confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O Habeas Corpus questionava a constitucionalidade do entendimento do STF à época, sobre a possibilidade de execução provisória da pena, ou seja, início do cumprimento de pena após decisão de segunda instância. Na noite anterior ao julgamento, duas postagens do Comandante Geral do Exército, General Eduardo Villas Bôas em uma rede social (tweeter) chamaram a atenção, na primeira ele destacou: *“Nessa situação que vive o Brasil, resta perguntar às instituições e ao povo quem realmente está pensando no bem do País e das gerações futuras e quem está preocupado apenas com interesses pessoais?”* E na segunda, enfatizou: *Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais.*<sup>655</sup>

A comparação dos episódios se deu pelo decano do STF, Ministro Celso de Mello que viu na fala do General uma clara infringência a separação dos poderes e comparou o fato ao do então presidente Floriano Peixoto. Questionado sobre as postagens, o General confirmara que sentia que a população estava em seu limite e que pretendia "intervir" caso o Supremo Tribunal Federal concedesse Habeas Corpus ao ex-presidente Lula, naquele julgamento de abril de 2018: *“Temos a preocupação com a estabilidade, porque o agravamento da situação depois cai no nosso colo. É melhor prevenir do que remediar”*<sup>656</sup>

Algumas atuações foram mais claras e diretas, visando um Supremo Tribunal Federal de acordo com os pensamentos do regime, o governo dava um claro sinal para todos os juízes. Getúlio Vargas, em 1931, reduziu salários dos Ministros e acabou demitindo seis deles por decreto.<sup>657</sup> Encerrado o Estado Novo, com a deposição da

---

políticos, eu não sei que amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão.” In RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas:** O STF e a Ditadura Militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 10 – 13.

<sup>655</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/na-vespera-de-julgamento-sobre-lula-comandante-do-exercito-diz-repudiar-impunidade.shtml>.

<sup>656</sup> <https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/villas-boas-calculou-intervir-stf-hc-lula>

<sup>657</sup> Em 1931 durante o governo provisório de Getúlio Vargas, foram reduzidos os salários dos ministros e seis deles acabaram demitidos por decreto: “Considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com suas funções por moléstia, idade

ditadura Vargas no ano de 1945, foi restabelecido na Constituição de 1946 um sistema liberal democrático, representativo e federativo, baseado no equilíbrio e na independência dos poderes. Porém, a realidade política desde os primeiros anos da república era conturbada, o que reservou ao tribunal situações-limites em que armas falavam mais alto que leis. Não foram poucas vezes em que “razões de Estado”, como disse Barradas em 1892, ou a “nudez da verdade”, citação lembrada pelo ministro Nelson Hungria em 1956, se sobrepuseram à legislação e encontraram guarida num Supremo cujos poderes e competência estavam muito aquém do que a Constituição de 1988 viria a lhe reservar.<sup>658</sup>

No entanto, veio novamente o regime militar e com ele o Ato Institucional n. 2, ampliando o número de Ministros, permitindo ao presidente nomear livremente mais cinco integrantes para o Supremo Tribunal Federal. Sem o sucesso esperado, fora necessária uma medida mais grave, com a promulgação do Ato Institucional n. 5, que suspendeu garantias dos Magistrados e fechou as portas do Supremo para *habeas corpus* por crimes políticos e contra a Segurança Nacional.<sup>659</sup>

Mesmo com todo o terrível aprendizado que o período ditatorial apresentou, falar em aumento de Ministros do Supremo, não é coisa do passado. O presidente Jair Bolsonaro quando da campanha eleitoral, falou que uma de suas propostas era aumentar o número de Ministros de 11 para 21, de modo a poder colocar ele dez ministros “isentos”.<sup>660</sup> O mais assustador não se limita ao fato de um, então, presidencialável ter tido

---

avançada e outros de natureza relevante.”, o governo aposentou o presidente do tribunal, ministro Godofredo Cunha (que completaria 71 anos), Edmundo Muniz Barreto (prestes a completar 67 anos), Pires e Albuquerque (66), Pedro Mibielli (64), Pedro dos Santos (64) e Germiniano da Franca (61). Não houve reação institucional do Supremo, fosse pelo clima de incerteza diante das mudanças políticas, fosse porque não é da tradição nem função do Judiciário fazer protestos, fosse porque os ministros entendiam que sua função era apenas cumprir a lei. O ministro Hermenegildo de Barros foi o único a protestar em plenário, na sessão seguinte, na qual elegeram um novo presidente da Corte, acentuou que a partir daquele dia o Supremo perdera sua independência e passaria a viver exclusivamente da magnanimidade do governo. (*in* RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 15).

<sup>658</sup> RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 17

<sup>659</sup> Ato institucional n. 2, ampliou o número de ministros do Supremo e permitiu que o Presidente da República nomeasse livremente mais 5 integrantes que se juntariam aos que haviam chegado ao tribunal pelas mãos de presidentes anteriores. Getúlio Vargas havia reduzido o tribunal, Castelo Branco tratava de aumentar, mas o objetivo era o mesmo: tentativa de aparelhar o Supremo e torna-lo mais dócil. Sem o sucesso esperado e em virtude da pressão contínua e em virtude da pressão da lima dura, o STF voltaria à pauta do governo militar, dessa vez de forma radical. O AI 5, baixado pelo presidente Costa e Silva suspendeu a garantia constitucional da vitaliciedade dos magistrados, permitiu ao presidente da república cassar direitos políticos e mandatos eletivos e fechou as portas do Supremo para os *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional e contra a ordem econômica e social. *in* RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 22).

<sup>660</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/07/bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-supremo.shtml>

a tranquilidade de falar isso, mas sim o fato disso ser uma proposta para conquistar eleitores e o fato de ter sido eleito com esta bandeira.

Sobre o Ato Institucional n. 5, também vaga como uma ameaça rondando o Brasil em pleno século 21, como foi possível perceber na declaração do filho do presidente, o deputado federal e líder do governo na câmara, Eduardo Bolsonaro, afirmando que se a *esquerda radicalizar o caminho será um novo AI-5*.<sup>661</sup> O episódio ronda com frequência preocupante a fala do governo brasileiro. Um dos principais ministros do governo Bolsonaro, Paulo Guedes, também afirmou em entrevista que as pessoas não deveriam se assustar caso houvesse um pedido por um novo AI-5.<sup>662</sup> Entretanto, o tema nunca fora enfrentado nos bancos escolares da forma devida, tanto que uma pesquisa demonstrou que 65% da população desconhece o que fora o AI-5.<sup>663</sup>

Voltando ao período da ditadura militar, com aposentadorias e cassações de ministros, o Supremo passou a contar com apenas um ministro que não fora indicado pelos militares, Luiz Galloti, o que deixou o tribunal absolutamente comprometido. A partir de então o Supremo tornou-se espectador. Os ministros assistiam ao aumento dos casos de tortura nos governos Médici (1969-1974) e Geisel (1974 a 1979). Incrédulos, alguns ministros, buscavam saídas laterais, como excessos de prazos nas investigações para reverter prisões arbitrárias sem com isso confrontar os militares.<sup>664</sup> O STF tinha um fundado receio de que suas decisões não fossem cumpridas se enfrentassem o governo. Tomar uma decisão e ver o governo contrariá-la seria esvaziar o Supremo, o que levava Ministros a não experimentar esse conflito. O que, a bem da verdade, já esvaziara o Supremo, apenas não houve uma exposição pública disso, se optou por tentar uma aparência de normal funcionamento.<sup>665</sup>

---

<sup>661</sup> <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/31/eduardo-bolsonaro-fala-em-novo-ai-5-se-esquerda-radicalizar.htm>

<sup>662</sup> [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459\\_017981.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459_017981.html)

<sup>663</sup> Pesquisa Datafolha publicada nesta quarta-feira (01/01/2020) pelo Jornal "Folha de S. Paulo" mostra que 65% dos entrevistados nunca ouviram falar do Ato Institucional nº 5, o AI-5, uma das principais medidas da repressão adotadas pela ditadura militar (1964-1985). Outros 35% disseram ter ouvido falar. O levantamento do Datafolha ouviu 2.948 pessoas em 5 e 6 de dezembro em 176 municípios de todas as regiões do país. A margem de erro é de 2 pontos percentuais para mais ou para menos e o índice de confiança é de 95%. O conhecimento sobre o AI-5 cresceu desde o levantamento anterior, feito 11 anos antes, novembro de 2008. Naquela ocasião, 82% afirmaram nunca ter ouvido falar do AI-5, enquanto 18% disseram já ter ouvido falar. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/01/65percent-desconhecem-ai-5-diz-datafolha-35percent-ja-ouviram-falar.ghtml>

<sup>664</sup> RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 23.

<sup>665</sup> Os casos de tortura não chegavam ao Supremo porque os agentes do Estado eram investigados pela violência. Aportavam no tribunal os processos em que os advogados contestavam a confissão de crimes por partes de seus clientes, militantes de esquerda capturados pelos órgãos de repressão governamentais e submetidos a sessões de choque, afogamento, pau de arara. A repetição desses casos fez o tribunal

Como o Supremo poderia convalidar os atos de tortura praticados durante o regime militar? Como seria possível sustentar uma corte constitucional que chancelasse tais práticas? O que se via no tribunal era uma espécie de cálculo pragmático. Houve tortura? Houve. O preso confessou em razão da violência? Sim. O tribunal vai absolvê-lo? Não. O Supremo mantinha as condenações, mas aplicava penas que já estavam cumpridas. Assim, não entrava em conflito com militares.<sup>666</sup>

A tortura é um ponto emblemático de uma análise que envolva um sistema de justiça em um regime ditatorial, na medida em que não há como se estabelecer um aceitamento desta prática com os mínimos preceitos que sustentam uma democracia constitucional amparada em qualquer mínimo limite civilizatório. Por isso ela precisa repousar em uma visão autoritária que relegue a um segundo plano os direitos individuais e sustente a necessidade de defesa do todo. Essa lógica de uma defesa do coletivo é terreno fértil para práticas autoritárias, dentre elas, a tortura.

O que torna a tortura atraente é o fato de que ela funciona ao fim a que se destina. O preso não quer falar, apanha e fala. É sobre essa simples constatação que se edifica a complexa justificativa da tortura pela funcionalidade. O que há de terrível nela é sua verdade. O que há de terrível nessa verdade é o sistema lógico que nela se apoia valendo-se da compressão, num juízo aparentemente neutro, do conflito entre dois mundos: o do torturador e de sua vítima. Tudo se reduz à problemática da confissão. Quem melhor explicitou esse reducionismo, na visão da hierarquia, foi Ernesto Geisel: *“Acho que a tortura em certos casos, torna-se necessária, para obter confissões.”*<sup>667</sup> Um judiciário conivente com práticas de tortura não pode se justificar como um judiciário que atue em defesa da sociedade ou mesmo do coletivo, pois como adverte Elio Gaspari: *“É falsa a suposição segundo a qual a tortura é aplicada em defesa da sociedade. Ela é instrumento do Estado, não da lei. Pertence ao episódio fugaz do poder dos governantes e da noção que eles têm do mundo, e sobretudo de seus povos.”*<sup>668</sup>

Havia, por óbvio, uma negativa geral acerca da tortura, relativizada, tratada como “técnica de investigação”, o governo do palácio para fora negava e o judiciário fingia não ver. Como se pode perceber na nota do planalto, no Jornal do Brasil, em 14 de

---

estabelecer, pouco a pouco, uma jurisprudência. Em todo o Judiciário, porém, os torturadores figuraram como agentes intocáveis. (in RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 51).

<sup>666</sup> RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 56.

<sup>667</sup> GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. P: 37.

<sup>668</sup> GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. P: 25.

maio de 1970: “*não há tortura em nossas prisões. Também não há presos políticos. Essa intriga, na sua desfaçatez, busca gerar discórdia entre nações democráticas, amigas e aliadas, estancar o fluxo de investimentos no país, em uma palavra, enfraquecer o Brasil e com isso enfraquecer a comunidade de nações livres. Porém, inequivocamente, de grupos esquerdistas, inclusive infiltrados em órgãos estrangeiros e em agências internacionais que, muito bem dirigidos por chefia perfeitamente identificada, agem em uníssono, nos vários quadrantes do globo.*”<sup>669</sup>

Durante todo o regime militar esse foi o tom do governo para com o Supremo Tribunal Federal, um recado claro e direto de que precisavam da Corte para fazer valer a “defesa do povo” e que aqueles que não estivessem de acordo, seriam considerados inimigos do povo e, portanto, sem condições de exercerem o cargo. Foi assim, também, com Castelo Branco. A mídia, que também era controlada pelo regime, também convalidava as atuações e pedia a cassação de ministros considerados inimigos do regime, no caso, aqueles que haviam sido nomeados por João Goulart.<sup>670</sup>

Houve uma certa “preservação” aparente do Supremo pelo regime militar. Ou seja, mesmo com todos os recados e ameaças a Corte seguiu funcionando. Mesmo com toda a ameaça e com todas as dificuldades, a partir da obra de Felipe Recondo, pode-se concluir que o Supremo impediu que maiores atrocidades fossem cometidas. Os anos que se seguiram, mostraram aos militares que, para chegarem aos objetivos que almejavam, seria preciso violentar novamente o STF. Se a ideia, com o AI-2, era empacotar a corte, infiltrando julgadores de ideologia simpática ao governo, o resultado ficou aquém do desejado pela linha dura. Dizia-se que o aumento do número seria para neutralizar a influência daqueles considerados adversários da revolução. Mas se enganaram, porque os cinco nomeados chegaram lá e passaram a votar de acordo com os outros ministros nos processos políticos, confirmou o ministro Evandro Lins e Silva.<sup>671</sup>

---

<sup>669</sup> GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. P: 287.

<sup>670</sup> Castelo Branco ao assumir visitou o STF e fez um discurso deixando um recado muito claro, de que os militares foram às ruas para manter a legalidade e fariam o que fosse preciso para isso. No dia seguinte a visite de Castelo Branco, o jornal Estado de São Paulo publicou um editorial pedindo a cassação de dois ministros do STF. Assim, diretamente, a despeito da Constituição e das garantias que todo país civilizado reserva aos Magistrados. “O caudilho (João Goulart) sabia perfeitamente o que fazia quando colocou o Sr. Hermes Lima entre os principais magistrados da nação e, ao seu lado, com a mesma incumbência de traição, esse outro líder da baderna chamado Evandro Lins.” Publicou o jornal. “Não se concebe, por isso mesmo, a permanência desses dois cidadãos no Supremo Tribunal da República” sentenciou o Estadão. (*in* RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 83)

<sup>671</sup> RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 121.

No entanto, Vanessa Schinke, possui uma visão um tanto diferente acerca do assunto, para ela é falaciosa a ideia de que “*o Poder Judiciário passou desavisada e passivamente pelo regime autoritário (1964-1985) apenas reforça o núcleo autoritário dessa instituição, prejudicando, em efeito cascata, o projeto constitucional de cidadania que parte da força emancipadora do direito*”<sup>672</sup> Ao ser incitado em 1967 a se manifestar sobre um conflito entre o AI-2 e a Constituição recém promulgada, o Supremo “perdeu” a oportunidade de declarar inválido aquele texto normativo, o que representou um recado para todo judiciário de que aquela *legalidade autoritária*, era conforme a Constituição, conferindo-lhe, portanto, um status constitucional.<sup>673</sup>

Contudo, o que permite uma percepção de que, em que pese, ter sido um agente importante na estruturação e manutenção do regime ditatorial, o Supremo e, portanto, o Judiciário, conseguiram conter alguns atos pretendidos pelo governo, é a visão dos próprios militares de que erraram na manutenção de alguns ministros. Um dos principais colaboradores da ditadura militar na área jurídica, o advogado Francisco Campos foi quem convenceu Costa e Silva a preservar um dos poderes, no caso o judiciário. Mas, ainda em 1964 Francisco Campos teria procurado Costa e Silva e reconhecido que erraram, Costa e Silva então disse ao Conselho de Segurança Nacional que não errariam mais: “*Nós íamos naquela ocasião, eliminar alguns ministros, mas o dr. Francisco Campos sugeriu não o fazermos, para preservar, pelo menos, um dos poderes. Mas os homens que lá ficaram e que deveriam ter sido aposentados, ou cassados, ou afastados naquela ocasião, não se comportaram de acordo com a devida dignidade com relação à revolução.*”<sup>674</sup>

Portanto, as expectativas estavam traçadas, o que se esperava de cada um dos Ministros e, por conseguinte, de cada julgador criminal. A consequência para quem

---

<sup>672</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 208.

<sup>673</sup> O Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir se o Ato Institucional n. 2 prevaleceria sobre a Constituição de 1967. O questionamento decorria do Inquérito Policial n. 2-GB, que tinha como um dos réus o ex-presidente João Goulart. A dúvida que chegara ao Supremo era se, para julgar, o ex-presidente prevaleceria a competência da justiça comum, conforme o AI-2, que tinha vigência até 15 de março de 1967, ou do próprio STF, com base na Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967. O Supremo, em que pese, dizer que se tratava de uma mera questão de competência, entendeu por válida a norma editada no AI-2. Com isso, a legalidade autoritária foi alçada ao patamar constitucional. O STF enviava uma mensagem ao restante do Poder Judiciário, que no exercício das funções de controle de constitucionalidade e da legalidade, deveria ser ignorado o vício autoritário imanente da legislação. A partir desse momento, o Judiciário alinhava o exercício de suas atribuições à natureza autoritária do projeto a ser implantado. *In* SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 145

<sup>674</sup> RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018. P: 174.

ousasse atuar em contrariedade ao que se esperava era a cassação, aposentadoria ou outras medidas mais graves. Com isso, inexistiu um normal funcionamento de um Judiciário quando este se vê tendo que atender às expectativas do governo. Como sustenta Ferrajoli: “o princípio da razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto do Estado moderno de direito. De tal forma, quando ela intervém – como no direito penal de emergência – para condicionar as formas da justiça, ou, pior, para orientar um concreto processo penal, não existe mais jurisdição, porém outra coisa: arbítrio policesco, repressão política, regressão neoabsolutista do Estado a formas pré-modernas.”<sup>675</sup> A permeabilidade concreta do judiciário aos princípios autoritários e a manutenção do paradoxal discurso de que a prestação jurisdicional continuava regida por princípios democráticos resultou na criação de uma arena jurídica que atuava como uma peneira social, em que grupos não elitizados e não identificados com o projeto autoritário sofreram abusos das mais variadas ordens, inclusive por meio da chancela judicial a atos que sequer obedeciam ao devido processo legal e à mínima concretização dos princípios da igualdade e da liberdade.<sup>676</sup>

Todas essas práticas somente se sustentam a partir de um ideal de guerra, de necessidade de um combate.<sup>677</sup> Não por outra razão, pois não haveria como se sustentar e se legitimar os acontecimentos de um regime ditatorial sem a fundamentação na doutrina da segurança nacional. O discurso da defesa social, das forças armadas vinha da Roma antiga: “A segurança pública é a lei suprema”, ele desemboca nos porões da ditadura: “Contra a pátria não há direitos”, informava uma placa pendurada no saguão dos elevadores da polícia paulista. Sua lógica é elementar: o país está acima de tudo, portanto, tudo vale contra aqueles que o ameaçam.<sup>678</sup>

Não por acaso a Escola Superior de Guerra e a Doutrina da Segurança Nacional foram os alicerces sob os quais o judiciário pode sustentar decisões que legitimavam o regime e meio pelo qual o governo exteriorizava a função que esperava

---

<sup>675</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 751.

<sup>676</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 161.

<sup>677</sup> Sobre a relação do discurso de guerra e da utilização do processo penal, Ricardo Gloeckner e Augusto Jobim referem que: Essa guerra, que como qualquer outra não possui fundamento jurídico, mas político, afasta do Processo Penal da compatibilidade com qualquer fundamento jurídico, pois este passa a atender (ou pretender) propósitos de erradicação da criminalidade. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Editora Champagnat – PUC-PR; Porto Alegre, RS: Edipucrs, 2013. P: 357

<sup>678</sup> GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. P: 17.

ser desempenhada pelo Poder Judiciário.<sup>679</sup> O judiciário não apenas acolheu a ideia geral de subversão criada pelo regime autoritário, como utilizou esses conceitos na fundamentação das suas decisões. Os termos cunhados pela Doutrina da Segurança Nacional foram articulados como se fossem conceitos jurídicos válidos, a fim de, falaciosamente, atender ao dever democrático de fundamentação das decisões.<sup>680</sup>

Havia, portanto, um inegável controle por parte do governo daqueles que exerceriam a função jurisdicional<sup>681</sup> e aqueles que conseguiriam mais facilmente uma ascensão na carreira<sup>682</sup>, pois ao passo em que a DSN foi decodificada para ser utilizada como substrato à aplicação do direito, os membros do judiciário puderam criar expectativas de ganhos pessoais, proliferando famílias judiciais e colonizando uma instituição pública.<sup>683</sup>

Conforme já trabalhado em tópico anterior, essa marca autoritária está enraizada na doutrina jurídica e no judiciário brasileiro, a complacência com ilegalidades destinadas a determinados grupos de pessoas é um grave sintoma de um judiciário que não se amolda aos ditames democráticos constitucionais. Em uma era democrática os valores legalmente insculpidos devem ser defendidos. O fascismo não precisa de uma “marcha” espetacular sobre alguma capital para se instalar, basta-lhe uma decisão aparentemente anódina de tolerar um tratamento ilegal dos inimigos. Eis por que é possível encontrar sinais de advertência ameaçadores em situações de paralisia política frente a uma crise, conservadores ameaçados em busca de aliados mais duros, dispostos a prescindir do devido processo e do império da lei e que buscam apoio de massas

---

<sup>679</sup> Em 1963, a Escola Superior de Guerra publicou um trabalho destinado ao estudo da legislação relacionada com a segurança nacional, a fim de propor modificações para assegurar bases para a aplicação do poder militar na superação, redução ou neutralização das pressões dominantes. Nesse documento, ao lado dos demais poderes, o judiciário aparece com a tarefa de “promover políticas de desenvolvimento da segurança nacional.” In SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 69.

<sup>680</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 146.

<sup>681</sup> A documentação disponível no Arquivo Nacional indica que o monitoramento da justiça comum do Rio Grande do Sul, feito pelo Serviço Nacional de Informações, ia desde a vida pregressa dos candidatos inscritos no concurso público para o cargo de juiz até o perfil dos desembargadores que assumiam cargos de chefia no Tribunal de Justiça. In SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 110.

<sup>682</sup> Vanessa Schinke realizou vasta pesquisa acerca do Judiciário do Rio Grande do Sul de modo a evidenciar a ascensão na carreira por parte daqueles magistrados que se amoldavam aos interesses do regime militar. Ver SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 118 – 123.

<sup>683</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 109.

mediante a demagogia nacionalista e racista.<sup>684</sup> Como sustenta Rubens Casara: *Os vários fascismos também sempre tiveram a necessidade de um inimigo demonizado em razão do qual a utilização da força estaria legitimada.*<sup>685</sup> A perspectiva do processo como ferramenta de combate a esses “inimigos” sejam eles os “comunistas”, “judeus”, “terroristas”, “corruptos” ou qualquer outra adjetivação que se faça para imprimir-lhes o rótulo de inimigo, fomenta um sistema jurídico de exceção. E um direito penal (e processual penal) de exceção de fato, *designa simultaneamente duas coisas: a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez desgredada em relação à mesma legalidade alterada.*<sup>686</sup> Pode-se tentar a discussão sobre a diferença entre um “inimigo” de Estado, com componentes políticos e um “inimigo” do povo, a partir da prática de atos criminosos. No entanto, tal distinção é supérflua pois a rotulação de inimigo do Estado sempre se justificará a partir de um discurso de identificação deste como “inimigo do povo”, de modo que as questões estarão sempre ligadas, não servindo a constituição nem qualquer estrutura legislativa como elemento de contenção.<sup>687</sup>

Tudo isso faz ser possível a manutenção de um ideário autoritário de sociedade e de poder judiciário ainda que em uma democracia formal. O judiciário a serviço de um determinado governo ou, ainda, de um determinado grupo dominante, nunca realizará a função que a Constituição o outorga. O arranjo da instituição já indicava que o Judiciário era capaz de mesclar-se, sem maiores constrangimentos, com projetos autoritários de Estado. Em relação à legalidade autoritária, foi mais do que isso: o regime autoritário, que antecedeu o instalado em 1964, já sugeria que os membros do judiciário aplicavam quaisquer legislações que, em tese, estariam vigentes, independentemente do respeito a princípios democráticos do processo legislativo.<sup>688</sup>

---

<sup>684</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiadados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 31

<sup>685</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 99.

<sup>686</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 747.

<sup>687</sup> Rui Cunha Martins trabalha com a ideia de que: “Quer para Robespierre quer para Saint-Just é inútil apelar-se para a Constituição quando é urgente a exigência de enfrentar o inimigo e salvar a pátria; são necessários o terror e a virtude; é necessário um governo pronto para reagir e golpear, livre dos impedimentos, das lentidões e da abstração das regras; não é a lei que conta, mas a excepcionalidade da situação; é o “estado de exceção” o princípio que impõe a defesa terrorista da liberdade republicana: é a necessidade, é a mais “santa de todas as leis, a salvação do povo” que legitima o governo revolucionário tornando-o terrível para com os maus, favorável aos bons.” (in <sup>687</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiadados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 66.)

<sup>688</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 13.

Como refere Ricardo Gloeckner: “*neste momento, deve-se considerar que a opção pela democracia como um contrafator às práticas autoritárias se constitui como um operador insuficiente ou epistemologicamente incapaz de estabelecer limites às denominadas práticas autoritárias.*”<sup>689</sup> As práticas autoritárias se mantêm e como trabalhadas no tópico anterior, se legitimam a partir de supostas expectativas sociais. Expectativas de governo que, em tese, se legitima como a “vontade da maioria”, fazem com que tais práticas sejam convalidadas ou admitidas. A construção de um juiz ativista e agente político, faz parte de uma renovação conceitual do velho autoritarismo, agora sob as vestes funcionais da jurisdição como manifestação de poder.<sup>690</sup>

À título exemplificativo, para que possa se compreender o envolvimento de todos os aspectos estatais, é preciso lembrar que o nazismo e o fascismo não teriam sido possíveis sem que uma porção relativamente importante da população se encarregasse das funções de repressão, de controle, de polícia; neste sentido, para Rui Cunha Martins: *o conceito de ditadura aplicado a tais fenômenos é relativamente falso.*<sup>691</sup> O autor trabalha a partir do viés libidinal de toda dinâmica fascista, o que implica não apenas no fascismo histórico de Hitler e Mussolini que tão bem souberam usar o desejo das massas, mas no *fascismo que está em nós, que habita nossos espíritos e nossas condutas cotidianas, o fascismo que nos faz amar o poder, desejar essa mesma coisa que nos domina e nos explora.*<sup>692</sup> E prossegue, ainda, o professor português, trabalhando com a ideia de Zizek e avaliando o fato de que diante de todo verdadeiro fascismo sempre se encontram elementos a justificar que se diga que não se trata ainda de um fascismo total, de enxergar nele elementos contraditórios, provenientes ou de tradições de esquerda ou do liberalismo. No entanto, este fantasma do “puro fascismo” se apresenta como o fascismo propriamente dito.<sup>693</sup>

---

<sup>689</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Metástases do Sistema Inquisitório. In Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 11-30.

<sup>690</sup> Grande parte destas expressões vai exatamente ao encontro dos pressupostos do código italiano de 1930 e do nosso atual código de processo penal: *verbi garantia* a) a extinção das nulidades (ampliar o espaço da instrumentalidade das formas e do prejuízo, no processo penal, significa abolir as nulidades. B) aumento exponencial dos poderes do juiz ; c) constituição de um juiz ativista e agente político. Não é preciso forçar qualquer tipo de conclusão. Tudo aponta para uma renovação conceitual do velho autoritarismo processual, agora sob as vestes teleológicas e funcionais da jurisdição como manifestação do poder nacional. (*in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 558.

<sup>691</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 28.

<sup>692</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. 29.

<sup>693</sup> Zizek aponta-o bem: “em todo verdadeiro fascismo encontramos sempre elementos que nos fazem dizer que ‘não se trata ainda de um fascismo total, que existem ainda nele elementos contraditórios provenientes

Já, no nazismo, a partir da introdução do conceito de *Volksgemeinschaft*, foi possível fazer com que o indivíduo virtualmente se anulasse em favor dos “interesses do povo”. O homem passou a ser o meio para os fins estatais. O lema “você não é nada, seu povo é tudo” era muito repetido, o que conduzia a um afastamento de percepção acerca da existência de direitos humanos.<sup>694</sup> Ainda, a famosa justificativa da defesa do “são sentimento do povo alemão”, tão mencionado por penalistas para trabalhar com a quebra ao princípio da legalidade, teve, na verdade, uma atuação muito mais abrangente. Como define Christiano Fragoso: “*tinha funções claramente normativas e interpretativas, era fonte do direito e parâmetro para definir o conteúdo e aplicação do direito penal.*”<sup>695</sup> Elementar que isso sujeitava o julgador à lei que representasse a vontade do Führer (“Führerwillen repräsentierende Gesetz”).<sup>696</sup>

Portanto, seja no regime nacional-socialista, ou mesmo nas ditaduras latino-americanas, o “processo” penal estava a serviço da arbitrariedade, desempenhando uma simples função de legitimação, resultando que a própria estruturação autoritária do “processo” penal era somente uma das formas de repressão, posto que quando se queria, se atuava simplesmente pela via policial de fato, detendo, torturando e matando, sem render contas algumas ante os tribunais,<sup>697</sup> ou, em sentido inverso, se valendo em total arbitrariedade do princípio de oportunidade, como forma de garantir a impunidade aos partidários do regime.<sup>698</sup>

Isso cria uma sistemática de expectativas que guiará a atuação jurisdicional para além de ditames legais, uma vez que forjados sobre essa base cultural as expectativas

---

de tradições de esquerda ou do liberalismo’; todavia, este afastamento, esta distância diante do fantasma do ‘puro fascismo é o fascismo propriamente dito. O ‘fascismo’, tanto em sua ideologia como na sua prática, não é mais do que um certo princípio formal de distorção do antagonismo social, levando a desdobrar-se de uma certa lógica do seu deslocamento através de uma combinação e de uma condenação de atitudes contraditórias. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo.** São Paulo: Atlas, 2013; P: 30.)

<sup>694</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 153.

<sup>695</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 198

<sup>696</sup> Kai Ambos refere que O juiz estaria sujeito a este último, especificamente a “lei que representa a vontade do Führer” (“Führerwillen repräsentierende Gesetz”), ao legislador nacional-socialista como “Führer” e, a propósito, “muito mais fortemente” “quanto mais provável” é que “a lei realmente...represente a vontade do Führer”, como seria o caso de leis inspiradas no nacional-socialismo, como, por exemplo, “traição à raça” (“Rasseverrat”) (in AMBOS, Kai. **Direito Penal Nacional-Socialista: Continuidade e Radicalização.** Trad. Paulo Cesar Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. P: 137.)

<sup>697</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)** [recurso eletrônico] / tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blach Teoria, 2019. P: 40.

<sup>698</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)** [recurso eletrônico] / tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blach Teoria, 2019. P: 42

restaram assim delimitadas, o que leva um judiciário e uma população a desprezar determinadas conquistas civilizatórias. Há um convívio natural entre legislações e disposições autoritárias em um período formalmente democrático<sup>699</sup>, o que faz com que não seja possível avançar de acordo com as promessas constitucionais. Se, por um lado, um juiz que atue buscando o agrado social com suas decisões é problemático, o é da mesma forma um julgador que atue atendendo expectativas de governo ou buscando o agrado governamental visando promoções pessoais, ou outras espécies de vantagens ou, ainda, temendo repressões.

A má qualidade da prestação jurisdicional, a crise ética e a disfuncionalidade do poder judiciário brasileiro não são consequência *sine qua non* da atuação dessa instituição durante o regime autoritário. Ainda assim, a ausência de medidas de depuração nesse espaço, após a inauguração do projeto constitucional de 1988, pode sugerir que práticas que atendem a modelos autoritários de Estado tenham sido mantidas, estejam sendo alimentadas e parcialmente ressifnificadas durante a democracia, resultando na mesma relação violenta de exclusão/inclusão de grupos sociais da arena jurídica, conforme haja ou não resistência a projetos encabeçados pelas elites nacionais (econômica, burocrática, cultural e intelectual ).<sup>700</sup>

Portanto, não há como se falar em política em um modelo de Estado Constitucional de Direito quando esta não representar a observância dos ditames trazidos pela Constituição Federal e pela legislação vigente. Daí porque, a atuação jurisdicional se imbuída de propósitos políticos deve estar ciente dessa fundamental missão. Por isso a importância de se avaliar a atuação do julgador em conformidade com expectativas jurídicas e se este será o modelo a se apresentar como minorante dos danos.

### 3.3 Expectativas Jurídicas: Instrumentalidade Processual e Tecnicismo:

---

<sup>699</sup> Esta ausência fundante explica em boa medida as dificuldades sentidas no séculos subsequentes, e designadamente durante o século XX, pelas gramáticas da mudança política, na altura de lidar com as expressões da permanência sempre residentes em qualquer ambiência transicional: é o caso da persistência da ditadura, ou , dizendo melhor, de elementos provenientes do patrimônio ditatorial, em ambientes formalmente democráticos, sejam características nunca extirpadas do período ditatorial e que por conseguinte se prolongam; sejam versões reconfiguradas ou atualizadas de matrizes ditatoriais antes vigentes sob outras formas; sejam ainda, requisições de elementos pertencentes ao patrimônio ditatorial por parte do próprio patrimônio democrático. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 90.).

<sup>700</sup> SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 199.

Falar em atender a expectativas jurídicas pode conduzir a uma conclusão de que todo o debate restaria esvaziado pela obviedade de que o Magistrado, em um Estado de Direito, sempre deve atuar de acordo com a legalidade e com seu espectro de atuação limitada por esta. Todavia, a situação se reveste de mais complexidade do que, inicialmente, possa parecer, uma vez que demandaria uma definição do que seriam estas expectativas jurídicas, qual seria o papel do julgador diante da (indispensável e inevitável) interpretação do direito, bem como a influência ideológica neste juízo hermenêutico, ou como sintetiza Rui Cunha Martins: “*a rotineira menção ao Estado de Direito como desejável meta referencial do processo judicial não invalida que essa meta seja instável e dinâmica.*”<sup>701</sup>

Partindo desta concepção, primeiramente, há de se superar a ilusória compreensão de que o Direito possa atuar despido de cargas ideológicas que lhe conduzam a determinados rumos, sendo, portanto, ilusório imaginar que a referência à expectativas jurídicas retiraria o aspecto político e a ideologia<sup>702</sup> do Direito ou, no caso, do processo penal. Bem como não se pode crer, seriamente, que uma atuação jurisdicional que busque a mera aplicação da norma, será uma atuação “estritamente jurídica”, ao passo que a criação e a aplicação de uma norma sempre levarão em consideração outros aspectos e se revestirá de maiores complexidades.<sup>703</sup>

O Direito sozinho nunca dará conta da complexidade dos problemas sociais a que é instado a resolver, por isso, sempre é preciso compreender que a questão

---

<sup>701</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 02

<sup>702</sup> Ovídio Baptista trabalha com a célebre doutrina dos *ídolos* de Francis Bacon. Escreve Francis Bacon que são quatro gêneros de ídolos que assediam o espírito humano. No sentido de uma maior clareza, deu-lhes nomes distintos: ídolo da tribo (*idola tribos*), ao segundo gênero Ídolo da Caverna (*idola specus*), ao terceiro gênero, Ídolo do Foro (*idola Fiori*) e ao quarto gênero, Ídolo do Teatro (*idola theatri*). Bacon procurou mostrar que nosso pensamento sofre influência disso que chamaríamos *prejuízos* (pré-juízos), representado pelos ídolos. Se nos livrássemos das noções falsas devidas à influência dos *ídolos*, poderíamos alcançar o pensamento puro, capaz de revelar a essência das últimas verdades. Embora Bacon não se utilize do vocábulo *ideologia*, somente mais tarde adotado, já no século XVIII, é certo que a concepção dos *ídolos* como uma falsa ou distorcida representação da realidade coincide, pelo menos para a maioria das doutrinas formadas depois, com o conceito do pensamento ideológico. (in SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P: 4/5)

<sup>703</sup> A norma jurídica constitui apenas um dos aspectos da elaboração do Direito, nem mais nem menos importante que os demais. Ela é o momento técnico, prático, aplicado, da ciência do Direito. A elaboração normativa sofre fortes influências do sistema político e ideológico dominante em cada sociedade, às quais não está isenta, por seu turno, a própria elaboração teórico-científica, que não é absolutamente neutra. É preciso, todavia, que não sejam olvidadas, na construção das normas jurídicas, as contribuições teóricas que a ciência oferece. (in MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**. Conceito, objeto e método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P: 87).

“jurídica” envolverá aspectos de outros campos do saber a serem considerados, na esteira daquilo que leciona Garapon: *“a perfeição do direito está no reconhecimento de sua imperfeição. Qualquer vontade de ultrapassar esta ignorância fatal do direito, mesmo que motivada por intenções louváveis, está a enveredar pelo caminho que leva ao abandono do Estado de Direito.”*<sup>704</sup> Historicamente, a dogmática sempre teve que se socorrer, de forma velada ou não, a outros domínios cognoscitivos para poder cumprir seus objetivos. Apelou-se à razão, à história, ao interesse protegido, à finalidade do Direito, à natureza humana, à função social e à justiça em busca de sua revitalização.<sup>705</sup> Portanto, nem a causa nem a consequência destes aspectos na aplicação da lei constituem novidade, o que não quer dizer que não se apresente problemático.

Tratar de forma reducionista, o direito enquanto “mundo jurídico”, de forma a isolar o “jurídico” do “político” é fruto do culto ao racionalismo, tão marcado no século XIX, pois o Direito enquanto ciência, deveria ser tratado com “neutralidade” sem que os juristas, pudessem se envolver com valores. Ocorre que o desdobramento do método positivo, na época, limitou seu significado, já que a *“ciência referia-se à espécie de conhecimento associado às ciências da natureza, especialmente a física”*. Isto implicou a difusão da crença de que a credibilidade das ‘ciências morais’ (como por exemplo, política, teologia e história), somente seria possível com a aproximação de seus respectivos métodos das ciências lógico-físicas.<sup>706</sup> Portanto, o Direito não estava imune a esse “culto à razão”, mas o racionalismo partia da convicção de que a partir da razão o ser humano é capaz de regular todas as coisas, mas essa certeza, não obstante, passou a ser gradativamente abalada (mas não eliminada) pela constatação de que o homem é muito mais indeterminado do que determinado<sup>707</sup> e que não se pode ignorar toda essa complexidade para apreciação de uma ciência como o Direito.

Porém, como refere Ovídio Baptista, *“é amplamente conhecido o papel do Direito na formação dos sistemas políticos da modernidade, que se valem, sem dúvida, dos princípios jurídico-processuais que o protegem.”*<sup>708</sup> Portanto, não se pode imaginar,

---

<sup>704</sup> GARAPON, Antoine. **O Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P: 312.

<sup>705</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P: 36

<sup>706</sup> BAUMER, Franklin Le Van. **O Pensamento Europeu Moderno**: volume II, séculos XIX e XX. Trad. De Maria Manuela Alberty, Lisboa: Edições 70, 1977. P. 64

<sup>707</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 31.

<sup>708</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P: 303-304

ilusoriamente, que a atuação jurídica poderá se dar desconectada de aspectos sociopolíticos, havendo uma interligação entre as causas e consequências da atuação guiada por tais expectativas. E mais do que isso, é preciso assumir essa questão ideológica para que possa, o processo penal se colocar em defesa dos valores humanitários, conforme sintetiza Deise Lora: *“A vingança inquisitorial precisa ser, então, definitivamente suplantada pela acusatoriedade democrática capaz de preencher a letra fria da lei com efetivos valores existenciais humanos. O que implica considerar a ideologia, ou melhor, identificar qual ideologia melhor atende às pessoas.”*<sup>709</sup>

No entanto, há um certo pudor e, até mesmo, um preconceito em lidar com aspectos ideológicos no processo penal, conforme bem advertiu o professor Ovídio Baptista<sup>710</sup>:

Na discussão a respeito da *ideologia*, devemos precaver-nos contra dois riscos. O primeiro está representado pela tendência que temos de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, na suposição implícita de que dispomos de um “ponto de Arquimedes” que nos permita o acesso privilegiado à verdade absoluta. O “outro” é que, não alcançando a “nossa” verdade, teriam eles o pensamento distorcido por falsas noções, mistificadoras da realidade. O “outro” não conseguiria atingir “nossa” verdade, tida como a única e, enquanto verdade, eternamente válida. É a marca do pensamento conservador. Tudo o que questiona a “realidade”, construída pelo pensamento conservador, é ideológico, no sentido irreal, pois a visão conservadora supõe que nosso “mundo” seja o único possível.

É muito comum a atribuição de “ideológico” como forma de menosprezo para todo e qualquer argumento, como se fosse possível um juízo neutro, mas a ideologia problemática, assim como tudo que justifica um pensamento autoritário, sempre é a do outro. No entanto, como assevera Warat: *“Não há observações nem experiências puras, senão que condicionadas por um acúmulo de representações institucionalmente familiarizadas das práticas científicas, quer dizer, da história do saber acumulado que define o sentido comum teórico que, geralmente, se agrupa sob o rótulo de*

---

<sup>709</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 103

<sup>710</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P: 09.

*ideologia.*”<sup>711</sup>Em linha semelhante, complementa Agostinho Ramalho Marques Neto: “*O fenômeno jurídico não existe de modo algum em estado puro. Ele sofre as mais diversas influências das inúmeras dimensões do espaço-tempo social, onde surge e se modifica. Por isso, a ciência do Direito, para compreendê-lo na inteireza relacional de sua existência concreta, não pode prescindir de um enfoque eminentemente interdisciplinar.*”<sup>712</sup>

Todavia, ao não se renegar a existência de uma profunda característica política do processo penal não pode representar uma ausência de delimitação dos espaços dessa política a serem ocupados pelo processo para que não se caia no erro de conferir ao instituto e, aos juízes em última análise, a decisão do que vem a se configurar “justiça social” por meio da atuação processual.<sup>713</sup> Portanto, na linha deste raciocínio, reconhecer o componente político e ausência de neutralidade ideológica do processo e, por conseguinte, do juiz, não é colocá-lo em (tampouco incentivar) uma atuação política de satisfação das necessidades sociais em sua atuação.

Até mesmo porque o próprio tecnicismo e a pretensa racionalidade, historicamente, se apresentaram como formas de manutenção e propagação de juízos autoritários que, disfarçados, sob as vestes da racionalidade técnica, desprezavam o respeito aos direitos fundamentais.<sup>714</sup> É o que Marcelo Semer denuncia de forma crítica ao tratar da atuação jurisdicional limitada a um “atuar técnico” a partir de uma perspectiva vinculada ao senso comum:

Quanto mais cede ao senso comum, mais se alheia do rigor técnico, mais mergulha no pragmatismo envergonhado, menos consegue exercer o poder que tem às mãos: a defesa intransigente dos princípios e normas que conformam o ordenamento jurídico. As presunções que o ajudam a formar sua livre convicção, a idoneidade dos policiais e a suspeição dos réus, o esfacelamento dos limites legais, a busca por uma

---

<sup>711</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P: 35

<sup>712</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**. Conceito, objeto e método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P: 87.

<sup>713</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. P: 139.

<sup>714</sup> A orientação tecnicista se inicia, de acordo com a literatura, através de uma conferência de Arturo Rocco na Universidade de Sassari, em 1910, posteriormente publicada na *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, no mesmo ano, A conferência, chamada *O Problema e o Método da Ciência do Direito Penal* foi considerada, em linhas gerais e equivocadamente pela criminologia brasileira e por diversos penalistas como um “divisor de águas”, como uma ruptura na história do pensamento penal. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 219.)

verdade que pode estarem qualquer canto e por outro lado ser obtida de qualquer forma, não lhes prestigia. A presunção da culpa o torna praticamente dispensável. Vistas grossas à tortura e aproveitamento sem reservas dos elementos do inquérito lhe retiram a competência de processar e julgar que a Constituição lhe entregou de forma privativa.<sup>715</sup>

O trato pejorativo destinado a discussão que se assumia ideológica é uma marca perene em discussões acerca do direito e de dinâmicas de poder. Ao impor o rótulo de ideológico a qualquer discurso ou argumento sua refutação se dá pelo desprezo a questão ideológica sem nunca enfrentar o conteúdo ou a profundidade da discussão. Aqueles que laboram dessa maneira não enxergam (ou creem que conseguem esconder dos demais) o quanto ideológico é o seu discurso de negar a ideologia.

Inúmeros são os protestos que tomaram o país no ano de 2020 com diversas manifestações de apoio ao governo Bolsonaro, encampando uma ferrenha crítica aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Pedidos de fechamento do Supremo Tribunal Federal sob justificativas de que a Corte estaria perseguindo o governo, por se tratar de um Poder aparelhado pela “esquerda”. Tal visão, tenta através dos rótulos por ela mesma criados, criticar como “ideológica” a decisão que não lhe agrada e ver o componente político partidário em todas as questões que afetem a si ou aos seus pares. Mas o que se extrai desses episódios é a confirmação do autoritarismo estrutural e da visão fascista de uma divisão entre “nós” e “eles”, no sentido de que para “nós” todos os Direitos, para “eles”, toda o poderio violento estatal.

Sem falar na orientação de uma ideologia totalitária a partir desse viés pretensamente técnico. A orientação tecnicista, como já visto anteriormente, foi capaz de oferecer ao fascismo um direito facilmente sequestrável pelo novo regime, além de possibilitar a produção de uma classe de juristas, sem sua grande maioria, alienada no que pertine aos problemas do direito e do processo penal.<sup>716</sup> Como referido alhures, essa concepção tecnicista que permite que legislações geradas em berços autoritários possam sobreviver e se remodelar, sem perder sua essência, mesmo em eras democráticas. Como

---

<sup>715</sup> SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento / Marcelo Semer.– 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 286

<sup>716</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 224.

nota clara disso basta a verificação do quanto os postulados de Manzini e Rocco<sup>717</sup> que orientaram o Código de Processo Penal Brasileiro, em vigor desde 1941, seguem conduzindo a cultura doutrinária e jurisprudencial até os dias de hoje e, pior, com aquiescência e contribuição da Suprema Corte, servindo de supedâneo para as críticas que visam refutar qualquer progresso liberal em termos de legislação processual penal.<sup>718</sup>

Portanto, enquanto ciência humana, o Direito e o Processo Penal nunca serão exercícios intelectuais inocentes<sup>719</sup> e terão um componente ideológico que não pode ser desprezado, estarão, sempre, agindo influenciado, dominado ou a serviço de algo, atendendo determinadas expectativas. Seria, então, o processo penal um instrumento dessa ideologia ou uma forma técnica de disfarce deste componente ideológico?

### 3.3.1 – Instrumentalidade Processual Penal:

Diante dessa problemática, há uma fundamental definição que necessita ser trabalhada, o processo penal pode ser considerado um instrumento<sup>720</sup>? Tal discussão

---

<sup>717</sup> O tecnicismo jurídico, como uma corrente de pensamento metodológico, evidentemente que haveria de sofrer variações com o passar do tempo. Neste sentido, pode-se ratificar as palavras de SBRICCOLI, o tecnicismo que estruturou os códigos de 1930 (penal e processual penal) foram protagonistas de uma involução, tendo perdido parte da inspiração que havia motivado Arturo Rocco a defender o movimento em 1910, assumindo as vestes do pensamento de Vincenzo Manzini. (*in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 226))

<sup>718</sup> Uma ideologia tecnicista também encontrou largo espaço para se desenvolver no Brasil, o que garantiu, de acordo com consistente paradigma do pensamento tecnicista, a “universalidade” dos institutos somada à “autodeclarada imunidade política” a despeito de quaisquer orientações extra ou metaprocessuais. Mas, entretanto, se há algum aspecto para se destacar em relação à Itália, este ponto deve ser atribuído ao Supremo Tribunal Federal. O autoritarismo brasileiro sobrevive graças à manutenção da continuidade dos “entendimentos” da corte, que foram sustentados, se aprimoraram ou ainda, foram criados em pleno regime ditatorial e que se perpetuam após o advento da Constituição da República. O autoritarismo processual penal brasileiro passa necessariamente pelo autoritarismo da corte constitucional, e que não deve se confundir com episódicas manifestações liberais que podem ser encontradas eventualmente em decisões de seus membros, cuja regra é a falta de sistematicidade. (*in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 335)

<sup>719</sup> O processo penal nunca será um fenômeno ou mesmo um exercício intelectual inocente, nem se revela compatível com premissas ingênuas, desassociadas da facticidade ou travestidas de tecnicismos. (*in* CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 15)

<sup>720</sup> A ideia de que o direito material depende do processo para lhe emprestar dinâmica que lhe falte não é nova. Tem-se aqui, naturalmente, uma relação que se poderia denominar como “ontológica”, tal a dependência entre ambos os campos. O dogma da instrumentalidade do processo, portanto, surge como uma espécie de lugar-comum doutrinário. Apontar para a relação existente entre direito e processo penal estaria a indicar dois postos a ser ocupados por duas dimensões de um mesmo fenômeno: um plano abstrato ou estático (o do direito penal” e outro concreto ou dinâmico (o processo penal). (*in* GLOECKNER,

precede a análise da finalidade ou definição de tal instrumento, devendo ser anteriormente analisado, no que tange a conformação do processo penal com a definição instrumental.

Impossível negar-se a vinculação tecnicista a questão instrumental do processo, pois o tecnicismo se sustentou em grande parte pela incapacidade de compreender o processo penal como uma ciência autônoma, de modo que a ser ensinado e compreendido por penalistas, não há como separar essa visão tecnicista de uma visão do processo como instrumento do Direito Penal.<sup>721</sup> O processo compreendido como um instrumento para a comprovação da pretensão punitiva, do direito de liberdade, da resolução de conflitos ou como um meio para fazer atuar o direito penal, dentre tantas outras complexas funções em que o processo é chamado a intervir, ele não se esgota na simplista relação entre direito material e processo. Na linha da instrumentalidade, é possível encontrar uma série de posturas ideológicas que reconectam o processo e, por conseguinte, a jurisdição.<sup>722</sup> O interesse fundamental do processo como a aplicação da pena ao delinquente<sup>723</sup> ou de garantir a paz social<sup>724</sup> ou de realização dos objetivos do Estado<sup>725</sup>, obviamente, conduzirá a atuação do Magistrado a partir desse encargo de expectativas.

O processo como um instrumento e os *escopos* instrumentais, são bem trabalhados na obra de Cândido Dinamarco que reconhece uma função instrumental do processo e trabalha com os escopos *metajurídicos* a serem alcançados através deste. Para

---

Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 525)

<sup>721</sup> Grande parte do sucesso que o tecnicismo atingiu no campo do direito penal advinha da inexistência de uma “ciência processual penal.” O processo penal era absorvido e ensinado por penalistas, o que em parte explica a pouca atenção dada por Arturo Rocco em sua famosa proclamação, ao processo penal. O código de 1930 nasce com esta tarefa, de sistematizar o conhecimento do processo penal e de estabelecer uma estrutura que superasse o “labiríntico” procedimento do código de 1913, considerando obscuro e técnico, muito embora também contasse com a participação do mesmo MANZINI na comissão que elaborara aquela reforma. Além do obscurantismo do processo penal em relação ao direito penal material, não se pode descuidar de sua nítida falência sistemática relativamente ao processo civil, o que levou CARNELUTTI a escrever o famoso artigo Cenerentola. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 231.)

<sup>722</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 527.

<sup>723</sup> Conforme já citado no capítulo anterior. (in ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. P: 24.)

<sup>724</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 19.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1997. P: 30. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 535.

<sup>725</sup> Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste. (in GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa instrutória do juiz no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 27, set/out. São Paulo: RT, 1999. P. 73.)

o autor, não há sentido compreender o direito processual separado do direito material, pois isso equivaleria ao físico preocupar-se com a divisibilidade do átomo.<sup>726</sup> E, prossegue, afirmando que *fixar os escopos do processo equivale, ainda, revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar os objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos pela sociedade.*<sup>727</sup> Ainda, crendo nos escopos metajurídicos, Michele Taruffo, que sustenta ser função do processo a revelação da verdade, conforme já explorado em tópico anterior, refere que o processo visa mais do que uma solução de conflitos, visa uma solução justa, de modo que não pode ignorar a verdade, como uma condição de justiça na decisão dos casos.<sup>728</sup>

Diante dessa definição conceitual se concebe o processo como um instrumento e como todo instrumento está a serviço de alguma coisa ou manuseado por algo ou alguém, daí o trabalho de Cândido Dinamarco se realizar a partir de escopos e sua preocupação em definir a utilidade do processo. Ao tratar de utilidade do processo não se difere de um questionamento de sua função no meio social, o que chega a uma análise daquilo que se espera do processo e dos atores judiciais, sendo perfeitamente possível a análise disso a partir de uma perspectiva que questione as expectativas desta atuação.

O problema (ou um dos) centra-se na vagueza conceitual de tais definições, como “instrumento”, “objetivos” e “utilidade”, que são expressões maleáveis e podem facilmente resultarem em objetos de legitimação de todo e qualquer ato. Ricardo Gloeckner, que coloca a instrumentalidade como uma marca de um sistema processual autoritário, entende que a noção de instrumentalidade, em si, é problemática e indica como primeiro problema a questão da impossibilidade de uma continuidade entre regimes autoritários e democráticos. Afirmando que determinadas categorias jurídicas não podem atravessar regimes políticos distintos sem que se verifique algum destes fenômenos: *a) ou bem a categoria jurídica é constituída por um vazio de significado e portanto, é imprestável, já que pode servir a regimes políticos tão distintos entre si, ou; b) a categoria passa por um processo de ressignificação, capaz de produzir um conjunto de enunciados, aparentemente em consonância com a nova ordem política mas que, ao fim*

---

<sup>726</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 23.

<sup>727</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 181.

<sup>728</sup> TARUFFO, Michele. **A Prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 23.

*e ao cabo, servem como mera roupagem, produzindo um mobilização de conceitos e categorias que permitem ao processo penal seguir sendo um instituto de repressão.*<sup>729</sup>

Em uma perspectiva utilitarista, a instrumentalidade do processo penal serve a regimes tirânicos, pois fomenta um processo despido de grandes formalidades, que não podem se apresentar como entraves para a satisfação daquela funcionalidade do processo penal, qual seja, servir ao direito penal, legitimando uma punição. Portanto, não se pode conceber o processo como um instrumento do poder punitivo.<sup>730</sup> Nesse contexto, as discussões gravitam em torno do risco de tal indefinição, algo como uma potencial armadilha, para aqueles que defendem a instrumentalidade garantista<sup>731</sup> ou constitucional<sup>732</sup> do processo penal, uma vez que por ser um instrumento poderia facilmente ser subvertido para uso em sentido inverso.

Gabriel Divan sustenta que a defesa de uma instrumentalidade, mesmo que com intenções de uma conformidade constitucional, que vise um processo como legítimo campo de realização política dos direitos insculpidos na Constituição e que crê na jurisdicionalização da relações interpessoais como potencializador democrático, assim como o sono da razão de Goya, produz monstros.<sup>733</sup> Ricardo Gloeckner, vai mais além, ao afirmar que *a perspectiva instrumentalista é inequivocamente autoritária, pois convoca a jurisdição ao exercício de objetivos igualmente militares.*<sup>734</sup>

Aury Lopes Jr., mesmo ciente destes riscos, afirma que não se deve ter restrições na propagação da ideia de que o processo é um instrumento a serviço de uma finalidade e esta é a razão de sua existência, contudo, define ser urgente o estabelecimento de bases dessa instrumentalidade, ou seja, a definição acerca de “*a serviço de que(m) ela*

---

<sup>729</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 535.

<sup>730</sup> O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a favor do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (in LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 35.)

<sup>731</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos de sua Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>732</sup> A partir da terceira edição o autor substitui a expressão “garantista” por “Constitucional” em sua obra, sem perder a profundidade crítica e prosseguindo a defesa de um processo penal de acordo com os preceitos constitucionais, a mudança se justificou pelo profundo preconceito que sofria e sofre o garantismo por aqueles que não desejam compreender a teoria. LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos de sua Instrumentalidade Constitucional). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>733</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal.** Porto Alegre: Elegância Juris, 2015. P: 142

<sup>734</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 583.

*está?*<sup>735</sup> E mesmo com as ponderações, Gabriel Divan, também concorda, ao afirmar que *a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais.*<sup>736</sup> O próprio Ricardo Gloeckner em obras anteriores e que, mesmo que não mais representem o atual entendimento do Autor, não perdem sua fundamental relevância, defendia a perspectiva de uma instrumentalidade constitucional do processo penal, como uma forma fundamental de limitação do poder punitivo do Estado e de defesa das garantias individuais.<sup>737</sup>

A principal dificuldade em se conceber uma instrumentalidade processual é a de desvincular ela de uma vinculação à uma pretensão acusatória<sup>738</sup> e conceber o processo como um instrumento em defesa da efetivação dos direitos fundamentais e realizador do projeto constitucional democrático. O fundamento por detrás dessa perspectiva não é somente jurídico-constitucional como um tanto quanto lógico. Uma vez que, como questiona Ricardo Gloeckner, *como legitimar a instrumentalidade do processo penal se este serviria apenas para punir? Em outras palavras, para que necessitaria o Estado do processo tão somente para punir? Se o Estado, detentor do poder punitivo almejasse a punição, bastaria uma imediata e sumária demonstração de poder em face do hipossuficiente para que a sanção fosse então aplicada.*<sup>739</sup> Ou seja, o processo não tem como ser concebido de forma diferente de uma perspectiva de garantia, pois não se justificaria a sua existência para um mero “legitimador” do arbítrio estatal, sua essência está vinculada a uma ideia de contenção do poder (e da vontade) punitiva do Estado. Daí, porque, o processo é *necessário* para a imposição da pena e esta é a vinculação

---

<sup>735</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 88.

<sup>736</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015. P: 143.

<sup>737</sup> Em outras palavras, se o poder é tendente à expansão, cabe ao processo limitar tal poder punitivo, de molde a minimizar ao máximo os riscos de lesão aos direitos primordiais do acusado. Desta arte, o termo instrumentalidade aqui é tratado como instrumentalidade constitucional do processo. A sua legitimação se encontra respaldada no momento em que tenciona evitar que a vontade de punir estatal produza violações àqueles direitos que o próprio Estado se obrigou à não-ingerência. A esfera do indisponível, aquilo que o Estado não pode tocar (os direitos fundamentais de liberdade) configura um dos pontos cardeais do processo, cuja existência deve necessariamente impedir atos arbitrários do poder punitivo estatal. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 33/34)

<sup>738</sup> A instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). (in LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 66)

<sup>739</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 35.

instrumental que se aplica ao processo penal.<sup>740</sup> E por essa razão *o processo é um anteparo contra o poder punitivo. Daí por que uma justificativa pública, coletiva ou mesmo ética do processo é inaceitável: o processo não é algo para uma finalidade de aplicação da pena. Todo o contrário.*<sup>741</sup>

Por necessidade para a aplicação da pena, é preciso compreender a necessidade de se ter um processo que seja devido e legal. A dimensão garantista do processo e sua indispensabilidade em relação à pena, exigem que sejam observadas as regras legalmente estabelecidas e todas as condicionantes de um processo válido do ponto de vista legal e constitucional, como afirma Ricardo Gloeckner: “*não é esta mera característica de ser um instrumento para a aplicação da pena que o legitima. Sua legitimidade (sua instrumentalidade) nada significa se não estiver preocupada com outro aspecto a ser examinado.*”<sup>742</sup> Corroborando com Aury Lopes Jr, que afirmou: “*somente se admite sua existência (do processo) quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).*”<sup>743</sup>

Parece sim, uma tarefa um tanto quanto complexa enxergar o processo sem uma definição instrumental, sua própria concepção enquanto uma garantia em si mesmo, exige uma efetivação em forma de algum instrumento (lei, princípios, regras, etc...) o que acaba por se traduzir em uma instrumentalidade processual que, como qualquer instrumento, poderá ser conduzido para caminhos diferentes do ideal. O processo, seja como um instrumento de garantias ou como uma garantia em si próprio, precisa de um ordenamento jurídico em conformidade com os pilares democráticos para que possa subsistir, sob pena de restar esvaziado e conduzido por vieses autoritários. No Brasil, comumente se associa a instrumentalidade a partir de um nítido caráter ético-político do processo, isso reduz (ou retira) a sua ideia de limitação do poder estatal<sup>744</sup>, o que se

---

<sup>740</sup> Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao direito penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena. (in LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 64)

<sup>741</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 54.

<sup>742</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 33

<sup>743</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 35.

<sup>744</sup> No Brasil, predomina a formulação que concebe a instrumentalidade em nítido caráter ético-político, minando justamente a ideia de limitação do poder estatal. Assim, por exemplo, Dinamarco sustenta o “caráter ético do processo”, criticando a “existência de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 40.)

percebe com vinculações à escopos metajurídicos, à revelações da verdade, dentre outros “objetivos” que relegam ao instrumento.

A partir disso, é possível ter de forma clara que há um encargo de expectativas que podem subverter o instrumento processual ou utilizá-lo a partir dessa compreensão. Como bem definiu Gabriel Divan: “*Uma visão errônea da instrumentalidade pode fazer com que se pense o processo penal, ao invés de enquanto expediente de conformação das garantias fundamentais (constitucionais) de base, como mero fantoche a serviço de uma maior verticalização político-criminal.*”<sup>745</sup>

Toda essa matriz cultural denunciada nos capítulos anteriores, a definição de política processual e a carga de expectativas que daí decorre, conduz a uma concepção distinta do instrumento processual em matéria penal. Mas é preciso rejeitar uma visão de instrumentalidade no processo penal que parta de um ativismo judicial magnânimo e de uma concepção que enalteça de forma exagerada as funções e possibilidades da ordem processual resolver os conflitos sociais como sinonímia de justiça.<sup>746</sup>

Mas é justamente isso que define Candido Dinamarco, quando trata do escopo da jurisdição<sup>747</sup>:

Não é casual o recente surgimento da ideia de um escopo metajurídico da jurisdição, geralmente localizado na paz social. Ao Estado social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade. Talvez seja vago dizer que do processo se espera justiça, tanto quanto é vaga a afirmação de que o fim do Estado é o bem-comum.

Ferrajoli, como pontuando anteriormente, trabalha com esses aspectos ao avaliar o que denomina *poder de disposição*<sup>748</sup>, mesmo amparado no problemático conceito de verdade, o jurista italiano sustenta que este poder de *disposição* é gerado pela

---

<sup>745</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal**: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. P: 147.

<sup>746</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal**: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. P: 145.

<sup>747</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 188.

<sup>748</sup> O *poder judicial de disposição* consiste precisamente nesta “autonomia” do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária. In FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 165.

carência estrutural de garantias normativas e pelo conseqüente predomínio de modelos de direito penal autoritário, se diferencia do poder de *verificação* porque se manifesta em decisões não sobre a verdade, mas sobre valores substanciais ou metajurídicos, que podem ser chamados de políticos ou ético-políticos.<sup>749</sup>

Ricardo Gloeckner, denuncia o autoritarismo processual penal brasileiro com a utilização do processo como um mecanismo de segurança nacional, incumbindo o juiz desse propósito, para o Autor, a subordinação do processo a finalidades metajurídicas e, de forma específica, políticas já ofereceria motivos suficientes para ser rechaçada em um modelo democrático de processo, mas a situação é ainda mais grave, pois faz penetrar no discurso sobre o processo penal, a ideologia da segurança nacional.<sup>750</sup> Para Salo de Carvalho, a ideologia de segurança nacional agrega-se à ideologia de defesa social e, com esta fusão de horizontes punitivos, acabam estabelecendo o estado de guerra total e permanente do sistema penal contra o crime, seja comum ou político, tendo como função ideológica do controle social a eliminação do crime e do criminoso através da coação direta das agências repressivas.<sup>751</sup>

A partir dessa concepção e dessa perspectiva do processo e do juiz como incumbidos de atingir a paz social, de atender a essas expectativas que se sedimenta a ideia de que o papel do julgador precisa estar para além dos limites legalmente traçados. Na visão de Cândido Dinamarco, a missão permanente do Estado é a busca do bem comum e, como dever inalienável a ser cumprido através do exercício de poder, a prática da justiça. O autor critica a visão tradicional da justiça e do processo que no fazer cumprir a lei exauria-se a ideia de promover a justiça mediante o exercício da jurisdição, que acaba por dissociar o processo do pensamento social do tempo.<sup>752</sup> Entretanto, Ricardo Gloeckner alerta: *O que se pode afirmar, com clareza, é que a jurisdição, consistindo em uma manifestação do poder nacional, deverá perseguir o bem comum. A proximidade entre os discursos de Dinamarco e da Escola Superior de Guerra salta aos olhos.*<sup>753</sup>

---

<sup>749</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 161.

<sup>750</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 569.

<sup>751</sup> CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 38.

<sup>752</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 189/190

<sup>753</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 581.

### 3.3.2 – O Movimento Direito Alternativo:

Em linha semelhante, pois inspirados em elementos similares, mesmo que com objetivos opostos, pois visando a efetivação da tardia democracia brasileira a partir do Judiciário, surgiu no início da década de 1990, um movimento encampado por parte da magistratura gaúcha, nominado de “*Direito Alternativo*”. O movimento Direito Alternativo era definido pelos seus principais expoentes como uma busca de instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma radicalização democrática, devendo alcançar todos os atores judiciais. Além disso, a busca por um direito realmente democrático, precisa vir influenciada pela própria sociedade civil, a quem o Direito deve prestar contas. Pois é da sociedade civil que vem os limites da atuação do jurista e as exigências de sua atividade.<sup>754</sup>

Ponto comum entre a visão dos criadores e defensores do Direito Alternativo e a visão consagrada por Cândido Dinamarco<sup>755</sup> diz respeito a crença em que a atuação do juiz como mero aplicador da lei se afasta daquilo que a sociedade espera. De algum modo essa visão é sintomática daquilo que o presente trabalho visa denunciar, a crença em um papel ativo do juiz como sendo o esperado (quicá almejado) socialmente.

O Direito Alternativo sustenta o rompimento com o saber positivista, não concebe o direito como neutro, parte de uma visão do direito como uma expressão da vontade de determinada classe, e ,por consequência da não-neutralidade, buscando ser um instrumento de emancipação da classe trabalhadora, tendo o jurista e o direito a serviço desta luta. Não se funda nem se limita no direito positivado, mas avança pelos caminhos abertos na luta dos pobres, alegando, assim, o foco do direito; abandona atitudes dogmáticas, atuando sempre em busca do valor maior: a justiça, que está comprometida com os mais fracos, elegendo a lei, doutrina e jurisprudência como fontes de procura, possibilidades de partida, para discussão, para a invenção do Direito.<sup>756</sup> Seria a utilização

---

<sup>754</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 17

<sup>755</sup> “Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções socio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito.” *In* DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 239.

<sup>756</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 35

não só do direito, mas do processo penal para a efetivação de garantias dos *hipossuficientes*, ao que pode se aliar, também, uma perspectiva instrumental do processo para essa finalidade<sup>757</sup>, entretanto, a perspectiva do processo como garantia do mais fraco é muito mais tímida do que defende o movimento Direito Alternativo no que tange a uma postura ativa do juiz nessa defesa. Pois, centrando-se em uma situação processual, em um processo pautado pelos ditames constitucionais, o Magistrado que vise defender os direitos do mais fraco não necessita de uma postura ativa, tendo a lei e sua aplicação devida esse papel. No entanto, a visão do Movimento incentiva uma postura ativa e criativa do Magistrado na defesa destes Direitos que estão para além da mera atuação jurisdicional no processo penal.

Assim, a partir desta perspectiva, o Magistrado deveria atuar para além dos limites legalmente estabelecidos, ou, em alguns casos, *apesar da lei* para alcançar a justiça<sup>758</sup>, no caso do “Movimento” em prol dos mais fracos, comprometido com a realização da justiça em benefício dos mais pobres. Tal perspectiva não difere, em sua essência, da crença no processo como revelador da justiça, na busca pela atenção às expectativas sociais, no uso do Direito e do processo como um instrumento a determinado fim. O Direito Alternativo, na perspectiva de Amilton Bueno de Carvalho: “*é um juízo parcial em prol dos mais fracos, dos pobres. É buscar a vontade popular e criar um instrumental jurídico que a efetive, expondo ainda que a democracia desafia a existência de ideologias.*” O autor critica a neutralidade, ao referir que: “*a cegueira ou a neutralidade só favorece aos fortes. Quem é cego ou neutro na disputa entre opressor e oprimido é aliado daquele.*”<sup>759</sup>

Ideal semelhante se percebe nas palavras de Rui Portanova, quando refere que não possui relevância o fato de um determinado juiz pensar politicamente de uma

---

<sup>757</sup> Nos tópicos precedentes salientou-se o processo penal como instrumento de garantia do hipossuficiente. Esta é a postura aqui assumida. O processo penal possui uma instrumentalidade orientada à proteção do mais fraco, pautada pela redução de danos. Quer dizer que se inevitável se afigura o problema eventual de injustiças no plano processual, corresponde ao processo penal a função de reduzir estas possibilidades. Reduzir os danos, portanto. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 58)

<sup>758</sup> Arruda Alvim sustenta que: Entretanto, em superação ao modelo do juiz que deveria tão somente aplicar a lei dedutivamente, a tendência moderna a partir das recomendações de grande parte da doutrina é a atuação jurisdicional voltada à perquirição do valor de justiça subjacente às normas, *às vezes quase que apesar da norma*, e aplicando-as deverão realizar esse valor. (in ALVIM, Arruda. **Constitucionalismo contemporâneo, jurisdição e mecanismos de controle da discricionariedade judicial. In Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.)

<sup>759</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 30.

determinada maneira, pois isso é fruto da própria pluralidade social. No entanto, o inconveniente dissimulado seria o discurso neutral, que é responsável por impedir as críticas democráticas aos reais fundamentos da decisão e, como consequência, manter as relações veladas. Concluindo que: “o juiz que não tem valores e diz que seu julgamento é neutro, na verdade está assumindo valores de conservação.”<sup>760</sup>

Para Jacinto Coutinho, o ponto central do Movimento estava na assunção da postura ideológica, com uma postura voltada para uma aspiração maior. Em meio a tantas críticas por atuações ideológicas (que, em verdade se trata sempre da crítica à ideologia, pois inexistente um atuar que não seja ideológico), o Autor sustenta que *assumir-se, portanto, parecer ser a única ponte capaz de garantir ao jurista um caminhar comprometido, engajado.*<sup>761</sup> Deve-se ter bem claro que ao lidar com assunção ideológica é preciso que tal compreensão se dê a partir de uma perspectiva ampla que não reduza ideologia a um aspecto meramente partidário ou de inclinação a um grupo ou figura política. No contexto histórico em que surgiu, o movimento vinha de uma tentativa de superação dos grilhões autoritários que se faziam presente pelas décadas de ditadura militar e buscavam um judiciário engajado na defesa dos direitos individuais, das minorias e dos pressupostos democráticos.

Partindo-se da ideia, já referida, que a suposta neutralidade, mascarava uma ideologia autoritária visando ceifar os avanços civilizatórios, a assunção da postura ideológica, na visão de Jacinto Coutinho, passava por *retirar as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinariedade.*<sup>762</sup> Portanto, se percebe que se busca um comprometimento judicial, de acordo com as novas (à época) promessas constitucionais, mas que não poderia estar totalmente desconectada da dogmática jurídica, o que não se confunde com o mero dogmatismo, haja vista a necessidade de uma compreensão transdisciplinar.

Assim, a atuação jurisdicional pretendida de acordo com o novo modelo político não permitiria uma inércia jurisdicional, uma atuação que não fosse de acordo com esses novos preceitos. Entretanto, por maior que seja o esforço em denunciar a

---

<sup>760</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 74.

<sup>761</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P: 5.

<sup>762</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In Crítica à Teoria Geral do Processo Penal*. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P: 48.

passividade judicial em um Estado autoritário, será de difícil verificação, ao passo que o incremento dos poderes judiciais consiste na sobrevivência de uma determinada concepção de juiz que logrou êxito em períodos autoritários e que se perpetua através das democracias ocidentais, através de constantes ressignificações.<sup>763</sup>

Não se discute a excelente intenção, tampouco os louváveis fundamentos que justificaram a criação e propagação do movimento do Direito Alternativo e, até mesmo grandes avanços por ele conseguidos, principalmente no que tange a formação de um juízo crítico. Entretanto, o incentivo a uma liberalidade e a um protagonismo jurisdicional pode ter sido o embrião do que hoje se critica em termos de populismo judicial, uma vez que amparado no mesmo conceito de realização do justo e do bem comum, acaba por suprimir direitos fundamentais. Certamente, o Direito Alternativo não compactua com tais medidas, mas não se pode negar a semelhança nas suas definições e nos seus fundamentos. Mesmo muitos anos depois do movimento, Amilton Bueno de Carvalho segue defendendo que o julgador não pode se imiscuir de seu relevante papel, que não pode se limitar a uma mera reprodução, afirmando que: *“nada nos desculpa, absolutamente nada, de sermos amorfos seguidores do que está consagrado pela bolorenta “melhor doutrina e ilustrada jurisprudência.”*<sup>764</sup> Como define Ricardo Aronne: *“em suma, a proposta alternativa é clara no sentido de que nem a própria lei pode limitar o exercício da jurisdição, na qual o juiz é soberano.”*<sup>765</sup> Quantas medidas autoritárias e políticas totalitárias se ampararam nesta mesma concepção de exercício jurisdicional?

Ricardo Aronne se apresenta como um crítico a esse movimento, pois refere ser muita prepotência de qualquer indivíduo acreditar que aquilo que considera mais justo seja o mesmo que o povo considera. Questiona o Autor, qual seria a base de justiça para o Poder Judiciário? E se houvesse e pudesse ser criada, seria então ensinada a todos os juízes que deveriam segui-la? Não poderia substituir, essa base, então a lei como “dito” instrumento de opressão do povo? Será que o Judiciário não passaria a ser o instrumento de opressão do povo?<sup>766</sup> O juiz, ou o Judiciário, não podem ser paladinos de um novo

---

<sup>763</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 612.

<sup>764</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 6

<sup>765</sup> ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. P: 62.

<sup>766</sup> ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. P: 67.

consenso social<sup>767</sup> ou de um sentimento coletivo de justiça, sob pena de desencadear toda a problemática resultante da arbitrariedade trabalhada anteriormente, a partir de expectativas sociais. Pois, em que pese, o Movimento Direito Alternativo ser claro naquilo que apresenta como sendo uma atuação do Magistrado para a realização da justiça (considerada como defesa dos mais fracos) é importante lembrar que em matéria processual penal, comumente, conforme exposto anteriormente, a “justiça” vem associada a uma punição. Desse modo que grande parcela da população espera do juiz uma atuação capaz de efetivar este ideal de “justo”. Com isso, a ideia de justiça não permite que esteja restrita ao direito, à norma de caráter geral e abstrato, o que implica em uma confiança muito grande no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada que lhe permita lidar com o mutante contexto social.<sup>768</sup>

Portanto, os questionamentos realizados por Aronne são extremamente pertinentes, pois o vivenciado nos dias atuais em termos de arbítrio que resulta em um protagonismo judicial são mostras de que a preocupação possuía sentido, na medida em que não se pode conceber uma estruturação jurídica, tampouco, uma sistemática processual que se ampare em boas intenções ou em particulares sentidos de justiça que habitem a mente daquele investido no poder de julgar.

Esse magistrado imbuído desse propósito, crente na sua função de efetivar o justo, para além dos limites da legais, subverterá a lei a um objeto de seu poder e valendo-se dos amplos limites interpretativos, criará a lei a partir de sua concepção de justiça a ser alcançada. Essa atuação para além destes limites, seria uma compreensão da “moderna” atuação do juiz, que, segundo Cappelletti, deveriam escolher entre duas possibilidades: *a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se, enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador.*<sup>769</sup> Ou seja, um Judiciário valorizado e adequado ao novo modelo estatal não deveria encontrar limitações traçadas pelos demais poderes.

Se acreditava que seria possível limitar a atuação livre do Judiciário a partir da definição abstrata de sua função, ignorando que o poder ilimitado flerta perigosamente

---

<sup>767</sup> Secondo me, il giudice non dovrebbe considerarsi paladino di un nuovo consenso sociale. (in BARAK, Aharon. **La dicrezionalità del giudice**. Traduzione di Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè Editore, 1995. 209.)

<sup>768</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed. Capinas, SP: Millenium, 2005. P. 13,

<sup>769</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 47.

com o arbítrio. Candido Dinamarco, sustentava que a *técnica processual, por isso mesmo, vai-se agitando nos últimos tempos, com vista a adaptar-se às exigências sociais e políticas que atuam sobre o sistema processual e lhe cobram o cumprimento de seu compromisso com o Estado e com a própria sociedade.*<sup>770</sup> Mas, ingenuamente, acreditava ser possível definir facilmente o que o Estado e a sociedade exigiam ou esperavam do processo e do juiz.

A busca, tanto pelo movimento alternativo, como pelos defensores do ativismo, é na amplitude dos limites interpretativos e na, inegável, criação da norma por parte do juiz na aplicação do caso concreto. Ovídio Baptista via a problemática de um campo teórico dissociado da aplicação prática do Direito, para ele, com essa separação as classes dominantes conseguiam sujeitar os magistrados aos desígnios do poder, lhes impondo a condição de servos da lei e, também, concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem permitir aos juízes a menor possibilidade de produção judicial, o que seria o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, criada pelo poder soberano, sem que a interpretação da lei quando da sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e, assim, incerto.<sup>771</sup>

Sem negar razão e relevância ao que fora trazido pelo eminente processualista, conforme, inclusive restou destacado no tópico anterior, importante, também, destacar um contraponto, possível de ser extraído da lição do professor Ricardo Aronne, para quem um Judiciário que tem o dever de seguir a lei, não pode ser considerado um Judiciário servil, pois se assim o fosse, todos os órgãos e indivíduos que se encontram inseridos num ordenamento legal, poderiam ser taxados de servis, o que não condiz com a realidade. Para o Autor, a manutenção da ordem social e da segurança das relações só se faz através do ordenamento jurídico, pois o contrário representaria o caos social. O Estado legislaria, a partir desta concepção, apenas o caso concreto através do Judiciário, pois, do contrário, não haveria razão de existir o legislativo.<sup>772</sup>

Há de se buscar um necessário equilíbrio, pois ambos acabam incidindo naquilo que denunciam. A perspectiva trazida por Ovídio acaba por depositar uma crença na possibilidade de que o juiz será capaz da melhor aplicação do Direito, enquanto,

---

<sup>770</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 276.

<sup>771</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P: 36.

<sup>772</sup> ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. P: 69.

Aronne ao trazer esta crítica, deposita semelhante crença na atuação do legislativo e ignora que é justamente esta “ordem” por ele defendida que tanto Ovídio Baptista como os defensores do Direito Alternativo desejam romper. Entretanto, nessa dinâmica de crenças e expectativas no que tange ao exercício do poder, parece mais facilmente controlado o poder legislativo do que os riscos advindos de uma amplitude demasiada no exercício jurisdicional e na interpretação, por estes atores, dos mandamentos traçados pelos demais poderes. Nunca olvidando, que no Brasil, como na América Latina, *a história da legalidade é a história da fragilidade da lei.*<sup>773</sup>

É muito comum que se recorra à adágios como *vontade da lei* ou *vontade do legislador*, como forma de justificativa de determinados desfechos interpretativos. Entretanto, em ambos o caráter tirânico é inegável, pois ou se sustenta em um autoritarismo do legislador ou registra possibilidades autoritárias pelo intérprete da norma, reduzindo o direito aquilo que os tribunais dizem que ele é.<sup>774</sup> Usar do espírito da lei, da vontade do legislador e de outras expressões desta natureza se equivale à busca pela pretensa “expectativa social”, ou seja, tudo poderá ser maleável e servir de acordo com a atuação pretendida pelo juiz.

Portanto, a celeuma e grande parte da divergência, centram-se na interpretação exercida pelo Magistrado e seus limites. Em ordenamentos jurídicos democráticos, que consagraram uma amplitude dos direitos sociais, se defendeu uma necessária ampliação dos poderes e limites interpretativos do juiz. Cappelletti, defendia que nas novas áreas, dos direitos sociais, haveria um grau elevado de discricionariedade e, com isso, criatividade<sup>775</sup>, pela razão de quanto mais vaga a lei, seus enunciados e

---

<sup>773</sup> A história da legalidade na América Latina é a história da fragilidade da lei. Esta frase que parece dramática ou exagerada deixa de parece-la quando nos deparamos com um sem-número de acontecimentos cotidianos: normas claras, claríssimas, de nossas Constituições que são descumpridas sem maior problema, direitos elementares que são considerados meras expectativas ou utopias sociais. (in BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal.** Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 15

<sup>774</sup> Questões acerca da *vontade da lei* ou *vontade do legislador* frequentemente são invocadas para justificar determinados desfechos interpretativos. Entretanto, o caráter tirânico de ambos é inegável, pois a vontade do legislador (*subjetivistas*) favorece o autoritarismo do legislador, colocando sua figura em relevo, tal como no nazismo, em que a *ultima ratio* sempre era a *vontade do Fuheer*. No mesmo sentido, a vontade da lei, (*objetivistas*), registra possibilidades autoritárias, centradas no *intérprete da norma* e não no legislador, o que levam alguns doutrinadores a afirmar que *o direito é aquilo que os Tribunais dizem que ele é.* (In SCAFF, Fernando Facury. *A mens legislatoris constituinte no STF: entre royalties e ICMS.* In **Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. P: 115.)

<sup>775</sup> Especialmente no fim do século passado (XIX) e no curso do nosso (XX), vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como

imprecisos os elementos do direito, mas amplo se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, sendo esta, na visão do Autor, a causa da acentuação que teve, em nossa época, o ativismo, o dinamismo e a criatividade dos juízes.<sup>776</sup>

Para os defensores do Direito Alternativo, o juiz precisa estar ciente de seu novo papel e, sempre é importante contextualizar o momento político do movimento, que inaugurando uma era democrática temia pelos excessos autoritários dos demais poderes, buscando conscientizar a magistratura e todos os atores judiciais, daquele que entendiam ser o seu novo papel, como leciona Amilton Bueno de Carvalho: *“Em verdade o jurista tradicional (ao entender que sua função não é criadora, mas apenas de sustentação do direito positivado) busca esconder seus compromissos sociais.”*<sup>777</sup> E, insiste na liberdade do julgador e na natural incerteza do Direito, como elemento positivo para romper a “ordem” posta: *“A conclusão a que quero, por agora, chegar é uma: sempre há dose de imprevisibilidade nos julgamentos: o julgador é forçado a ser livre.”*<sup>778</sup>

Como referido, toda interpretação terá discricionariedade, representará uma escolha e, trará consigo, certa dose de criatividade,<sup>779</sup> portanto, a discussão precisa avançar sobre esse ponto, sendo, na lição de Mauro Cappelletti: *“a verdadeira discussão se inicia apenas neste ponto. Ela verte não sobre alternativa criatividade – não criatividade, mas sobre o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial.”*<sup>780</sup> Ao fim e ao cabo, deve-se questionar e trabalhar acerca dos limites desta criatividade interpretativa. Pois a aplicação da norma ao caso concreto será sempre fruto de uma análise conceitual empregada pelo Magistrado, pois conforme Warat: *“A linguística nos ensina que não há termos que guardem conceitos precisos. O termo significa, o que seus usos refletem, condicionados e determinados pelo sentido*

---

a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc... (in CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 21.)

<sup>776</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 42.

<sup>777</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 64

<sup>778</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 139.

<sup>779</sup> Quando se afirma, quando fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evita sérios equívoco. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. (in CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 23.)

<sup>780</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 25.

*comum teórico.*”<sup>781</sup> Portanto, a própria interpretação do Magistrado estará se dando a partir de um certo grau de expectativas que orientam a sua compreensão, a partir daquilo que determinou o sentido de determinada norma.

É inegável que o Magistrado incitado a decidir, terá que efetuar uma escolha, negar isso é ignorar a própria essência do ato decisório e as próprias características humanas a compor esse ato. A escolha representa discricionariedade, o que não representa, necessariamente, arbitrariedade. Escolha representa valoração, balanceamento, representa ter presente os resultados práticos e as implicações morais decorrentes da escolha. Significa, o emprego para além dos argumentos de lógica abstrata ou aqueles decorrentes da análise linguística puramente formal, mas, sobretudo, aqueles decorrentes da história, economia, ética, política, sociologia e psicologia.<sup>782</sup>

A escolha jurisdicional, conforme já traçado em tópicos anteriores, será influenciada por toda a carga de subjetividade do Magistrado, que sempre irá decidir, escolher e interpretar a partir de toda a sua compreensão de mundo, como sustenta Perfecto Ibañez: *el juez, como intérprete operativo por antonomásia, no está nunca “solo”, pero menos aún “a solas con la ley”, frente al caso.*<sup>783</sup>. Assim, definição dos limites interpretativos é fundamental, pois apenas um meio termo entre os extremos opostos pode representar uma medida que, ciente, da realidade posta e das idiosincrasias inerentes ao ser humano investido na função de julgar, poderá se apresentar razoável. Uma vez que não apenas o ativismo, como, também, o conservadorismo judiciário, podem em certas situações e circunstâncias constituir um compromisso de parcialidade.<sup>784</sup> Não se pode olvidar que muitas vezes os limites interpretativos e as chamadas “aberturas legais” não são outra coisa que resultado direto dos elementos subjetivos que estão a guiar a interpretação e compreensão do Magistrado sobre a norma, como refere Warat: *“Definitivamente, pode-se afirmar que uma lei justa aparece sempre como uma norma clara; e uma disposição legal, que se concebe como injusta, aparece sempre, aos olhos do intérprete, como obscura e, às vezes como uma ausência legislativa,*

---

<sup>781</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade.** Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P:39.

<sup>782</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 33.

<sup>783</sup> PERFECTO IBAÑEZ, Andrés. **Los Hechos en La Sentencia Penal.** Coyacán: Fontamara, 2005. P: 17.

<sup>784</sup> Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, podem em certas situações e circunstâncias constituir uma forma compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso de derrogação daquelas “virtudes” – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos tribunais superiores. (in CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 92.)

*uma lacuna de lei.*”<sup>785</sup> Isso apenas confirma que as próprias expectativas jurídicas sofrerão a influência determinante destes aspectos suprajurídicos por parte do Magistrado, o que revela a ampla maleabilidade de um modelo de sistema que aposta num protagonismo jurisdicional.

Um juiz que se sinta protagonista e não veja limites na sua atuação pode ser tão problemático como o juiz que apenas atue em consonância com o que lhe fora determinado pelos outros Poderes. Isso demonstra que, se falar, em “expectativas jurídicas” é muito mais complexo do que possa, a primeiro, parecer, uma vez que a aplicação concreta por parte do Magistrado, poderá conduzi-lo a qualquer um dos extremos e, por mais, que se discuta o nível e a gravidade dos problemas decorrentes de cada um dos excessos, deve-se lutar por um entrelugar.

Se, de um lado defensores da criatividade jurisdicional, como Amilton Bueno de Carvalho, para quem, na realidade brasileira: “há que se romper os limites da legalidade. Aqui tudo é tão cruel e agressivamente contraditório que, na luta travada no jurídico, não se permite a aceitação de tais limites.”<sup>786</sup> Evidenciando, a crença na bondade do julgador e na sua função de liberar o indivíduo da opressão arbitrária do Estado, ao que Aronne, responde com uma pertinente indagação: “Se todos os indivíduos estão sob um ordenamento jurídico, porque o magistrado deve estar acima dele?”<sup>787</sup>

É o risco de se cair no *decionismo*, que, para Lênio Streck seria um *adversário do estado de direito*, se caracteriza pela possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir.<sup>788</sup> O decisionismo opera em uma lógica de amplos limites interpretativos e acredita muito mais na decisão e nos predicados de quem decide do que, propriamente, nos argumentos que embasaram a decisão. A constitucional garantia da motivação das decisões judiciais<sup>789</sup> é relegada a um segundo plano, pois não se efetiva um verdadeiro controle do que levou (ou poderia ter levado o julgador) a tomar determinada decisão, pois ela seria fruto da *consciência do julgador*.<sup>790</sup> Ou, como sustenta

---

<sup>785</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. P: 24

<sup>786</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999. P: 44.

<sup>787</sup> ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. P: 68

<sup>788</sup> PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 63.

<sup>789</sup> Prevista no Art. 93, IX da Constituição Federal.

<sup>790</sup> Lênio Streck apresenta-se como um dos principais críticos das práticas decionistas e coloca que muitos são os argumentos levantados em favor desta prática, pois se forjou um imaginário no interior do qual deveríamos superar a figura do “juiz boca-da-lei” e, para isto, passou-se a apostar no protagonismo judicial.

Marrafon: “Uma vez tomada a decisão, o resto é justificação argumentativa, especialmente quando se está diante de um justiceiro que quer preservar a legalidade violando a legalidade.”<sup>791</sup>

Não há como se negar a vinculação do caráter decisionista com uma atuação que se dê mediante a satisfação de determinadas expectativas ou que se guie por um determinado quadro traçados por estas, pois a lógica decisionista se ampara justamente nessa possibilidade de invocação de valores estranhos ao campo jurídico como forma de justificar uma decisão jurídica, naquilo que critica Ferrajoli: *O decisionismo é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e defesa social.*<sup>792</sup>

Configura crítica comum aos defensores do ativismo, a menção aos períodos ditatoriais e de arbítrio estatal<sup>793</sup> (conforme trabalhado no tópico anterior), mas, até nesse ponto há uma incerteza sobre o fato de terem sido os limites impostos pela legalidade, um elemento a justificar a atuação do Judiciário. O próprio Ricardo Aronne, em sua obra tão crítica ao esvaziamento de limites interpretativos ao juiz, quando trata do nazismo alemão, refere que a Constituição da República de Weimar, se baseou na matriz kelseniana de uma “teoria pura do Direito” e, portanto, fora vazia de ideologia, o que permitiu ser a magna carta tão útil ao totalitarismo nazista, uma vez que, por isso, não dispunha de dispositivos para cessar as atrocidades do regime.<sup>794</sup> Entretanto, Christiano Fragoso diverge desta concepção, pois trabalhando com a ideia de Dimitri Dimoulis afirma que a suposta vinculação nazista ao positivismo jurídico é um mito, ressaltando que os juízes nazistas aplicaram as leis nazistas e reinterpretaram as leis anteriores por convicção quanto à ideologia nazista ou por lealdade ao Fuhrer.<sup>795</sup> Para Ingo Muller, o

---

Daí que a *sentença viria de “sentire”* e as decisões seriam proferidas a partir da *consciência do julgador*. (in STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 11ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2014. P:118.)

<sup>791</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **Constituição e Poder**, Vol. 1: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P:47.

<sup>792</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 46

<sup>793</sup> Como questiona Berman: *o que na justiça discricionária evita que ela seja um instrumento de repressão e barbárie como sucedeu na Alemanha nazista?*(in BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. P: 64.

<sup>794</sup> ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. P: 60.

<sup>795</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P: 154/155.

nacional-socialismo, do ponto de vista do meio jurídico, se afasta muito do que se pode dizer por positivista, pois o sistema jurídico no nacional-socialismo, entretanto, não precisou substituir o ordenamento jurídico da República de Weimar por um novo, ou seja, não buscou uma renovação legislativa, mas procurou esvaziar os conteúdos das normas jurídicas que não estavam de acordo com as proposições nazistas e impelir os juízes a preencher esse vazio jurídico com fundamento na ideologia do partido<sup>796</sup>.

A pergunta que sempre se faz é como foi possível um ordenamento jurídico legitimar as atrocidades ocorridas nos campos de concentração nazistas. Fato é que o ocorrido lá, certamente, não era divulgado na exatidão de seus acontecimentos e vinha sempre acompanhada de justificativas salvacionistas a justificar a restrição de direitos em nome de algum estado de exceção. Nos campos a lei é suspensa e fato e direito se confundem, permitindo que neles tudo se torna verdadeiramente possível.<sup>797</sup>

Contudo, em paralelo com os campos de extermínio, mantinha-se um sistema punitivo ordinário, no qual tanto alemães, quanto opositores do regime e judeus eram acusados, processados e tinham um julgamento obedecendo um estabelecido rito processual que, embora, predominantemente autoritário, ainda obedecia a uma estrutura processual na qual havia uma separação nas funções de acusar e julgar. Entretanto, esse devido processo penal, não passava de um simulacro, sobretudo quando o investigado ou acusado era um judeu<sup>798</sup>. Na velha lógica autoritária de justificar o tratamento desigual aos tidos como inimigos, que sempre vem acompanhada de discursos salvacionistas, visando defender “nós” de “eles”.

O uso de valores abstratos como forma de justificar ou a guiar a atuação jurisdicional podem se apresentar, sempre, problemático. Portanto, não se pode tolerar, admitir e, muito menos, incentivar um processo penal pautado por tais interesses, compactuar com a restrição de garantias sobre a pseudo-justificativa de necessidade de

---

<sup>796</sup> MÜLLER, Ingo. **Los Juristas del Horror**. Caracas: ACTUM, 2007. P: 31

<sup>797</sup> “O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente*. O soberano não se limita mais a decidir sobre a exceção, como estava no espírito da constituição de Weimar, com base no reconhecimento de uma dada situação factícia (o perigo para a segurança pública): exibindo a nu a íntima estrutura de *bando* que caracteriza o seu poder, ele agora produz a situação de fato como consequência da decisão sobre a exceção. Por isso, observando-se bem, no campo a *quaestio iuris* não é mais absolutamente distinguível da *quaestio facti* e, neste sentido, qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que nele sucede é simplesmente desprovido de sentido. *O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis*”. (In AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. P. 177)

<sup>798</sup> MÜLLER, Ingo. **Los Juristas del Horror**. Caracas: ACTUM, 2007. P: 33.

uma defesa social, cobra um preço demasiado alto.<sup>799</sup> O exemplo do nacional-socialismo é perfeito para essa demonstração, pois o Direito foi resumido a um mero instrumento de exercício de poder e a sua aplicação tinha um amplo aspecto de variabilidade, de acordo com o tipo de norma e do interesse em discussão.<sup>800</sup> A perseguição do “bem social” ou da “realização de justiça” sempre escancaram conceitos vagos e indeterminados, cuja determinação pode conduzir a aplicação do direito a desideratos variáveis e justificar uma enormidade de práticas autoritárias. Lembrando sempre do questionamento de Agostinho Ramalho Marques Neto: “*quem nos protege da bondade dos bons?*”<sup>801</sup>

A própria definição do justo, em um Estado Democrático de Direito, necessita estar amparada em critérios de legalidade, partindo-se de uma clássica lição de Alf Ross, para quem: “*dizer que um juiz cometeu uma injustiça (subjetivamente) significa que se deixou guiar por interesses pessoais, pela amizade em relação a uma das partes, pelo desejo de agradar aos que estão no poder, ou por outros motivos que o afastam do acatamento do que ordena a lei.*”<sup>802</sup> Ou seja, a questão da injustiça amparada em elementos mais concretos que violam ou ameaçam aqueles pressupostos que a lei determina para um julgamento legal e, portanto, justo. Ou, ainda, como adverte efusivamente Eros Grau: “*Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito,*

---

<sup>799</sup> De acordo com o Agambem: “(...) se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na conseqüente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, deveremos admitir, então, que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica. (...) um local aparentemente anódino (...) delimita na realidade um espaço no qual o ordenamento normal é de fato suspenso, e que aí se cometam ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana (...)”. AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua*. I. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 181.

<sup>800</sup> Os juízes se viram, assim, na situação de atuar com dois tipos de normas. As emanadas pelo regime nacional-socialista deveriam ser rigorosamente aplicadas, quase retornando ao tão criticado positivismo jurídico. Mas era apenas uma aparência, uma vez que também delas se devia desviar assim que a razão política o exigisse. As normas anteriores ao nazismo, ao invés, deviam ser aplicadas de modo frequentemente contrário à sua própria letra, corrigindo-as com o recurso ao “pensamento por ordenamentos concretos”, ao “bem comum”, à “boa-fé”, ao “são sentimento popular” e à “vontade do Führer”. O direito perdia então qualquer certeza. (in LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. Volume 2: O Século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010. P. 205.)

<sup>801</sup> Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas. [...] O Juiz temesse lugar de árbitro, do terceiro e nisso mesmo ele está implicado. Quando digo árbitro, não digo arbitrio. Esse lugar de Outro do Juiz não é lugar de arbitrio, nem de neutralidade. A neutralidade é a dissolução do lugar do juiz, o que não quer dizer que o juiz deva ser sectário, partidário, etc. Mas o Juiz está subjetivamente implicado em sua decisão. (in MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão**. In: Revista ANAMATRA. São Paulo, n. 21, 1994. P: 43.)

<sup>802</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Edipro, 2ª ed. 2007. P: 330.

*os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia, a história.*”<sup>803</sup>

Dizer isso, obviamente, não é negar o papel “criativo” do juiz, tampouco sua fundamental interpretação da norma ao caso concreto. Dessa forma, em qualquer dos extremos a atuação se apresentará problemática, não sendo a ampliação de limites criativos e interpretativos o sinônimo de uma atuação jurisdicional que se dê na defesa dos direitos fundamentais, sendo preciso limitar a atuação do Magistrado<sup>804</sup> a partir de escopos legais e constitucionais. Isso não representa cercear sua, indispensável e inevitável, liberdade criativa, que não pode representar o desprezo pelo labor desenvolvido pelo poder legislativo que, em uma democracia, é a forma do indivíduo se fazer representar. Portanto, o equívoco de cada poder e o risco de sua atuação está na inobservância da fundamental importância de seu papel, mas que, independente de qual seja, precisa estar limitado pelo ordenamento que delimita o espectro de atuação de cada um, pois nas palavras de Mauro Cappelletti: “*O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico, “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.*”<sup>805</sup> E uma garantia que não se pode abrir mão, em hipótese alguma, é a de ter um juiz, efetivamente, juiz.

Para concluir esse tópico, fundamental a lição de Rubens Casara e Juarez Tavares acerca da problemática do *imaginário do julgador*. Tal definição vem na esteira de muito do que se pretende trabalhar na presente pesquisa. A diminuição de limites possibilita uma maior liberdade do julgador, o que acaba por esvaziar os limites da linguagem, transformando as decisões em arbítrios. Quando sequer os limites semânticos do texto constitucional que deveriam simbolizar o fundamento de todos os atos dos agentes públicos, são desrespeitados pelo Poder Judiciário, o acerto ou a justiça do julgamento passa a depender do imaginário do julgador. E concluem os Autores: “*Um imaginário autoritário produz decisões autoritárias, fundada na mera autoridade e em*

---

<sup>803</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes** (a interpretação/aplicação dos direito e os princípios). 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P: 19.

<sup>804</sup> Não se pode dizer qualquer coisa dos textos normativos porque o contexto e seus sentidos pré-fixados não permitem. (in MARRAFON, Marco Aurélio. **Constituição e Poder**, Vol. 1: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P:49)

<sup>805</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993. P: 74.

*descompasso com os direitos e garantias fundamentais. O imaginário democrático, por sua vez, exige limites que cada vez mais estão ausentes do mundo.*<sup>806</sup>

Dessa forma, ao fomentar tal atuação a partir da visão do juiz e a conformar a estruturação processual a uma aplicação normativa que parta do imaginário deste, o processo penal brasileiro está refém do quadro de expectativas depositado neste julgador e a estruturação autoritária guiará o preenchimento a ser por este exercido.

3.4 Expectativas Probatórias. Vinculação ao Conteúdo dos Autos. Mas, afinal a que(m) se destina a prova?

Seria, então, na aplicação do caso concreto, a vinculação ao conteúdo probatório um importante e suficiente limite para essa atuação jurisdicional? Importa aqui, inicialmente, destacar que ao se tratar de expectativas probatórias o que se pretende é analisar a atuação do julgador a atender aquilo que fora determinado pelas partes mediante um conteúdo probatório lícito no decorrer de um devido processo legal. Portanto, por expectativas probatórias não se pretende analisar aquilo que o julgador espera da prova, pois isso resultaria em uma atuação de ofício deste ou numa posição de expectador (que espera algo das partes), o que será melhor avaliado no tópico referente às contaminações do julgador e sua atuação de ofício. Da mesma forma, não se ocupará (ainda) da análise acerca da licitude probatória, uma vez isso receberá especial atenção em tópico reservado para a avaliação da subversão das formas processuais.

Não se pretende aqui, também, a ocupação de uma análise de teoria da prova no processo penal ou de análise de definições conceituais sobre o tema da prova no ordenamento jurídico pátrio, que já é bastante complexo em si<sup>807</sup> e que, certamente, representaria um desvio no foco temático do presente estudo. Dessa forma o que se buscará no presente tópico é, na esteira do que veio produzido no presente capítulo, traçar um quadro de expectativas que pode justificar ou amoldar a atuação jurisdicional de

---

<sup>806</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 156.

<sup>807</sup> é preciso dizer que o termo “prova” no processo penal brasileiro e no estudo do processo penal global abarca diversos sentidos. Isto porque tanto a legislação como a doutrina processual penal trazem atrelado ao significado de “prova” o que se denomina por fontes de prova, meios de prova, elementos de prova e resultados de prova. (in MENDES, Carlos Helder Furtado. **Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a infiltração por software**. Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. P: 82.)

acordo com os preceitos democráticos. Como visto, inúmeros são os problemas de incumbir o Magistrado de uma atuação guiado por (pretensas) expectativas sociais, da mesma forma que justificar o componente de política estatal no exercício da jurisdição, bem como o retorno à uma absoluta limitação a controles de legalidade não seria, ainda, suficiente para, na conjuntura atual de um exercício jurisdicional forjado em uma base cultural autoritária, garantir a atuação do julgador possa se dar de acordo com preceitos democráticos, até mesmo pela notória contradição do texto legal em vigor no país com a Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, em complemento a uma atuação que se dê em atenção às expectativas traçadas pelos textos de lei, surge a vinculação do julgador ao conteúdo probatório trazido nos autos como uma possível resposta a crucial e problemática questão das expectativas a que deve corresponder o magistrado criminal.

Vincular a atuação do Magistrado a limites legalmente estabelecidos e definir como seu papel atender àquilo que lhe fora trazido pelas partes no processo penal, parecer ser, numa primeira vista, uma resposta capaz de amoldar a atuação do julgador àquilo que possa ser considerado o ideal (ou próximo disso) em uma estrutura constitucional e garantista de processo penal. Certamente, essa junção de expectativas (lei e prova dos autos) funcionaria como um importante redutor de danos da atuação jurisdicional. Entretanto, não se pode ignorar aquilo já trabalhado por Rui Cunha Martins, quando afirma que: *“O dispositivo probatório comporta, em termos funcionais, um duplo mecanismo: uma maquinaria processual das convicções e uma maquinaria processual das expectativas.”*<sup>808</sup>

Contudo, diante da problemática já denunciada no presente estudo, seria insuficiente, na medida em que há uma profunda questão interpretativa, de hermenêutica probatória a desenhar a relação existente entre o julgador e a prova. De certa forma, tudo dito até aqui se encontra ligado, pois um Magistrado que atue incumbido de alguma realização de satisfação de algum quadro de expectativas poderá “ver” na prova algo diferente do que aquilo que outro Magistrado não veria. Isso não é cair em um relativismo pessimista que acredita que nada possa servir a um modelo de processo penal devido e legal que não seja um julgador dotado de aptidões morais para a função, mas, muito pelo contrário, busca escancarar os problemas de uma cultura processual que aposta na

---

<sup>808</sup> A maquinaria agenciadora das expectativas é o mecanismo responsável por movimentos de evidência a partir do exterior, correspondendo a uma contaminação da prova vinda de fora para dentro daquela putativa fronteira jurídica. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P: 33.)

centralidade do julgador e incentiva o seu protagonismo, de modo a evidenciar que quando se deposita esse nível de poder de atuação, todos os supostos limites podem ser superados, em nome de supostas expectativas ou de pretensas realizações, sempre justificadas como em “defesa” do bem comum ou, para usar o termo da moda, do “cidadão de bem.” Gloeckner, avalia essa problemática, trabalhando com as ideias de Manzini para quem o juiz deve, tanto quanto o Ministério Público, tutelar o interesse repressivo do Estado, podendo “convencer-se livremente”, seja valorando as provas já produzidas pela acusação, seja diligenciando no sentido de encontrá-las, de ofício.<sup>809</sup>

Um julgador que não esteja alheio ao interesse das partes e que tenha uma estrutura jurídica de processo penal que lhe exija essa atuação, poderá, facilmente deixar-se guiar por aquilo que espera (ou até mesmo acredita) que a prova o revele.<sup>810</sup> Por isso, o limite da prova dos autos é, de fato, um fator de extrema relevância a frear os demais quadros de expectativas, como define Ferrajoli: *“Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político – do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública – pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória.”*<sup>811</sup> Aronne, crítico da amplitude interpretativa possibilitada ao julgador, também concorda com a necessidade de uma atuação guiada pela lei e limitada pela prova dos autos, quando refere que *“uma vez que os fatos do mundo material chegam ao processo por meio de prova, tenho pra mim que realização da justiça, através do Judiciário, em uma sentença, levando em conta a lei, gize-se, tem como base a avaliação da prova dos autos.”*<sup>812</sup>

Elementar que não há como se discordar das premissas trazidas pelo jurista italiano, tampouco das referenciadas pelo saudoso professor gaúcho, residindo o problema apenas em crer em sua eficiência, uma vez que o julgador que atue guiado por expectativas estranhas ao mundo do processo e ao contexto das provas nele produzidas não tomará sua decisão sem respaldo na prova, mas justificará na prova aquilo que

---

<sup>809</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 322.

<sup>810</sup> O apego a primeira impressão e a influência psíquica do “querer acreditar” serão avaliados no capítulo seguinte, com a análise das expectativas internas e os problemas advindos do “efeito primazia” no processo penal.

<sup>811</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 501.

<sup>812</sup> ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996. P: 13.

acredita (ou que até mesmo consiga) enxergar, guiado por expectativas outras que contaminam a sua percepção do conjunto probatório.

O que se pretende trabalhar é que com uma estrutura que deposita tamanha carga de expectativas ao munir o Magistrado de um amplo rol de poderes, é necessário que haja uma abertura para o convencimento judicial, daí porque, os princípios processuais penais<sup>813</sup> não serão efetivados se não contarem com uma atuação jurisdicional a lhes dar eficácia, podendo isso subverter a própria apreciação probatória, ou seja, o julgador se convenceu a partir da prova ou justificou o seu convencimento (obtido a partir do senso comum ou por informações/pressões midiáticas) nesta?<sup>814</sup>

Portanto, antes de seguir nas problemáticas linhas que se desenvolvem a partir dessa análise do papel da prova na formação (ou não) do convencimento do julgador é importante tentar definir, mesmo com os limites fruto da escolha metodológica aqui traçada, qual a finalidade da prova no processo penal. O tema da *verdade* e de sua pretensa revelação já fora amplamente analisado no capítulo anterior o que torna desnecessário e, até, inadequado, o regresso ao que lá fora discutido no que tange aos riscos para um processo penal pretensamente devido de uma busca por uma verdade real. Entretanto, mesmo se afastando a (ilusória) busca pela (inatingível) verdade, a prova no processo penal é de extrema relevância, pois como sustenta Nereu Giacomolli:

Provar no processo penal é demonstrar ao julgador, dar-lhe a conhecer a existência de um determinado fato(que), num espaço (onde) e tempo (quando) razoáveis. Também é proceder a verificação dos impulsos criadores do fato (porque) e as circunstâncias deste (como), para que possa ser emitido um juízo acerca das situações processuais que se desenvolvem nos autos, bem como acerca da responsabilidade penal do imputado.<sup>815</sup>

---

<sup>813</sup> Trabalhamos com a classificação de Aury Lopes Jr., acerca dos cinco princípios constitucionais do processo penal, sendo eles: 1. Jurisdicionalidade; 2 – Princípio Acusatório; 3 – Presunção de Inocência; 4 – Contraditório e Ampla Defesa; 5 – Motivação das Decisões Judiciais. (in LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 57 – 110.

<sup>814</sup> Para Geraldo Prado: “A prova penal conforme é tratada cotidianamente, na maioria dos casos, nada mais serve do que um pretexto para justificar discursivamente condenações que parecem cumprir o vaticínio dos oráculos da mídia tradicional ou da retórica do senso comum. As condenações fundamentam-se em provas apesar de não estarem fundamentadas em provas.” (in PRADO, Geraldo. **A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). A prova penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 24.

<sup>815</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da Prova no Âmbito da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Criminal. In **A Prova Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 13.

Assim, não há como se definir uma estrutura processual sem se debruçar sobre a temática da prova, sua finalidade e seus limites, pois não se pode relegar ao olvido que, como um dos expoentes da ciência social,<sup>816</sup> o direito (processual penal) está envolto em uma perene questão de *prova*, visto que, pelo seu imanente caráter histórico-(re)construtivo, almeja sempre desvelar a “verdade” (seja ela qual for) acerca do fato delitivo ocorrido.<sup>817</sup> Dessa forma, seja por uma busca por verdade real, processual, por um nível de probabilidade, uma certeza ou um convencimento do julgador, tudo estará relacionado a uma análise probatória. A prova, em tese, definirá *quem tem razão* na disputa em questão, representando a passagem da força para o Direito.<sup>818</sup> De qualquer maneira, no aspecto que mais importa na presente pesquisa: a prova destina-se ao julgador.<sup>819</sup>

Com isso surge uma outra situação de fundamental análise que será a definição de *verdade* substituída pela *comprovação*, ou seja, se fundamenta no “estar provado” de modo a evidenciar a suposta verdade do processo, ignorando as variantes que podem influir no julgador para esta definição. Acerca, do resultado de “estar provado” extraído dos suficientes elementos de prova, demonstra que o fundamental para o processo é o aspecto epistemológico acarretado à força ou o peso da prova, afastando para um local secundário o grau de confiança ou de crença do julgador. Como sustenta Susan Haack, o grau de crença do julgador é uma questão distinta e claramente secundária, contudo diretamente relacionada à força dos elementos de prova, quanto mais as provas avalizam o enunciado, mais o julgador terá confiança de o tomar como verdadeiro ou provado.<sup>820</sup> Ferrer Beltran, em linha semelhante, afirma então parecer óbvio que a decisão judicial para a qual os elementos probatórios são destinados deve se

---

<sup>816</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 88.

<sup>817</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 01.

<sup>818</sup> Para Foucault, a prova não serve para “localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo, quem tem razão.” Nesse sentido, “a prova é um operador do direito, um permutador da força pelo direito”, a prova é a passagem da “força para o direito”. (in FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. P: 62.)

<sup>819</sup> Atos de prova, por sua vez, são voltados à atuação das partes processuais, dirigidos a obter a convicção do juiz ou tribunal sobre os fatos, ou seja, o acolhimento de uma das hipóteses levantadas pelas partes na tomada da decisão ou escolha judicial. Sendo a finalidade da prova formar a convicção do julgador sobre a existência ou não do fato punível, por evidente que é este o destinatário dos atos de prova. (in GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGEZ, Valentín. **Derecho Procesal Penal**. 3ª Edición 1999. Editorial COLEX, 1999. P: 628)

<sup>820</sup> HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VAZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Marcial Pons, 2013. P: 71.

ater aos enunciados fáticos formulados pelas partes no processo. O autor elabora uma distinção baseada em duas máximas “estar provado” ou “ser tido por provado” que possibilita sustar as distorções entre o que se entendia por “ser verdadeiro”, “ser tido por verdadeiro” ou “aceito como verdadeiro”. O elemento chave, portanto, dirá o autor é a suficiência dos elementos probatórios.<sup>821</sup>

É exatamente isso que se busca em um processo penal democrático, regido pelo princípio acusatório, que o julgador possa obter mediante a produção devida de provas o seu convencimento, no entanto, a partir de um *livre convencimento* as variantes interpretativas a determinar o grau e o peso conferido a cada prova podem determinar o resultado do julgamento, que não compactua com uma busca desenfreada pela verdade, tampouco por esta prova. Pois como referem Rubens Casara e Juarez Tavares, com base nas limitações impostas pelos princípios norteadores do Direito, referem que: “*é sempre contingente, a busca dessa “verdade” é um objetivo simbólico, serve como limite externo contra a opressão, nada valendo como argumento de justificação para atos ilegais e abusivos. Pode-se dizer, então, que a prova é o instrumento de busca da verdade possível e juridicamente admissível no processo.*”<sup>822</sup>

Entretanto há ressalvas nessa crença de que deva a prova *buscar* alguma verdade, no sentido de que o verbo conduz a um ideal de ação, o que colocado em um processo penal que incentiva o protagonismo do julgador poderá imbuí-lo dessa expectativa. A relação “julgador x prova” é uma relação fundamental para a definição de um modelo processual penal, sendo uma característica utilizada para classificar o modelo processual (gestão da prova), bem como para avaliar os níveis de democratização de cada estrutura legal de processo penal. Com a superação de um modelo de provas legais<sup>823</sup> em

---

<sup>821</sup> FERRER BELTRAN, Jordi. **Motivacion y racionalidad de la prueba**. Editora y Libreria Jurídica Grijley. 1 ed., 2016. p, 198-199.

<sup>822</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 21

<sup>823</sup> Para Ferrajoli: A interpretação da indução judicial como uma dedução mascarada é o equivocado paralogismo sobre o qual se baseia o sistema das *provas legais*, chamadas *positivas*. As provas legais positivas – ou provas legais em sentido estrito – são aqueles dados probatórios que permitem deduzir inimpugnavelmente a conclusão fática, graças à sua conjunção de premissas legalmente presumidas como verdadeiras que, de modo geral, conectam o tipo de fato experimentado como prova e o tipo de fato considerado provado. Estas premissas são, evidentemente, normas jurídicas. No procedimento inquisitivo pré-moderno, por exemplo, se havia codificado uma verdadeira tarifa de provas que assinalava presumidamente determinadas estimações ou valores probatórios às diversas espécies de prova admitidas no processo, conforme cálculo de suas probabilidades legalmente preestabelecidos: valor de provas “perfeitas” ou “plenas” a algumas provas, como a confissão ou as declarações de duas testemunhas concordantes; valores de provas “imperfeitas”, “semiplenas”, “mais que semiplenas” ou “menos que semiplenas” a outras que, combinadas entre si segundo complicadas aritméticas probatórias, poderiam formar uma prova plena ou perfeita. (*in* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 129.)

favor do livre convencimento do juiz, do modo como foi concebido e posto em prática pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu, na visão de Ferrajoli: “*a uma das páginas políticas mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais.*” Esse modelo de livre convicção foi acriticamente entendido como um critério discricionário de valoração.<sup>824</sup>

Obviamente que, em uma concepção democrática de processo penal o julgador não poderá apenas decidir livremente sobre as provas que pretenda valorar e o peso conferido a cada uma destas, pois é necessário que haja fundamentação desta decisão<sup>825</sup>, isso é uma decorrência do princípio do livre convencimento motivado ou da *persuasão racional da prova*, que determina que se valora o que foi produzido nos autos, com exteriorização da motivação fática e jurídica. Porém, essa liberdade de convencimento não é absoluta; encontra limite na prova admissível, no que pode ser considerado prova.<sup>826</sup> Uma vez que somente a partir da fundamentação (ou motivação) se poderá exercer um controle racional sobre a decisão<sup>827</sup>, ou seja, nada permitirá saber ao certo o que levou o julgador a tomar determinada decisão, mas será necessário uma justificativa razoável, amparada nos elementos de prova para que essa decisão possa ser considerada juridicamente válida<sup>828</sup>, portanto, à luz do que sustentava Bettiol: “*a motivação das sentenças significa, numa perspectiva histórica, uma conquista da liberdade por parte e a favor do cidadão.*”<sup>829</sup>

---

<sup>824</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 133.

<sup>825</sup> Sustenta Knijnik que o livre convencimento não é alheio a regramentos e não encontra limites apenas a exigência de motivação da decisão. É preciso que a decisão judicial demonstre o modelo de constatação (*standard* de prova) utilizado para aquele caso concreto que, no processo penal, identifica-se com o modelo da “prova além da dúvida razoável. (in KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. P: 19-38).

<sup>826</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal. In: PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVEIRA, Edson Damas da (Org.). **A prova penal.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 43.

<sup>827</sup> Segundo Lopes Jr.: A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no Art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios. (in LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 105.

<sup>828</sup> Como leciona Garapon: “bem julgar exige que se fundamentem as sentenças com seriedade, não só para fornecer uma argumentação juridicamente sólida, como também para enunciar aquela que realmente guiou o juiz.” (in GARAPON, Antoine. **O Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P: 320.)

<sup>829</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal.** Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974. P.260.

Dessa forma não se pode abdicar de uma efetiva motivação das decisões de modo que não se limite a um mero “porquê”, tampouco um emaranhado de conceitos jurídicos, mas, sim, que reproduza realmente as razões jurídicas que levaram o julgador a tomar aquela decisão ou, que pelo ao menos, podem representar um caminho válido para a decisão. Entretanto, a já denunciada amplitude do livre convencimento pode se apresentar extremamente problemática e o princípio da motivação pode funcionar como um aparato insuficiente para a contenção do arbítrio jurisdicional.

A partir disso, o *livre convencimento* permite que uma estrutura paranoica, no Processo Penal, apareça sutilmente, eis que encoberta por *recursos retóricos ordenados*, tanto na assunção de uma postura inquisitória na gestão da prova, quanto na interpretação da conduta.<sup>830</sup> Pois, não se pode olvidar, da crença na “bondade do julgador” e na assertividade de suas decisões, pois como refere Taruffo: “*A função principal do juiz é estabelecer qual das diversas narrativas dos fatos é relativamente “melhor”; para tanto, ele pode escolher uma entre as histórias já narradas, ou construir uma original – se autorizado a fazê-lo e insatisfeito com as histórias narradas pelas partes. (...) No contexto do processo um enunciado fático é considerado verdadeiro quando confirmado pelas provas: “verdadeiro” equivale a “provado”. Portanto, a narrativa do juiz é definitivamente verdadeira, pois vai no sentido demonstrado pelas provas.*”<sup>831</sup> Novamente, se percebe uma crença na veracidade do enunciado jurisdicional que se vincula muito mais a autoridade do ato do que sua qualidade, uma vez que se sustenta em argumentos generalizantes de identificação de todo e qualquer fato ser verdadeiro, partindo-se do pressuposto de que está provado pois o julgador assim o decidiu. E o autor, prossegue, novamente trabalhando com a “verdade” e sua possibilidade de ser demonstrada no processo: “*No contexto do processo é apropriado falar-se em verdade relativa e objetiva. A verdade da apuração dos fatos é relativa – no sentido de que é relativo o conhecimento sobre essa; isso porque essa funda-se em provas que justificam o convencimento do juiz, representando a base cognoscitiva na qual o convencimento de que um determinado enunciado corresponda à realidade dos fatos da causa encontra justificativa. A mesma verdade é objetiva, já que não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, fundando-se em razões objetivas que justificam o seu convencimento*

---

<sup>830</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P: 315.

<sup>831</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 72.

e derivando dos dados cognoscitivos resultantes das provas.”<sup>832</sup> Nesse ponto, Taruffo despreza, também, a influência (inegável e inevitável) de aspectos psicológicos à decisão do juiz, operando na velha lógica cartesiana<sup>833</sup>, crendo ser, sempre, uma decisão baseada apenas em elementos objetivos, ou seja, na prova dos autos.

Em que pese as evidentes inconsistências nas perspectivas trazidas por Taruffo, há um forte eco doutrinário e jurisprudencial a partir de tais concepções que incentivam o livre convencimento do julgador e fomentam a sua capacidade criativa no ato decisório. O problema principal dessa crença é a abertura para contornos de maleabilidade conceitual, de modo a extrair de qualquer conteúdo probatório e versão que “sirva” para justificar a decisão, uma vez que para quem deposita essa crença na infalibilidade do ato jurisdicional, a própria motivação da decisão judicial resume-se a mero adereço decorativo na sentença. Para Ricardo Gloeckner, o axioma do livre convencimento é uma *fórmula mágica* que passa tanto por positivistas como pelo fascismo, o que indica que a sua base está incrustada em uma arbitrariedade dissimulada, que confere ao juiz poder de decidir da forma que melhor lhe convier. Num aspecto político, a sua manutenção pode ser associada, também, a uma bandeira da magistratura para a afirmação de sua independência, acabando por minimizar sua função de garantia, tal qual pensada pelos iluministas.<sup>834</sup>

Jacinto Coutinho é ferrenho crítico desta arbitrariedade, referindo que há uma tendência generalizante de relativização com o fim de, posteriormente, poder dizer o que quiser a respeito do que se está tratando. Sendo como se não houvesse limites ou os que existissem, ali estivessem para serem burlados. O importante de se destacar, na visão do Autor, é que não se trata de uma construção de um sentido possível na via da interpretação e sim o uso disso para produzir, no limite, o contrário daquilo que está expresso, sendo este o lugar preciso da arbitrariedade.<sup>835</sup>

---

<sup>832</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 106.

<sup>833</sup> A lógica cartesiana peca por apartar sujeito e objeto, caracterizando o sujeito-investigador como mero observante de um objeto-estático, como se o primeiro pudesse simplesmente arrolar as propriedades do último e reportar sua eficiente experiência de apreensão, sem nenhuma espécie de contribuição subjetiva na operação. (in DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais: O julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 39.)

<sup>834</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 306.

<sup>835</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Lugar do Poder do Juiz em Portas Abertas, de Leonardo Sciascia. in **Os Modelos de Juízes: Ensaios de Direito e Literatura**. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015. P: 218.

Atualmente se consolida uma cultura (fruto da tradição já demonstrada anteriormente) de que seria impossível, quiçá injusto restringir a liberdade do juiz de tomar a decisão de acordo com sua vontade mas isto nada mais é do que uma: “*pré-compreensão orientando a interpretação, tornando a lei mero objeto, assujeitando pela consciência do intérprete, onde, primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la.*”<sup>836</sup>

Portanto, todo um pensamento de atuação fidedigna à prova e de um livre convencimento motivado se resume a nada quando o Magistrado labora no plano da *filosofia da consciência* em detrimento da *filosofia da linguagem*, o que torna a lei ou a prova um mero objeto. Em brevíssimas linhas, no paradigma da filosofia da consciência se tem a concepção de que a linguagem é um mero instrumento para designação de entidades independentes para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem, assim somente com a superação deste paradigma, reconhecendo o papel da linguagem, enquanto constitutivo de nossa relação com o mundo, poderemos falar em uma ruptura paradigmática, pelo rompimento da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem.<sup>837</sup>

Ou seja, conforme já referido no tópico anterior ao tratar do tema da interpretação da lei, também no que tange a interpretação e valoração do conteúdo probatório há de se impor um limite, pois a interpretação e a “liberdade de convencimento” não pode autorizar o juiz a decidir da maneira que ele bem entender, resumindo tudo a um ato de vontade e de poder.<sup>838</sup> E muitos são os argumentos levantados em favor desta prática, pois se forjou um imaginário no interior do qual deveríamos superar a figura do “*juiz boca-da-lei*” e, para isto, passou-se a apostar no protagonismo judicial. Daí que a *sentença viria de “sentire”* e as decisões seriam proferidas a partir da *consciência do julgador*.<sup>839</sup>

---

<sup>836</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O Que é Isto – decido conforme minha consciência?**. 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P: 36/37. Citando Portanova, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P: 36/37.

<sup>837</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 11ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2014. P:211.

<sup>838</sup> Conforme nos ensina Ferrajoli: A investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades dos cidadãos, nas quais o poder, na ausência de limites, tende indefectivelmente a prevalecer sobre o saber. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 147)

<sup>839</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 11ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2014. P:118.

Neste contexto, assujeita-se o objeto (réu) e o coloca nas mãos do julgador que extrai do objeto processual (réu ou provas) aquilo que pretender, a “verdade” a ser alcançada. Não se pode olvidar que a verdade real, marca precípua do sistema inquisitório está umbilicalmente adstrita ao paradigma da subjetividade próprio da filosofia da consciência, isto é, da relação sujeito-objeto.<sup>840</sup>

Dessa forma, à luz da filosofia da consciência, o julgador “assujeita” as coisas, ou seja, o julgador pode extrair daquela prova o que bem entender, estando os limites exclusivamente em sua subjetividade. O objeto desta extração não raras vezes é o réu e o juiz guiado por expectativas salvacionistas de revelação da verdade estará livre para extrair deste objeto sua verdade. Portanto, se percebe nisso tudo, aquilo que Rubens Casara define como: “*marca fundante do sistema inquisitório, faz do juiz o fuhrer do processo; ou seja, aquele que, em nome do Estado, mesmo contra a vontade das partes, decide quais provas podem ser produzidas para confirmar a hipóteses que a aderiu.*”<sup>841</sup> Como ensina Jacinto Coutinho: “*Há, sem dúvida, uma crença real na possibilidade de se obter a verdade pelo conhecimento do objeto e, assim, aposta-se nos postulados da filosofia da consciência como o genial caminho de descoberta.*”<sup>842</sup>

Entretanto, tudo isso resultaria na velha inquisitorialidade, já trazida por Franco Cordero<sup>843</sup>, quando se refere ao *primado das hipóteses sobre os fatos*, onde o julgador já convencido apenas buscaria elementos para justificar a sua decisão. É a velha e popular lógica de se interpretar, caindo no velho problema já levantado por Calamandrei, que atentava que: “*as premissas, não obstante o seu nome, são frequentemente postas depois. O teto, em matéria jurídica, pode assim construir-se antes das paredes.*”<sup>844</sup>

Portanto, parece evidente que forjada em uma cultura autoritária que acredite no protagonismo judicial as expectativas probatórias podem não servir como um

---

<sup>840</sup>STRECK, Lênio Luiz. “O ‘Novo’ Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Org. Gilson Bonatto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. P. 448.

<sup>841</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 121.

<sup>842</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. In **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. P: 123.

<sup>843</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis;, 2000.

<sup>844</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juizes, Vistos, por Nós, os Advogados**. Trad. Ary dos Santos. Livraria Clássica, Lisboa, 1940. P:145.

impeditivo para o arbítrio jurisdicional, entretanto, os limites legalmente impostos e a vinculação a uma motivação devida dos critérios justificadores da decisão, certamente, representam um importante elemento a ser devidamente laborado em uma perspectiva melhor adequação do processo penal. Para isso, se deve afastar a prova de determinações de “verdades” (sejam elas quais for) mas trabalhar a partir de critérios seguros de validade da prova e de definições claras que assegurem a imparcialidade do julgador (temas que serão analisados no capítulo seguinte), de modo a permitir que as partes busquem em um devido processo legal, a captura psíquica do julgador mediante a produção ou refutação das provas.

Carnelutti ao tratar sobre a prova penal o faz mediante uma desconstrução (também) da ideia da certeza como resultado processual. Dirá o autor que a certeza é a existência do presente, e este somente o é enquanto percepção sob os sentidos do observador. A existência de algo não é o “ser” deste algo, mas tão somente “parte do ser” alcançado pelos sentidos ou pelo pensamento. Em linha semelhante ao que o Autor trabalhou em relação a verdade. Logo a certeza, a partir de Carnelutti, é uma mera percepção. Não existe certeza, mas um determinado *grau de certeza ao qual se denominará de probabilidade*. É a prova como fundamento do processo que permite alcançar este alto grau de probabilidade, comumente descrito como certeza. Portanto, é a prova que proporciona ao julgador a obtenção de experiências que o capacita ao julgamento.<sup>845</sup>

Por obvio que não se está a afirmar que todo e qualquer julgador ingressará no feito motivado a encontrar alguma prova para condenar todos os réus, jamais se poderia justificar tal argumento generalista e irresponsável. O que se pretende analisar é como o Magistrado poderá ter uma estrutura processual e uma carga de expectativas a lhe imbuir desse propósito e que, a menos que esteja disposto a se dar conta disso e laborar de forma diferente, será, ainda que inconscientemente colocado e uma atuação que lida muito mais facilmente com aspirações autoritárias do que com a imposição de limites democráticos.

Entretanto, mesmo com todos os problemas oriundos de uma cultura autoritária e de uma legislação gerada em berço fascista, o processo penal brasileiro traz aspirações garantistas, por exemplo ao sustentar uma premissa do garantismo penal, que sustenta a defesa dos inocentes ao determinar que o Acusado deverá ser absolvido *quando*

---

<sup>845</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal** Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-America. Bosch y Cia. Editores Chile 2970, Buenos Aires, 1950. P: 288/290.

não existir prova suficiente para a condenação<sup>846</sup>. Ou seja, não basta a mera existência de prova, ela precisa representar um nível de suficiência para justificar a decisão do julgador. Dessa forma, em que pese as contradições existentes no diploma processual penal brasileiro, é preciso destacar que há nos caminhos legalmente traçados, também, uma possibilidade de atuação na defesa das garantias fundamentais e dos princípios processuais penais. Princípios do *in dubio pro reo*<sup>847</sup> e da *presunção de inocência*<sup>848</sup>, estão a confirmar isso. Entretanto, autores, como Larry Laudan, que defendem a função probatória de revelação da verdade e acreditam em uma estruturação processual penal que busque evitar o erro judicial, entende que princípios como o *standard de prova*, *presunção de inocência*, *benefício da dúvida pelo acusado* e *ônus da prova*, não se prestam a essa finalidade.<sup>849</sup>

Entretanto, tais regras e princípios consolidam o *ônus da prova* no processo penal a cargo da acusação. Para Susam Haack, a justificação que está subjacente no ônus probatório e nos modelos específicos de prova estão fundadas em opções políticas. A exigência de uma produção probatória ao encargo da acusação para além de uma dúvida razoável repousa na ideia de que é muito mais grave condenar um inocente do que

---

<sup>846</sup> Art. 386, VII do Código de Processo Penal Brasileiro.

<sup>847</sup> Para Maurício Zanóide de Moraes, o julgador deve atuar em consonância com o princípio da inocência, decidindo sempre de forma mais benéfica ao acusado, o *in dubio pro reo*, não seria diferente da presunção de inocência, mas também não seria igual, é apenas uma parte desta, um de seus desdobramentos. Por isto, a presunção de inocência deve ser compreendida por diversos aspectos como uma “*norma de tratamento*”, que assegure que o imputado será tratado como inocente enquanto não sobrevier sentença condenatória definitiva. Pode ser compreendida como “*norma probatória*”, que determina que para se justificar uma condenação ou qualquer medida restritiva, se exige do órgão acusador a apresentação de provas incriminadoras. Como uma “*norma de juízo*”, impõe que o juiz demonstre que o material incriminador é suficiente para lhe dar a certeza fática para decidir em desfavor do imputado. Portanto, o *in dubio pro reo*, ingressa na presunção de inocência somente neste último instante, somente na sua aplicação enquanto norma de juízo. (in ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.)

<sup>848</sup> Sobre a presunção de inocência Montero Aroca entende que representa a existência de um verdadeiro princípio, que deve orientar toda a regulação do processo pelo legislador ordinário, segundo o qual, todo o acusado é inocente enquanto não se prove o contrário. Seria, assim, uma garantia processual que não se refere nem a qualificação dos fatos como criminosos nem a responsabilidade penal do acusado, uma vez que se refere a culpabilidade deste, de modo que deve resultar provado que participou do delito. Daí se conclui que o acusado não necessita provar nada, de modo que se falta a prova, necessariamente deve resultar em uma sentença absolutória. (in MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: una explicación baçada em la razón**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997. P. 153)

<sup>849</sup> Ninguno de estos principios tradicionales (*estándar de prueba, presunción de inocencia, beneficio de la duda y la carga de la prueba depositada en la acusación*) está diseñado para reducir la probabilidad de cometer de errores en un proceso penal. Su efecto esperado es distribuir los errores de un modo determinado, es decir, tratando de garantizar que cuando estos se cometan sean predominantemente absoluciones falsas, en lugar de condenas falsas. (in in LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal**: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 60)

absolver alguém por um crime que tenha cometido.<sup>850</sup> Naquilo que Larry Laudan define como *gestão do erro*. Nesse ponto, importante a lição de Nereu Giacomolli, no sentido de que: “o encargo de provar a culpa do imputado é da acusação, mas é de interesse da defesa criar, no espírito do julgador, a dúvida razoável. Contudo, a circunstância de a defesa não ter criado a dúvida razoável não induz à condenação do imputado.”<sup>851</sup> Ou seja, ao Acusado tem de ser ofertado possibilidade de um exercício amplo de defesa, de produção e refutação probatória sem nenhuma obrigação, mas tendo que saber lidar com as consequências de sua não atuação, seja na refutação da prova ou na produção desta, uma vez que isso poderá permitir ao julgador se deixar convencer mais facilmente pela versão trazida pela Acusação.

O drama do processo é o drama do julgador, pois a este incumbe uma escolha. A dúvida, por seu turno, ao mesmo tempo em que impede a tomada de decisão, é contraproducente a um sistema de matriz inquisitória, pois impõe a absolvição. Dadas tais premissas, constata-se – a partir de Carnelutti – que a resolução legislativa ao drama do processo é determinar um agir para o julgador, “a lei libera o juiz do peso da escolha, escolhendo em seu lugar”.<sup>852</sup> Com isso, as disposições legais estabelecem uma garantia ao Acusado que não dependerá de atuação do Magistrado, ou seja, não precisará o Magistrado buscar provas para *se convencer* da inocência do réu, pois esta já estará presumida por força da escolha legal e constitucional.

Isso autoriza toda essa leitura extremamente crítica acerca dos poderes instrutórios do juiz, pois tem ela (a crítica) o escopo de proteger a garantias judicial de que o magistrado deve ser imparcial no processo, mantendo certo distanciamento das partes e de qualquer vício que lhe possa formar um pré-conceito acerca da culpabilidade do acusado.<sup>853</sup> Como sustenta Nereu Giacomolli: “a perspectiva do sistema probatório no processo penal é o de ‘prova-juiz’ e não ‘juiz-prova’ (via de mão única). O transitar na contramão, nessa perspectiva, significa retorno à estrada de chão batido da época medieval.”<sup>854</sup>

---

<sup>850</sup> HAACK, Susan. **El Probabilismo Jurídico**. Una disensión epistemológica, in Estándares de prueba y prueba científica, 2013. P: 69.

<sup>851</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. P: 107.

<sup>852</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Rivista di diritto processuale, Padova: Cedam, 1965, vol. XX, p, 4 – 9. Tradução do Prof. Dr. Eduardo Cambi, publicada na Folha Acadêmica, n. 116, a. LIX, p. 5, 1997. p, 3

<sup>853</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. P: 29.

<sup>854</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. P. 180

Dessa forma, como visto, o depósito de expectativas na atuação jurisdicional influencia na percepção deste magistrado acerca do processo penal e, por conseguinte, na interpretação realizada acerca de todos os institutos processuais penais. Há uma série de princípios e regras de processo penal que, mediante a customização discursiva podem servir a propósitos diametralmente opostos. Isso evidencia que a maneira pela qual se concebe o processo penal (como uma garantia ou como um instrumento de legitimação do poder de punir) irá trilhar o caminho pelo qual o ator judiciário prosseguirá. Essa percepção, influenciada pelas expectativas, guiará a interpretação que irá se consolidar na aplicação do caso.

Portanto, falar em *expectativas probatórias*, exigirá um rigoroso controle dos limites hermenêuticos acerca da aceitação e valoração dessa prova, mas, como salienta Rubens Casara: “*no plano do direito processual penal, a questão hermenêutica raramente merece atenção, embora represente fator capaz de minimizar a efetividade de direitos constitucionais. Na atualidade, reconhece-se que a força normativa do ordenamento jurídico está vinculada à atividade de interpretação judicial.*”<sup>855</sup> E diante dessa relevância da interpretação e da, inegável, influência dos aspectos subjetivos e da carga de expectativas em cada julgador, conduz a um cenário de extrema variedade de entendimentos para cada julgador em cada caso. Toda essa situação, desencadeia na grave e perigosa situação ocasionada pelo protagonismo judicial, daí, a conclusão que se chega Couture, no sentido de que: “*o direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça, mas se esse sistema for aplicado, em última instância por homens, valerá o que valham esses homens.*”<sup>856</sup> Não parece que estejamos distante disso no quadro atual do processo penal brasileiro, tampouco, parece que se possa admitir tal situação como ideal ou, no mínimo, válida em um processo penal de um estado democrático de direito.

Pois essa variabilidade de aplicação das regras e princípios jurídicos a cada caso a depender de entendimentos e percepções (de mundo e de direito) de quem estiver incumbido de julgar é fortemente influenciada pela carga de expectativas, pelos desejos que movem todo e qualquer ato humano, como define Rui Cunha Martins: “*Os sistemas da expectativa movem-se na esfera do desejo. Os mecanismos sociais, epistêmicos ou processuais são aí, sempre, por definição, potenciais máquinas desejantes.*”<sup>857</sup> Para isso,

---

<sup>855</sup> CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. P: 56.

<sup>856</sup> COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 58.

<sup>857</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P:33

o processo penal para que se imponha como um limite intransponível e seja um agente operador de mudança, precisa assumir a sua impopular e imprescindível função: *ser um defraudador de expectativas*.<sup>858</sup>

---

<sup>858</sup> Rui Cunha Martins sustenta que o processo só será um verdadeiro operador de mudança enquanto conseguir assumir uma faceta tão impopular quanto imprescindível: ser um defraudador de expectativas. É bem verdade que, classicamente, o processo deve a segurança jurídica que dele se pode esperar da respectiva capacidade para estabilizar expectativas, sejam sociais, sejam normativas, sejam, mais prosaicamente, de justiça. Pouco importa. Essa conexão precisa ser repensada de acordo com o que é hoje o modo de produção de expectativas. (*in* MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 100)

#### **4. TENSIONANDO EXPECTATIVAS, HORIZONTES DE PREENCHIMENTO NA LEGISLAÇÃO E O DESAFIO DO JULGADOR**

Como já avaliado em tópicos anteriores há uma carga de expectativas a conduzir ou, no mínimo, influenciar a decisão judicial. A partir disso é evidente que existirá um tensionamento destas expectativas, uma espécie de conflito entre a atenção às expectativas sociais e aquelas trazidas como sendo as exigências legais de atuação jurisdicional, por exemplo.

No entanto, conforme referido, as expectativas conduzem a uma ideia de preenchimento e a legislação projeta estes horizontes a serem preenchidos pelo julgador. Nesse sentido, se insere aí o desafio do julgador, desafio que ainda conta com uma crença sacralizada na figura do juiz, com exigências que desprezam a própria natureza humana e lhe atribuem missões sobre humanas. Mas o julgador aceita ou lança esse desafio? Qual a sua missão diante deste quadro? Quais são os sintomas deste tensionamento na legislação e na doutrina jurídica? São as respostas que pretendem ser trazidas no capítulo que inicia.

##### **4.1 – Jurisdição como Garantia e a Imparcialidade Judicial como Categoria Jurídica Imprescindível:**

A partir das considerações parciais que decorrem dos temas desenvolvidos nos capítulos anteriores, é possível evidenciar uma série de problemas e desafios para que se possa estabelecer um devido processo penal e efetivar uma concepção do processo como um efetivo direito fundamental a conter os anseios punitivos do Estado. Isso porque, não raras vezes, e por diversas situações, tais anseios influenciam ou condicionam a atuação jurisdicional. A causa disso vai desde uma cultura de crença na superioridade daquele investido no poder jurisdicional, perpassando por uma tradição autoritária, chegando a uma estrutura legislativa que permite e incentiva a centralidade judicial e o protagonismo do juiz, com o acréscimo de uma sociedade hiperacelerada e individualista que clama por uma resposta estatal efetiva para o combate à criminalidade.

Todo esse contexto gera no Magistrado, a partir de um quadro alucinatório, um regime de expectativas, pelas quais, querendo ou não, estará, de forma mais ou menos

intensa, condicionando sua atuação. Nesse ponto, o objetivo é avaliar o desdobramento de todo esse contexto no processo penal brasileiro, ou seja, quais os sintomas abertos na legislação ou oriundos da “criatividade” interpretativa dos Magistrados que apresentam os horizontes de preenchimento do julgador.

Antes de se avaliar os sintomas e as demonstrações de como se apresentam esses espaços a serem preenchidos, é importante ter bem claro a necessidade de se definir a jurisdição como um garantia fundamental, na medida que todas as análises que aqui se realizam se justificam, justamente, pela relevância de se efetivar a garantia jurisdicional e, por consequência, de se buscar limites e categorias que garantam o seu exercício de acordo com as premissas básicas de um modelo acusatório, pautado na defesa das garantias fundamentais. Dessa forma, nesse primeiro tópico se pretende avaliar a jurisdicionalidade e, principalmente, a necessidade de se buscar definir a imparcialidade como uma categoria jurídica imprescindível para um processo penal devido.

Para a defesa de todas as demais garantias do cidadão é fundamental que haja uma forma de se efetivar essas garantias no plano concreto, daí porque, nas palavras de Ferrajoli: “*A principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo nosso axioma nulla pena sine iudicio.*”<sup>859</sup> Portanto, condicionar a aplicação de uma pena ou de uma medida restritiva de direitos fundamentais a uma decisão judicial é submeter maior limitação ao poder do Estado sobre a vida, a liberdade, a intimidade das pessoas, o que demonstra a função garantista do direito e do processo penal, que nas palavras do mesmo Ferrajoli: “*o primeiro pressuposto da função garantista do direito e do processo penal é o monopólio legal e judiciário da violência repressiva.*”<sup>860</sup> Portanto, se conclui, na esteira do que já fora apresentado em capítulos anteriores, que a jurisdição penal é, sim, um poder-dever do Estado, sem deixar de ser um direito fundamental do indivíduo.<sup>861</sup>

Mas, para que se apresente como um direito fundamental a jurisdição precisa estar ciente de todos os desafios contemporâneos a influenciar o seu exercício, haja vista a enormidade de situações, de relações, de expectativas depositadas que podem colocar o atuar jurisdicional a serviço outro que não o de defesa dos direitos. Rui Cunha Martins

---

<sup>859</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 495.

<sup>860</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 704.

<sup>861</sup> BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P. 58.

explica que há uma batalha das expectativas, que está situada numa zona de manifesta confluência intersistêmica, de um sistema jurídico posicionado frente a um sistema comunicacional que por sua vez é percorrido pelos fluxos de um sistema econômico, todos envolvidos num jogo de sedução semelhante aos do reino animal, em que o que está em disputa é captar a atenção de um sistema social por atribuir a cada um deles determinado grau de confiança e, em função dele, determinado grau de adesão.<sup>862</sup>

A jurisdição, portanto, para que se edifique como um direito fundamental e não sirva apenas como estágio legitimador da violência repressiva do Estado precisa estar inserida nesse contexto que lhe possibilite ou lhe exija uma postura garantista. No entanto, há diversos modelos de juízes, diversas variações de compreensão de mundo e do Direito que, numa estrutura com tamanha abertura para o protagonismo judicial, deixam a efetividade da garantia da jurisdição cada vez mais condicionada aos aspectos individuais do julgador ou dos julgadores. Se não há como avaliar o perfil e o modelo de cada um dos milhares de juízes no Brasil, não se pode ignorar a contribuição que determinadas definições clássicas já realizaram e avaliar o quanto se pode extrair a partir de suas categorias.

Para isso, importante sempre avaliar a articulação realizada por François Ost<sup>863</sup> e de seus conhecidos modelos de juízes: Júpiter, Hércules e Hermes. Em brevíssima síntese, o juiz Júpiter está atrelado aos códigos de leis e à leitura kelseniana do ordenamento jurídico e da atividade interpretativa, num modelo de direito que *se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribir-se en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas*; o juiz Hércules, por sua vez, está vinculado ao realismo jurídico, substituindo o ordenamento pelo dossiê, o Direito pela jurisprudência, seria *juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir daqui no hay más derecho que el jurisprudencial: es la decisión y no la ley que crea autoridad*; e o juiz Hermes, adequado ao Direito pós-moderno, ao fragmentarismo e que estrutura a sua atuação em rede, *no tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos en interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita*

---

<sup>862</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 102.

<sup>863</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Doxa. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: [rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf). Acesso em: 23 de abr de 2020.

*de poderes, tan prontos separados como confundidos, a menudo intercambiales; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las replicas.*

A análise apenas destes três modelos trazidas pelo jurista belga, já permitiria a análise de tudo o que fora avaliado no capítulo anterior e de quanto a carga de expectativas depositadas no julgador conduz a sua atuação e, por conseguinte, define o modelo de juiz. No atual quadrante da história brasileira, é possível identificar os três modelos atuando de forma simultânea, quando não a guiar o mesmo julgador que possui variações de atuação a partir do caso, do fato ou do réu sob julgamento. Por isso, a importância de se avaliar as expectativas e, principalmente, a cultura jurisdicional, pois inserido em uma cultura autoritária os anseios democráticos dificilmente poderão florescer na dimensão que deveriam.

É isso que Ferrajoli denominará de *falácia garantista*, que se sedimenta na ideia de que bastem razões de um bom direito, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais para conter os poderes e pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções.<sup>864</sup> Como visto anteriormente, ainda que seja sob a perspectiva de correspondência a determinado quadro de expectativas, apenas o limite legal, não basta para impedir o arbítrio jurisdicional. E prossegue o jurista italiano, ao referir que: *“experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só, garantir nada.”*<sup>865</sup>

Percebe-se que Ferrajoli vai além, não condiciona um modelo garantista apenas a uma concepção garantista por parte do julgador, o que seria, sim, reduzir de forma demasiada todo um sistema jurídico, mas condiciona a uma atuação mais ampla, a partir de forças políticas e sociais que possam compreender a fundamental relevância de um poder jurisdicional pautado pelas ideias de garantias fundamentais e, a partir disso, se consolidar uma ideologia garantista e uma expectativa de atuação jurisdicional em consonância com esta.

---

<sup>864</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 866.

<sup>865</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 867.

Mas não será possível se estruturar esse modelo de atuação jurisdicional quando o medo ainda for um importante fator a justificar práticas autoritárias. Não há referência aqui, ao medo do crime e da exploração midiática da violência, já avaliada no capítulo anterior. Mas, ao medo do processo e medo do julgador. Como se fosse necessário que o indivíduo temesse um juiz ou o processo penal para que, a partir disso, se pudesse consolidar os ideais de prevenção geral e funções da pena, cada vez mais encampadas por institutos processuais penais repressivos. O medo de uma investigação ou de uma acusação perde o sentido quando vira um medo social, ou seja, um temor de todos frente ao processo, pois nesse momento ele perde sua função precípua de defesa dos inocentes.

Mas esse medo ganha aplausos e incentivos de grande parcela da população que reconhece a seletividade do sistema penal e que, portanto, reconhece que não será destinatária dessa repressão em sua forma mais grave, ou seja, pode até ser alvo de uma investigação ou de uma acusação, mas o trato estatal que será dispensado ao criminoso do *colarinho branco*, será sempre muito diferente daquele que é oferecido ao público preferencial do processo penal. Contudo, um judiciário que represente o medo nos seus jurisdicionados, estará desprezando categorias basilares e princípios fundamentais do processo penal, dentre eles: a presunção da inocência. Por isso, Ferrajoli, assevera: *“toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de Direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.”*<sup>866</sup>

Por isso, a jurisdição enquanto garantia precisa estar ciente dos compromissos garantistas firmados por uma constituição democrática e não pode, sob qualquer justificativa e, ainda que amparada em pseudos-argumentos salvacionistas se deslocar de seu caráter primordial. Contudo, tudo isso, somente será possível a partir de uma jurisdição imparcial, na medida em que sem a efetiva garantia de imparcialidade não há como se projetar uma devida atuação jurisdicional.

---

<sup>866</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 506.

A imparcialidade judicial como *principio supremo*<sup>867</sup> ou *principio chave*<sup>868</sup> do processo penal ou *natureza da função judiciária*<sup>869</sup> precisa ser devidamente defendida e compreendida e, a partir disso, deve ser tratada e avaliada como uma categoria jurídica, de modo que sua defesa se torne clara e efetiva. Discutir imparcialidade não pode representar uma penetração na *psique* do julgador para imaginar o quanto envolvido está com o caso ou o quanto de influência externa poderá contaminar a sua decisão. Isso porque, tal discussão penetra em uma seara nebulosa, envolta de incertezas e facilmente descreditadas diante da difícil comprovação. Portanto, não se está a afirmar que a análise, o estudo, a discussão sobre os envoltimentos psicológicos do Magistrado não tenham enorme relevância para o estudo do processo penal, mas apenas se buscará avaliar a necessidade de uma definição jurídica clara para que a defesa desta não seja refutada por argumentos morais, de idoneidade ou capacidade do julgador.

Portanto, a imparcialidade judicial representa não uma virtude ou um adjetivo do exercício jurisdicional, mas sim um pressuposto sem o qual não há sentido se falar em jurisdição,<sup>870</sup> de modo que a busca por um juízo imparcial é condição de validade e legitimidade do processo penal. A imparcialidade pressupõe um distanciamento, estar alheio aos interesses em disputa no processo, um afastamento dos interesses das partes no processo penal. Imparcialidade pressupõe inércia, não agir como se parte fosse, mas mais do que isso,<sup>871</sup> não se inclinar a nenhum dos lados da disputa judicial. Isso porque,

---

<sup>867</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Basico del Proceso. (La Partialidad y La Imparcialidad). In **Revista de Derecho Procesal**, n.2, 1950, p. 208 e s. Disponível em [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf) Acesso em 02 de junho de 2020

<sup>868</sup> A situação do processo penal contemporâneo na análise de Gomez Colomer é a seguinte: a) em primeiro lugar, há que se colocar em primeiro plano as garantias processuais do acusado, uma vez que há a consolidação de um verdadeiro hipergarantismo em matéria processual penal; b) há a necessidade de reafirmação da vigência do princípio acusatório; c) a consagração da imparcialidade judicial como princípio chave do processo penal. (in GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **El Proceso Penal en el Estado de Derecho**: diez estudios doctrinales. Castellón: Palestra Editores, 1999. P: 24-25)

<sup>869</sup> Sobre a imparcialidade, acrescenta Cappelletti, representa “o valor final – a essência ou a natureza da função judiciária. Por esse ângulo, assevera ainda o autor que “imparcialidade do juiz (nemo iudex in causa sua) e a possibilidade das partes de fazer valer em juízo as próprias razões (audiatur et altera pars), consideraram-se por séculos como as duas regras fundamentais – as ‘regras da justiça natural’ ou ‘rules of natural justice’ do processo judiciário”. (in CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989. P: 32.)

<sup>870</sup> Zaffaroni esclarece que “a jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpre eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionalidade e não o seu acidente. (in ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: RT, 1995. P: 86)

<sup>871</sup> Sustenta Werner Goldschmidt: Volvamos al punto de partida: la imparcialidad como principio del Derecho Procesal, Imparcialidad no significa, pues, al no ser parte. Una persona puede tener una relación con el objeto de la controversia y ser, por tanto, parte en sentido material; también puede tener una relación con las expectativas, posibilidades, cargas y exoneraciones de cargas procesales, y ser, por consiguiente,

a legitimidade da prestação jurisdicional estará condicionada a uma atuação imparcial que não se verifica quando o julgador age de ofício (pois estará agindo como parte) ou quando atua de forma a desequilibrar a balança processual, quando isso ocorre há dúvida sobre a imparcialidade e, por conseguinte, sobre a qualidade da prestação jurisdicional, como refere Werner Goldschmidt, ao analisar o papel do juiz de forma similar ao do historiador: “*el historiador es parte y juez, simultáneamente, y no cabe duda alguna de que esta su doble función contenga serios peligros para una imparcial exposición de la Historia.*”<sup>872</sup>

Ora, como se legitimar um resultado advindo de uma decisão proferida por um Magistrado que não se demonstrou imparcial? No mais elementar dos jogos desportivos e na solução das mais banais controvérsias haverá uma dúvida quanto à legitimidade do resultado ou da decisão tomada quando pairarem dúvidas acerca da imparcialidade daquele investido em assegurar as regras do jogo. Aragoneses Alonso, partindo da ideia de imparcialidade como princípio supremo do processo sustenta que, ante o enfrentamento de duas partes e da presença de um terceiro imparcial, é preciso estabelecer um sistema jurídico que assegure o devido processo. Essa estrutura representa a proteção de uma parte frente a outra, a proteção dos particulares em face do Estado e do indivíduo contra si mesmo.<sup>873</sup>

Toda a matriz principiológica do processo penal, através do cumprimento das promessas constitucionais somente restará assegurada através de um juiz imparcial, não há como se falar em observância de um devido processo legal, sem que haja assegurada a imparcialidade do julgador. Estando ameaçada ou afetada a imparcialidade todos os demais princípios irão ruir e a legitimidade e qualidade da prestação jurisdicional estará fortemente afetada.

---

parte en sentido formal. Pese a ello, cabe la más perfecta imparcialidad. El principio de la imparcialidad conota una relación entre los móviles de una persona y un acto procesal (declaración o resolución). Esta relación, para poder ser calificada de “imparcial”, debe consistir en lo siguiente: el móvil de la declaración (de la parte, del testigo, del perito, etc.) o de la resolución debe ser el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. (in GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Basico del Proceso. (La Partialidad y La Imparcialidad). In **Revista de Derecho Procesal**, n.2, 1950, p. 208 e s. Disponível em [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf) Acesso em 02 de junho de 2020. – P.:19)

<sup>872</sup>GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Basico del Proceso. (La Partialidad y La Imparcialidad). In **Revista de Derecho Procesal**, n.2, 1950, p. 208 e s. Disponível em [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf) Acesso em 02 de junho de 2020. – PÁG. 14

<sup>873</sup> ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal** (Introducción). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997. P. 137.

Um dos princípios basilares do processo penal, a garantia do contraditório, por exemplo, não existirá ou, no mínimo, não será efetiva sem que haja a imparcialidade do julgador, consistente em conferir igualdade de tratamento e de espaço de atuação a cada uma das partes. Como sustenta Werner Goldschmidt: “*el deber de imparcialidad exige enterarse de la misma, lo que supone haber dado audiencia a ambas parte. (...)el juez que no presta audiencia sino a una sola parte, se asemeja a un ciego: sólo por pura casualidad halla la buena senda.*”<sup>874</sup> Em linha semelhante, Aragonese Alonso estabelece que: “*es evidente que el principio dispositivo se nos aparece juntamente con el contradictorio, como la base sobre la que descansa el principio supremo de imparcialidad en la estructura coativa que tradicionalmente se conoce con la denominación de proceso.*”<sup>875</sup> Portanto, todas as garantias processuais penais, somente serão perfectibilizadas por uma postura do juiz garantidora da democracia processual e pela confiança em decisões gradativamente delineadas pelos argumentos envolvidos na questão em discussão.<sup>876</sup> Sendo a imparcialidade não somente um pressuposto, mas um fundamental ponto de partida para a efetivação de um processo penal constitucional.<sup>877</sup>

Entretanto, os elementos dispostos na legislação brasileira para assegurar a imparcialidade são limitadas e insuficientes e ainda contam com um amplo aspecto de interpretação para fins de avaliar a parcialidade do julgador, de modo a não atingirem o requisito fundamental de análise da legitimidade e primariedade da cognição.<sup>878</sup> Daí, porque, a imparcialidade necessita ser compreendida como uma *categoria jurídica* para

---

<sup>874</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Basico del Proceso. (La Parcialidad y La Imparcialidad). In **Revista de Derecho Procesal**, n.2, 1950, p. 208 e s. Disponível em [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf) Acesso em 02 de junho de 2020. – PÁG. 05-06.

<sup>875</sup> ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal** (Introducción). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997. p. 137.

<sup>876</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 201

<sup>877</sup> Segundo afirma Ruiz Ritter: “Enfim, se o projeto é, reitera-se, de fato, pela efetivação de um processo penal constitucional e convencionalmente orientado, mostra-se como um excelente ponto de partida a consagração do princípio da imparcialidade como essência da atividade jurisdicional e do devido processual penal acusatório, a fim de ser ter preservada a cognição do julgador no processo, para que não acabe ruída a confiança da sociedade no Poder Judiciário”. (in RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 84)

<sup>878</sup> Deise Lora, estabelece que: “essas decisões demonstram o quanto são limitadas as hipóteses legais e interpretativas de parcialidade no Brasil, principalmente por não atingirem o requisito de legitimidade e primariedade da cognição. Afinal, se o espírito da norma é evitar pré-julgamentos e proteger a espontaneidade contraditória na formação do convencimento judicial, não é este o sentido que os julgadores constitucionais lhe estão conferindo. (in LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 191

que, assim, se possa haver um controle efetivo sobre as hipóteses em que esta restou ameaçada ou atingida.

A necessidade de se estabelecer esse controle claro, sobre aspectos técnico-jurídicos mediante elementos objetivos que estabeleçam uma clara ameaça a necessidade de preservação da imparcialidade se justifica para que se possa sempre evitar que a apreciação da contaminação ou não do julgador se veja envolta de uma gama de subjetividades, que busquem avaliar a aptidão técnica e moral do julgador, como se ao indivíduo acusado fosse destinada a sorte de contar com um julgador apto moralmente para ser imparcial ou o azar de contar com algum outro julgador que possa agir pelo interesse de uma das partes, o que seria inadmissível em sistema de justiça criminal, sedizente, democrático.

Isso porque, retornando ao que já fora trabalhado em tópicos anteriores, não se pode negar a subjetividade do ato de julgar e a enormidade de elementos que irão influenciar a decisão a ser tomada pelo juiz em um caso concreto. E sobre esse desconhecido, sobre esses aspectos psicológicos não há como se efetivar um controle ou uma análise clara e objetiva do quanto cada um dos preconceitos, caprichos ou preferências do julgador influenciou no resultado do feito. Sempre importante recordar a lição de Jacinto Coutinho, para quem: *“é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”*<sup>879</sup>

A separação conceitual de neutralidade<sup>880</sup> já é um certo consenso nos trabalhos acerca da decisão judicial, por ser uma categoria incompatível com a própria natureza humana. A imparcialidade, contudo, também seria um horizonte inatingível, um ideal utópico. Como define Carnelutti: *“justiça humana nada mais é do que uma justiça parcial; tão somente restando a redução de tal parcialidade.”*<sup>881</sup> Pois o ser humano, ainda

---

<sup>879</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. (coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 8.

<sup>880</sup> Para tanto, Duarte também verifica que os aspectos instintivos influenciam consideravelmente o julgamento, pois “no ato de julgar está um ser humano que também implode em suas questões existenciais e em seus porquês, em suas emoções, nos sentidos que busca da vida e nas próprias expectativas e intenção do que pretende comunicar na sentença. É o autoconhecimento transposto à decisão tomada. (in GIACOMOLLI, Nereu José. DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 102, p. 288-308, março de 2002. P. 290.

<sup>881</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas, Bookseller, 2002. P: 31.

que inconscientemente,<sup>882</sup> não poderá se despir de sua história, de seus sentimentos pessoais com as partes ou com os fatos para julgar, o que reforça a necessidade de diferenciar a categoria *psíquica* da categoria *jurídica* ao trabalhar com o tema.

Importante, também, a lição de Calamandrei, ao questionar o conteúdo puramente lógico da sentença, sustentando que : “*debaixo da ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais [...] o erro judiciário às vezes é o defeito inconsciente de um pecado de orgulho: o magistrado que tomou um caminho recusa-se a ouvir*”<sup>883</sup> Portanto, o primeiro aspecto para que a imparcialidade possa ser compreendida dentro de sua complexidade e defendida dentro de sua relevância é compreender que o julgamento é uma atividade humana e que, inevitavelmente, será permeada por aspectos que constituem aquele julgador enquanto indivíduo.

Por isso, Deise Lora, trabalha com a necessidade de que no processo penal atual haja a difusão do ideário de que a decisão judicial é única e exclusivamente influenciada por questões fáticas e jurídicas contidas nos autos. Disso decorre a sustentação de que ser imparcial e não tender aos interesses de nenhuma das partes é diferente de ter concepções de vida que identificam o sujeito como pessoa.<sup>884</sup>

Portanto, a defesa da imparcialidade não pode rumar para um ponto inatingível, incidindo no equívoco de lutar por uma defesa de uma categoria não verificável e, por isso, facilmente refutável. Tanto se denunciou na presente pesquisa os riscos de crença na sacralidade do ato de julgar, na infalibilidade ou na bondade do julgador que a defesa da imparcialidade não pode incidir nos mesmos equívocos de crer em um julgador despido de crenças e preconceitos e que julgará apenas a partir do conteúdo dos autos do processo. E afirmar isso é, justamente, buscar a efetivação de um controle da imparcialidade, ao aceitar o julgamento a partir de todas as idiosincrasias inerentes à espécie humana, o ponto nevrálgico passa a ser definir critérios para uma defesa da imparcialidade que não dependa da boa vontade do julgador.

---

<sup>882</sup> Zimerman que “estamos sob a influência constante do inconsciente pessoal (id; superego); do inconsciente familiar, do inconsciente coletivo, do inconsciente físico. (in ZIMERMAN, David. **Fundamentos psicanalíticos**: teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática. Porto Alegre: Artmed, 1999. P: 125-132.)

<sup>883</sup> CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes, vistos por um advogado. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 179

<sup>884</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 148.

Num primeiro aspecto, a doutrina já vem estabelecendo importantes diferenças ao trabalhar com a *imparcialidade subjetiva* e *imparcialidade objetiva*, o que não será abordado mais a fundo nessa pesquisa pois o objetivo aqui passa por uma definição única da imparcialidade como uma categoria jurídica indispensável. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há décadas já estabeleceu que a contaminação resultante de *pré-juízos* conduzem a falta de imparcialidade *subjetiva* ou *objetiva*. Desde o caso *Piersack*<sup>885</sup>, de 1982, se entende que a *imparcialidade subjetiva* alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Já a *imparcialidade objetiva* diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua parcialidade. Portanto, não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial, com essa visibilidade de imparcialidade.<sup>886</sup>

A ideia de uma *estética de imparcialidade* remonta a definição a partir da perspectiva metafórica acerca da mulher de César, que não basta ser honesta, é preciso parecer honesta, como leciona Germán Ramires: “*El respeto del aspecto objetivo de la imparcialidad nos recuerda que la mujer del César no sólo debe serlo sino además parecerlo, lo que significa que los jueces deben, no obstante, contar con la confianza de los sujetos que juzgan de modo que éstos ni siquiera alberguen el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo parcial*”<sup>887</sup>

Para Deise Lora, é importante compreender as oscilações entre uma construção substancial e ampliada do dever de equilíbrio e isenção do juiz, ora abrangendo a legitimidade da jurisdição pela confiança que inspira, o que representaria a *imparcialidade objetiva*, ora restringindo-a ao ânimo do julgador, *imparcialidade subjetiva*.<sup>888</sup> Entretanto, em ambas é necessário um suporte fático, um elemento a demonstrar esse envolvimento do Magistrado. Entretanto, no atual cenário das disposições existentes na legislação brasileira, ainda que haja um suposto fato é

---

<sup>885</sup> Piersack vs. Bélgica, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que “todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática”; e concluiu: “é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais pode provocar dúvidas de parcialidade”.

<sup>886</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 65.

<sup>887</sup> RAMÍRES, Germán Echeverría. **Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal**: Tras la conquista de la garantía. Revista de Derecho. v. 23, n. 1, Valdivia, jul. 2010. P: 276.

<sup>888</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 201.

necessário que se busque uma demonstração do quanto isso influenciou o julgador, o que conduz a um plano inatingível.

De forma a demonstrar isso, apenas à título exemplificativo, é possível trazer a notícia de que, em um dos casos de maior polêmica, envolvendo uma acusação criminal contra um ex-presidente da república, foram vazadas informações extraídas de aplicativos de mensagens dando conta do juiz do caso, o então Magistrado Sérgio Moro, definindo estratégias junto aos membros do Ministério Público Federal e, até mesmo, aconselhando a substituição de uma profissional por “não ir muito bem” em audiência.<sup>889</sup> Em que pese, tenha muito se debatido sobre a legalidade das conversas, não se negou seu conteúdo e esse envolvimento explícito, em uma estrutura legislativa que trabalhasse seriamente com a defesa da imparcialidade, já teria sido suficiente para anular as atuações destes envolvidos. Contudo, a discussão passou para um campo nebuloso de avaliação do quanto estes elementos afetariam a capacidade do julgador ser ou não imparcial e quando se adentra a essa seara, não há como se estabelecer uma definição clara e segura da garantia da imparcialidade. Para ilustrar o quão mal se vai nessa área no processo penal brasileiro, é possível verificar o exemplo do carnaval de São Paulo no ano de 2020, no qual todas as notas de um jurado foram canceladas por ele ter sido visto sambando durante o desfile de uma das escolas.<sup>890</sup> No Brasil, o carnaval, para muitos é coisa séria, mas não pode representar um controle maior acerca da estética de imparcialidade, do que aquela que se exige no processo penal.

A imparcialidade jurisdicional, portanto, é uma garantia do processo penal, sendo uma exigência fundamental para a realização do devido processo legal, do princípio do contraditório e demais direitos fundamentais<sup>891</sup>, daí a necessidade de se tratar a imparcialidade como uma, indispensável, categoria jurídica para que sua defesa possa sair do discurso acadêmico e superar o mar de relativismo no qual vem tendo de navegar para se tornar um aspecto concretamente protegido.

---

<sup>889</sup> <https://theintercept.com/2019/06/12/chat-sergio-moro-deltan-dallagnol-lavajato/>

<sup>890</sup> <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/carnaval/2020/noticia/2020/02/25/jurado-das-escolas-de-samba-de-sp-e-visto-dancando-durante-desfile-e-suas-notas-de-alegorias-nao-serao-consideradas-veja-video.ghtml>

<sup>891</sup> “O juiz, ao mesmo tempo em que gravita no interior do processo, há de traçar sua linha em espaços equidistantes aos dos demais sujeitos processuais, sendo inadmissível sua atuação como parte, o que afastaria a imparcialidade, atributo indispensável ao ato de julgar. É a imparcialidade que garantirá o distanciamento do juiz. Essa é uma exigência fundamental para a realização do devido processo legal, do princípio do contraditório e demais direitos e garantias individuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, um dos pilares da república”. (in GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, vol. 33, n. 102, p. 288-307, jun./2006. P. 289.)

A definição da imparcialidade como categoria jurídica se demonstrará a partir da observância das regras do jogo processual e do tratamento conferido às partes no processo, não há como se estabelecer um controle imparcial do jogo, quando não se verifica tratamento igualitário e oferecimento de um efetivo contraditório às partes. Como sustenta Ricardo Gloeckner: *“O papel da imparcialidade do juiz residirá não apenas nos gostos e preferências pessoais que deveriam no plano do dever-ser, restar renegados. Mas consiste em propiciar às partes igualdade de oportunidades na “captura psíquica”. O contraditório consistiria a peça imprescindível de um processo democrático, no qual as liberdades prevalecem sobre o interesse exclusivo do Estado.”*<sup>892</sup>

O julgador imparcial, portanto, não será aquele despido de preferências pessoais, de uma pré-compreensão do mundo e dos fatos, mesmo aqueles que estejam em julgamento. Ao se buscar uma ausência de pré-juízos, é preciso se estabelecer limites que busquem a garantia da inexistência de condicionamentos físicos ou psíquicos capazes de alterar o objeto do processo para um objeto de amor. Se não se pode “blindar”, o juiz contra todos estes aspectos, ao menos é possível reduzir-se as chances de se transformar o processo numa espécie de objeto de direção do amor do julgador, o que desencadearia o problema apontado por Cordero sobre o sistema inquisitorial: atitudes policialescas, o primado das hipóteses sobre os fatos, postura paranóide.<sup>893</sup>

Toda sistemática acusatória e adequação de um sistema ao princípio acusatório se centra na efetiva garantia da imparcialidade, ao passo que sem esta todos os demais princípios que visam assegurar as garantias individuais, indispensáveis para um processo devido serão facilmente ignorados e relativizados. Dessa forma qualquer ato, postura ou posicionamento do julgador que coloque em dúvida a sua capacidade de manter o afastamento aos interesses da causa, deverá representar seu afastamento do caso, sob pena de nulidade. Afirmar isso não é concordar com a taxatividade<sup>894</sup> problemática das hipóteses de suspeição trazida na legislação processual penal brasileira<sup>895</sup>, muito antes

---

<sup>892</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 139

<sup>893</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 204

<sup>894</sup> Atinente a isso, Badaró sustenta que “o rol legal não pode prevalecer sobre a finalidade que tal regra pretende assegurar [...]. É inaceitável que se admita o julgamento por um juiz parcial, sabidamente parcial, apenas e tão somente porque a situação da qual se infere o risco de parcialidade não esteja previsto em lei. (in BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 274.)

<sup>895</sup> As hipóteses de suspeição e impedimento ainda são taxativas, o que traduz numa prevalência da lei ordinária sobre um tratado internacional de Direitos Humanos, qual seja o Pacto de San José da Costa Rica, que eleva o direito a um julgamento imparcial ao nível de direito fundamental. Por isso, não é possível

pelo contrário, busca uma definição objetiva de que quando o julgador houver se manifestado publicamente sobre o fato (ou sobre fatos relacionados), quando tiver envolvimento com uma das partes, quando já tiver tido contato anteriormente com os elementos que embasam a denúncia, quando comentou fora dos autos do processo sobre um fato em julgamento ou quando realizou qualquer outra conduta que deixe margem para o questionamento de sua imparcialidade, deverá ser retirado do processo.

Deise Lora, trabalhando com as ideias de Jordi Nieva Fenoll, afirma que o ideal seria, nos Estados em que as regras ao impedimento ou suspeição são fechadas, incluir-se à legislação um dispositivo geral, com redação ampliada e que contemple manifestações judiciais prévias, ainda que abstratas, a respeito de crenças e particularidades psicológicas.<sup>896</sup> O que se pretende com a definição de uma categoria jurídica, não é restringir os casos a hipóteses taxativas previstas de forma antecipatória pelo legislador<sup>897</sup>, mas sim, ter claro que quando verificada a situação passível de gerar desconfiança sobre a imparcialidade do julgador, esta já terá sido afetada, não devendo a discussão ceder espaço para apreciações que busquem lidar com a capacidade moral ou idoneidade do julgador que lhe permitiria, mesmo diante de determinado envolvimento, preservar sua imparcialidade.

Certamente se poderia incidir no problema de uma abertura com vagueza semântica que poderia justificar a arbitrariedade do aplicador no caso concreto. Entretanto, seria uma abertura a ser preenchida a partir dos pilares garantidores de um devido processo penal, a ser lido em consonância com o texto constitucional e com os valores nele insculpidos. A legislação está repleta de aberturas repressivas, de modo que uma abertura ampliativa em termos de direitos fundamentais não pode representar um problema ao ponto de ser um empecilho para sua efetivação.

---

limitar as hipóteses de suspeição descritas no Código de Processo penal. (in MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal. Da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 101.)

<sup>896</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 187.

<sup>897</sup> Por exemplo, na Itália, as hipóteses não são taxativas, haja vista que a lei processual não pode supor todas as situações em que será possível verificar a suspeição do julgador, por isto, deve apenas prever aquelas situações em que, de acordo com a experiência comum, a coletividade de uma forma geral, tem como suspeito de não exercer um juízo imparcial, digno de credibilidade. (in FERRAIOLI, Marzia e DALIA, Andrea Antonio. **Manuale de Diritto Processuale Penale**. Quarta Edizione. Milani: Cedam, 2001. P.111.)

#### 4.2 Expectativas Internas – O Problema da Contaminação da Decisão Judicial e a Atuação de Ofício.

Ainda na seara da, fundamental, discussão acerca da imparcialidade do julgador e de modo a reforçar a necessidade de se estabelecer limites claros que efetivem a salvaguarda desta, se faz necessário se debruçar sobre outro ponto fundamental em uma análise que almeje avaliar o papel do julgador e sua postura mediante o quadro de expectativas que se projeta: as expectativas internas. De que modo operam estas expectativas que representam aquilo que mentalmente o julgador introjetou como seu papel diante do caso concreto? E quantos e quais são os problemas que se apresentam a partir disso em uma estrutura que incentiva uma atuação de ofício e um protagonismo judicial, ainda antes do início da fase processual?

Sem pretender deslocar-se do ponto central de análise da pesquisa, tampouco incidir no erro da apreciação demasiadamente superficial acerca de temas que exigem conhecimento profundo de outras áreas do conhecimento, mas, visando, apenas ilustrar os aspectos atingidos por uma determinada carga de expectativas e a influência destas no ato de julgar, é indispensável que haja uma apreciação acerca do quanto internamente o julgador se vincula à determinadas hipóteses e age a partir de tal vinculação. Os aspectos psicológicos a influenciarem a decisão judicial já foram avaliados de alguma forma ao decorrer dessa pesquisa, que agora centra-se na análise dos efeitos a partir da influência do inconsciente, bem como da primeira impressão gerada na mente do julgador a partir de um contato com os elementos da investigação e o desdobramento disso em uma legislação processual penal que incentiva sua atuação de ofício.

Portanto, ponto elementar é, novamente, reconhecer que não há sentido se pretender deslocar as influências emocionais do ato de decidir, sob pena de incidir no “Erro de Descartes”<sup>898</sup>, justamente por esta polarização de razão e emoção. Em brevíssimas linhas, na referida obra, se conclui que a perda da capacidade de uso de emoção corresponde a uma perda equivalente na capacidade de se empregar o raciocínio

---

<sup>898</sup>Sobre o tema, indispensável a leitura da obra. DAMÁSIO, Antônio. **O Erro de Descartes**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

e de serem tomadas decisões de forma eficaz. Ou seja: a inexistência de sentimento pode comprometer a racionalidade.<sup>899</sup>

Superado o culto a razão<sup>900</sup> e o uso da emoção como forma de deslegitimar qualquer decisão humana, mais em especial a decisão judicial, é preciso ter claro que no processo cognitivo inerente à atividade judicante, adverte Alexandre Morais da Rosa que a ‘consciência plena é ilusória’ e que é necessário ir ao encontro de um juiz humano, portador de subjetividades e desejos: “*não se trata de adotar a psicologia do eu [...] mas de reconhecer a influência do inconsciente*”<sup>901</sup> O reconhecimento do inconsciente e de suas influências não significa abrir um incontrolável espaço de arbítrio jurisdicional, mas reconhecer a atuação destes fatores para que se possa trabalhar com determinados critérios limitadores, conforme define Marrafon: “*O decidir juridicamente se desenvolve enquanto processo cognitivo que depende de inúmeros condicionantes, muitos dos quais não controláveis racionalmente. No entanto, a exigência de segurança jurídica impõe deveres doutrinários e constrangimentos normativos no intuito de tornar esse ato o menos discricionário possível.*”<sup>902</sup> O primeiro passo para que haja esse controle por parte do julgador de não deixar seu julgamento se dar, exclusivamente, pela emoção e, com isso, estar desconectado de regras e limites impostos pelo Direito, é estar ciente disso<sup>903</sup>. Negar a influência destes aspectos é optar por não enxergar o problema, o que impede de lidar com ele. Como define Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho: *O consciente é racional e discute. O inconsciente é furtivo, sub-reptício, avesso a qualquer contraditoriedade; geralmente é impulsivo e autoritário. É preciso desconfiar desse*

---

<sup>899</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007. P. 46.

<sup>900</sup> Ao falar da fundação da norma no contexto social, Ruth Gauer destaca a importância a ser atribuída às estruturas do inconsciente e aos conteúdos da psique. No que se refere à Freud e à Psicanálise, enfatiza o impacto que sua teoria interpôs sobre a formulação de uma identidade do homem ocidental. Em uma época em que o papel primordial era atribuído à razão, e ao homem como ser diferenciado pelo predomínio da racionalidade sobre outros processos psíquicos, o desenvolvimento de um mundo interior teve profundo impacto sobre o pensamento moderno. (in GAUER, Ruth M. Chittó. **A Fundação da Norma**: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre, EDIPUCRS: 2011.)

<sup>901</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 277.

<sup>902</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **Constituição e Poder**, Vol. 1: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P:41

<sup>903</sup> Enxergar a atuação humana por detrás da atuação do direito processual penal e que ali há um sujeito cultural e psicanalítico é algo a ser registrado e, se exequível, trabalhado. Agregar instrumentos transdisciplinares auxilia na percepção dos problemas enfrentados. (in BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P:23.)

*desmesurado autoritarismo. Quem exerce um poder deve esmerar-se por exercê-lo democraticamente.*<sup>904</sup>

Quantas vezes a nossa vontade ou predileção sobre algo é capaz de guiar nossa crença? Quantas vezes não ouvimos ou mesmo dissemos a expressão: “eu não quero acreditar nisso” ou “eu vi, mas não quis acreditar”. O querer acreditar influencia a tomada de decisão e a percepção do fato. Ainda que de forma inconsciente, haverá uma espécie de bloqueio para as informações que gerem um incômodo ou que estejam atreladas a qualquer sentimento negativo.

Michele Taruffo trabalha com Coleridge quando este afirma que a condição para ler uma poesia é uma “suspensão da incredulidade”, pois sustenta duas premissas: a) a incredulidade deveria caracterizar nossa abordagem à experiência cotidiana, como uma posição crítica destinada a impedir-nos de formular ou compartilhar de falsas convicções; b) que não deveríamos ser incrédulos se quiséssemos ser capazes de colher, entender e usufruir de fantasias, metáforas, ambiguidades, imagens, sentimentos, emoções e todas as outras qualidades particulares tidas como típicas da poesia.<sup>905</sup> Quando a imaginação está (ou deveria estar) em jogo, a suspensão da incredulidade é uma condição necessária da experiência humana; quando se trata de convicções e, em particular, de convicções verdadeiras sobre eventos do mundo humano e material, uma abordagem cética e incrédula é provavelmente mais racional, não obstante talvez muito menos fascinante.<sup>906</sup>

Tal passagem se apresenta extremamente importante para evidenciar a forma de atuação da mente humana em determinados cenários, ao estarmos diante de um filme de ficção não se pode ter um olhar crítico e totalmente racional sob pena de se perder o encantamento da obra, de igual forma, não se pode se abdicar deste olhar quando se está diante de um fato histórico, reconstruído. Mas, quantas vezes nossa mente não opta, querendo nós ou não, por um caminho mais cômodo ou mais atrativo?

O funcionamento da mente humana na tomada de decisões é revestido de uma série de complexidades, sendo inegável que haja o cruzamento de informações para o bom funcionamento do cérebro. Para pensar se une a memória (passado) à percepção (presente) para a projeção do futuro. O pensamento constitui a busca de algo que a pessoa

---

<sup>904</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. Aspectos Subjetivos da Decisão Penal. In **Sistema Penal e Poder Punitivo**. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 373.

<sup>905</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: O Juiz e a Construção dos Fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 51

<sup>906</sup> TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: O Juiz e a Construção dos Fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 52.

queira ou necessite e expressa imensa vontade de criar. Os inúmeros julgamentos cotidianos que somos instados a fazer faz com que, em nem todos os momentos haja a presença da consciência no ato de pensar e julgar.<sup>907</sup> Não se está a dizer com isso que um julgador irá proferir uma sentença por instinto, sem pensar a respeito, mas apenas frisando que, muitas vezes, seu inconsciente e suas expectativas interiorizadas poderão influenciar sobremaneira na sua decisão.

Esses elementos são o que justificam o desenvolvimento da *teoria da dissonância cognitiva*, por Festinger<sup>908</sup> no âmbito da psicologia social. Em termos de enquadramento contextual, a base teórica de suas investigações compreende uma ciência empírica desenvolvida no âmbito da psicologia para o estudo do binômio indivíduo-sociedade e suas relações sociais e culturais.<sup>909</sup> O ponto central desta teoria é a análise das maneiras de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, que geram uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos que visem a *consonância*, mudando uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis ou desenvolver novas crenças ou pensamentos.<sup>910</sup> Amparada em uma ideia de predominância da primeira informação, faz com que a força do novo argumento ou nova informação, acaba por fazer com que haja uma pressão para que seja reduzida a dissonância introduzida, o que resulta em uma manipulação, consciente ou inconsciente das razões para a manutenção da crença, comportamento, opinião ou atitude.<sup>911</sup>

Portanto, à luz da teoria referida importa frisar que se sustenta em uma premissa elementar e já apresentada ao longo da presente pesquisa de que existem crenças, opiniões e sentimentos que são antecedentes, que já integram o aspecto pessoal do julgador antes do contato com os fatos que será chamado a decidir. Assim, afirma Festinger: “*a dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para redução de dissonância, tal como a fome conduz à*

---

<sup>907</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. Aspectos Subjetivos da Decisão Penal. In **Sistema Penal e Poder Punitivo**. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 367.

<sup>908</sup> Festinger passou a afirmar, tocante a dissonância cognitiva, que “o substrato básico da teoria consiste na noção de que o organismo humano tenta estabelecer harmonia, coerência ou congruência interna entre suas opiniões, atitudes, conhecimentos e valores”, ou, em outras palavras, “as opiniões ou atitudes afins tendem a manter-se coerentes entre si”. ( in FESTINGER, Leon. *Teoria da Dissonância Cognitiva*. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. P: 229.)

<sup>909</sup> LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. P: 224.

<sup>910</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 53.

<sup>911</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. BERMUDEZ, André Luiz. **Para Entender a Deleção Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico**. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. P:53.

*atividade orientada no sentido de redução da fome.*"<sup>912</sup> Se percebe, assim, que há uma *crença original* e tal processo busca a redução de desarmonia por novos elementos cognitivos e também a seleção de justificativas que autentiquem essa crença antecedente. Isto é, em determinadas circunstâncias existem fortes tendências para evitar o aumento da dissonância ou para evitar, pura e simplesmente, a ocorrência desta.<sup>913</sup>

As expectativas introjetadas e as crenças antecedentes podem gerar no julgador uma ideia original acerca os fatos, o que pode contaminar sobremaneira a sua apreciação, ao passo que, pelos estudos da teoria da dissonância cognitiva, o indivíduo terá uma tendência sempre a buscar um estado de coerência entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), o que demonstra haver um processo involuntário e, por isso, inevitável de se chegar a essa correlação.<sup>914</sup> No aspecto processual penal, onde a crença pode estar influenciada por aspectos extra autos (mídia, histórico do réu, conhecimento do fato, etc...) ou por contato do julgador com elementos da investigação preliminar, isto irá influenciar a forma pela qual os demais elementos do processo e a versão das defesas (técnica e pessoal) serão concebidas. Haja vista que, conforme desenvolvido na teoria em estudo, as pessoas tendem sempre a interpretar as informações visando ajustá-las àquilo que já acreditam, de modo que a informação incongruente à cognição pré-existente jamais é absorvida sem a tentativa involuntária de, distorcendo seu significado, torná-la congruente.<sup>915</sup>

Estudo extremamente importante para a apreciação de tais elementos foi desenvolvido por Bernd Schunemann, no qual foram aduzidas a formação de artifícios mentais (efeitos), que se consubstanciaram nas tentativas interpessoais de redução da dissonância gerada pelo embate processual, as quais o autor denomina de: *perseverança, redundância, atenção e aliança*. Por perseverança (inércia), o juiz se apega à figuração fática que lhe foi transmitida pelo conteúdo da investigação preliminar e *informações dissonantes desta imagem inicial não são apenas menosprezadas, mas frequentemente, sequer percebidas*. Por redundância, se trata da hipótese de um conceito prévio do caso pelo magistrado, de modo que seu sistema cognitivo *tem preferência pelo*

---

<sup>912</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria Da Dissonância Cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975. P. 13

<sup>913</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. P: 35.

<sup>914</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. P:11.

<sup>915</sup> FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. P:137.

*armazenamento de subsídios já conhecidos*. Pelo efeito atenção, a possibilidade de o julgador conduzir a audiência aumenta sua concentração intelectual e resulta na melhora da memorização e da percepção acerca dos fatos, e, por fim, a aliança se daria quando *diante de uma situação obscura, o juiz se orienta segundo a avaliação de uma pessoa aceita por ele como competente*, por exemplo, um delegado na investigação preliminar ou um membro do Ministério Público.<sup>916</sup>

Schunemann, explica a teoria da dissonância cognitiva formulada por Festinger, a partir de uma ideia de que toda pessoa procura equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: por um lado, segundo o chamado *efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de auto-confirmação das hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias, são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (acolhida pelo ego), tratam-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador.<sup>917</sup>

Todos estes elementos, trazidos para uma estruturação processual penal como a vigente no país que (ainda) permite o mesmo julgador atuando na fase de investigação preliminar, decidindo acerca de medidas cautelares, de mandados de busca e apreensão e, depois, tenha que decidir pelo recebimento da denúncia e, por fim, pelo julgamento do Acusado, certamente trará um enorme prejuízo no que tange a busca pela *originalidade cognitiva* que mais se aproximaria de um ideal de julgamento distanciado dos fatos e imparcial, com oferecimento de igual oportunidade para ambas às partes, com abertura de convencimento para as versões trazidas por estas.

---

<sup>916</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P.: 214.

<sup>917</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P: 208.

O juiz ao tomar uma determinada decisão em um processo, acaba por fazer surgir uma pressão para redução e evitação do aumento da dissonância gerada, o que desencadeia novos procedimentos cognitivo-comportamentais com essa finalidade, que diga-se de passagem, acabam demonstrando que há uma espécie de compromisso psicológico com a decisão tomada.<sup>918</sup> Nesse sentido, salienta Ruiz Ritter que: *“decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado.*<sup>919</sup>

Ricardo Gloeckner analisa essa tendência confirmatória da decisão, definindo-a com um *atalho cognitivo* ou *heurístico* que simplifica determinadas funções inferenciais. Este atalho conduz a decisões mais pobres pelo fato de que a informação trazida para apreciação do julgador não é avaliada em toda a sua complexidade. Tal processo se verifica a partir da existência de determinadas crenças inerentes a cada sujeito, que geram tendência de interpretação do conjunto informacional de acordo com esse quadro de pré-compreensões, sendo, portanto, toda e qualquer decisão que se tome, inevitavelmente, parcial. A explicação mais comum para esse fenômeno é a de que a exposição à informação que contradiz as crenças ou atitudes de alguém acarreta a inconsistência cognitiva, que por seu turno, produz sentimentos de aversão e dissonância. Para o autor: *“A exposição de alguém a informações que se alinham às crenças e comportamentos preferenciais gera uma espécie de comportamento que permite evitar o sentimento de aversão causado pela informação inconsistente e, ao mesmo tempo, encontrar suporte para as suas atitudes, escolhas e comportamentos.*”<sup>920</sup>

Nesse sentido, visando embasamento empírico para as críticas realizadas, Ricardo Gloeckner desenvolveu interessante pesquisa, a partir da análise da influência de decisões de prisão preventiva no desfecho condenatório de processos criminais, levantando a hipótese de que *a existência de uma prisão cautelar pode se o critério definitivo de uma condenação.* Para isso, procedeu a análise de 90 (noventa) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 03.10.2012 a

---

<sup>918</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 115

<sup>919</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 120

<sup>920</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 275-276.

31.12.2013, mediante o filtro “prisão preventiva” buscou-se acórdãos que tinham como objeto recurso de apelação, interposto pelo acusação, defesa ou ambos, excluindo os que eram ligados a medidas protetivas da lei Maria da Penha, aqueles que havia declaração de nulidade, aqueles de competência do Tribunal do Júri, bem como em que havia prescrição, aqueles em que a prisão foi posterior a sentença, aqueles que houve absolvição sumária e aqueles que não tinham sentença disponível para a realização do confronto com o acórdão. No final, das 90 (noventa) sentenças e dos 90 (noventa) acórdãos analisados, direta ou indiretamente a prisão processual foi utilizada na convicção do julgador, sendo possível ao autor, a conclusão de que *a declaração de uma prisão processual acaba se transformando numa verdadeira resolução de mérito*.<sup>921</sup>

Portanto, o “compromisso” firmado pelo julgador com a primeira decisão irá condicionar sua atuação no decorrer do processo, até mesmo por estar influenciado pelas primeiras informações que recebeu acerca do fato e do autor deste, o que deixa inviável a sustentação de uma atuação imparcial quando este mesmo julgador terá de tomar, também e posteriormente, as decisões de mérito da causa. A esse apego a primeira impressão, a psicologia social denomina *efeito primazia*, ou, também, *efeito halo*<sup>922</sup> que em termos de uma decisão penal pode se apresentar extremamente arriscado.

Ruiz Ritter analisa os estudos que mais repercutiram na investigação da formação e impressões e, por conseguinte, no desvelamento do impacto das primeiras impressões, de onde se pode extrair duas principais conclusões: a primeira que existem qualidades que se sobressaem no processo perceptivo e a segunda: que as primeiras informações recebidas acabam tendo mais peso que as demais, fundamentando-se a ideia

---

<sup>921</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015. p. 273.

<sup>922</sup> Efeito Halo, é explicado por Alexandre Morais de Rosa e André Luiz Bermudez, amparados em autores da psicologia social e assim definido: “A primeira impressão é a que fica: A interação humana exige que tomemos decisões imediatas, mesmo sem informação qualificada sobre os atributos das pessoas e coisas, razão pela qual surgem padrões de decisão baseados em nossas experiências anteriores, formadoras de pré-conceitos, bem assim nos estereótipos compartilhados coletivamente. Desde mecanismos atávicos de mensuração do risco (a pessoa é inofensiva, neutra ou perigosa), passando pelos fatores estéticos e de atratividade física (bonito, neutro, feio, bem vestido neutro, malvestido, uniformizado, roupas comuns, munido de distintivos, etc.) até inconscientes (não se sabe o motivo pelo qual o outro gera uma postura negativa, neutra, positiva). A decisão sobre a atitude em relação aos demais agentes que comporão a interação humana se dá pela primeira impressão. *In ROSA, Alexandre Morais da. BERMUDEZ, André Luiz. Para Entender a Deleção Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico*. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. P:64.

de que há uma preponderância de cognições oriundas da *primeira impressão* relativamente as outras a elas conectadas.<sup>923</sup>

Para ilustrar esse fenômeno, Solomon Asch desenvolveu uma pesquisa, na qual foram elaboradas duas séries de características idênticas que se diferiam apenas quanto à ordem em que apareciam escritas (na primeira constava: *inteligente, trabalhador, impulsivo, crítico, teimoso e invejoso*; já na segunda a ordem era *invejoso, teimoso, crítico, impulsivo, trabalhador e inteligente*) e isso foi apresentado a dois grupos diferentes, que tinham de formular suas respectivas impressões sobre uma pessoa com tais atributos. Apesar de se tratar dos mesmos adjetivos, houve a constatação e que o grupo que recebeu a série de características consideradas positivas em primeiro, revelou uma impressão consideravelmente melhor sobre a pessoa imaginada em comparação com o outro, cujas negativas constavam na frente. Com isso, segundo o Autor, se pode concluir pelas descrições dos estudantes envolvidos na pesquisa que os primeiros termos estabelecem uma direção, e esta exerce uma influência contínua sobre os últimos termos. Ao ouvir o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não cristalizada, mas dirigida, de modo que a característica seguinte está relacionada com a direção já estabelecida. A opinião formada adquire rapidamente uma certa estabilidade; as características posteriores são ajustadas à direção dominante, quando as condições o permitem.<sup>924</sup>

Trazendo tudo isso para o modelo processual penal vigente no Brasil, na ilusória crença de um sistema misto (conforme já analisado anteriormente), se labora com uma fase de investigação preliminar, com amplos resquícios inquisitoriais e que acaba informando o julgador (que posteriormente julgará o caso) sobre o fato. Isto é fruto da própria essência humana, quando o julgador já se deixou influenciar pelo primeiro contato que teve com o fato e busca elementos que o confirmem, rechaçando hipóteses que desconfortavelmente o façam tornar a questionar aquilo que ele já tem por decidido. Assim, Aury Lopes Jr trabalhando com a teoria de Schuneman, afirma que *considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia para recebe-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares e etc.) É de supor – afirma Schunemann – que ‘tendencialmente o juiz se apegará (a imagem já construída) de modo*

---

<sup>923</sup> RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 126.

<sup>924</sup> ASCH, Solomon E. **Psicologia Social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. P: 182.

*que ele tentará confirma-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.*<sup>925</sup>

Haverá, inevitavelmente, uma tendência de apego à imagem que fora transmitida pelos autos de investigação preliminar, o que conduzirá o julgador à busca pela consonância destas informações, de modo que todas aquelas que se apresentarem dissonantes desta imagem inicialmente elaborada são não somente menosprezadas como afirma a teoria da dissonância cognitiva, mas, muitas vezes, sequer percebidas.<sup>926</sup>

É preciso saber lidar com isso, reconhecer, conforme leciona Marrafon que: *“um dos maiores perigos para quem julga reside no apego à primeira impressão e na construção, a partir dela, de premissas fundantes que condicionam toda a cadeia de produção de sentido no desenvolvimento do processo, valorizando apenas o que confirma a primeira hipótese, encobrendo a realidade e desprezando o conjunto probatório.”*<sup>927</sup> Nestes casos, como definiu Jacinto Coutinho: *“decide-se antes (o que é normal no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha”*<sup>928</sup>. Isto, se tratando da mente de um julgador, ainda mais, um julgador criminal, representa um enorme risco.

Por isso, Schunemann, vai resumir a questão, referindo que se trata de saber se o juiz, por seu conhecimentos dos autos, por ter proferido a decisão de recebimento da denúncia, por ter uma atividade inquisitória na audiência e por ocupar uma posição contrária diante do acusado que está a negar os fatos não está impedido de realizar uma avaliação com imparcialidade, ou se, ao contrário, estará o juiz preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar<sup>929</sup>, os quais, em regra, foram produzidos de forma

---

<sup>925</sup> LOPES JR, Aury. *Sistemas Processuais: Ainda Precisamos Falar a Respeito?* In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 54.

<sup>926</sup> LOPES JR, Aury. *Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito?* In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 55.

<sup>927</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **Constituição e Poder**, Vol. 1: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P:22

<sup>928</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito**. In: Revista de Estudos Criminais Ano 4 N° 14. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004. P. 86.

<sup>929</sup> “A atitude pouco crítica especialmente dos juízes em face do conteúdo dos autos da investigação preliminar que ficou evidenciada nos resultados acima relatados, levou à suposição de que os juízes na audiência de instrução e julgamento simplesmente confiam em que o promotor já examinara os resultados da investigação preliminar e os considerara suficientes para provar a culpa do acusado.” (in SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P: 213)

unilateral, haja vista a pouquíssima influência da defesa e que, por isso, contém uma imagem que reflete a perspectiva e enfoque da polícia.<sup>930</sup>

A partir do modelo processual penal vivido no Brasil e da forma como é conduzida a investigação preliminar<sup>931</sup> e a relação do juiz para com este, não é difícil perceber como o inquérito policial manipula não só o julgador como todas as categorias clássicas do processo penal.<sup>932</sup> Há uma evidente distorção do processamento de informações em favor da imagem do fato que consta na investigação preliminar e na avaliação realizada pelo Ministério Público, de modo que o juiz tem mais dificuldades em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes e sua atuação de ofício ou a faculdade de formular perguntas são usadas não no sentido de uma melhora no processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais.<sup>933</sup> Afirmar isso não é ignorar que existam sentenças absolutórias, tampouco o fato de que, muitas vezes, a investigação acerta na reconstrução aproximativa do fato, mas apenas, apontar o esforço que o julgador precisa estar disposto a fazer, se quiser efetivar um julgamento imparcial, conferindo à ambas as versões trazidas o mesmo grau de credibilidade.

O processo penal, com observância ao contraditório, com respeito a ampla defesa e com um juiz imparcial, concebido como uma garantia, como um verdadeiro dique de segurança que separa o acusado da punição, na prática, tem servido (como já

---

<sup>930</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. *In Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P: 207.

<sup>931</sup> A atuação mais violenta do poder punitivo, na esmagadora maioria dos casos, acontece durante o inquérito policial. É ali na escuridão das celas da delegacia, na exposição não autorizada na mídia, na sonegação dos direitos e garantias, que já começa a violência da vingança. E é ali, no ambiente inquisitorial, que a sorte do acusado é traçada, uma vez que as instituições processuais são, basicamente, a reprodução acrítica daquilo que já foi “esclarecido” na delegacia de polícia. ( *in* DUCLERC, Elmir. Ensaio para uma Teoria Agnóstica do Processo Penal. *In Sistema Penal e Poder Punitivo*. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 195.)

<sup>932</sup> Isso significa que todos os papéis tradicionais do processo penal tornaram-se manipulados pelos autos da investigação preliminar, numa virada espantosa, acabará chegando a um efeito aliança com a defesa, tão logo haja o risco de que o processo lhe absorva mais do que os esforços burocraticamente aceitáveis. Ainda que se observe, assim, uma “nova obscuridade” no processo penal, o fato de que em todos os processos ainda são realizados segundo o modelo clássico existe um desmantelamento secreto do papel do juiz criminal alemão, que de terceiro poder superior foi reduzido a um terceiro manipulado, é uma descoberta metodologicamente confiável da investigação da psicologia jurídica, descoberta essa dotada da máxima importância político-jurídica. *In* SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. *In Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P: 220.

<sup>933</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. *In Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P: 221

visto anteriormente) como uma maneira de punição antecipada, como disfarce de legitimidade a uma violência que acontece muito antes, longe dos olhos do Ministério Público, do judiciário e, o que é pior, da defesa técnica.<sup>934</sup> O verniz inquisitorial que reveste a fase da investigação preliminar não é nenhuma novidade. Mas, no Brasil, ainda há a sedução da ideia de que tudo deve transcorrer em absoluto segredo, como se o investigado fosse um estorvo indesejado, um mero detalhe em sua própria persecução penal, na maioria das vezes preso durante o curso da investigação e sem qualquer possibilidade de influir na decisão final através de atos de defesa, sequer tendo garantias mínimas de respeito a seus direitos.<sup>935</sup>

Tudo isto resta ainda mais potencializado em termos de riscos decorrentes de determinada carga de expectativas que conduz a uma percepção pelo julgador dos fatos trazidos nos autos de investigação quando lhe é facultada uma atuação de ofício, marca indelével de um modelo inquisitorial.<sup>936</sup> Portanto, ao acrescer ao problemático cenário de protagonismo dos autos de investigação preliminar uma postura ativa do julgador que buscará a confirmação daquela hipóteses mentalmente estabelecida é a derrocada de um processo penal devido e que coloque o Acusado em situação de igualdade diante do Estado-Acusador.

A atuação de ofício desequilibra sobremaneira o jogo processual, pois coloca o julgador ao lado da acusação e em contrariedade ao Acusado. Isso porque, a postura ativa e a busca por elementos de provas servirão como forma de confirmar a hipótese acusatória, na medida em que não haveria necessidade de atuação do julgador para confirmar a versão da defesa, uma vez que a dúvida favorece ao Acusado. Portanto, o julgador que age de ofício não está satisfeito com a dúvida que lhe atormenta e buscará elementos para superá-la. Pode ocorrer que não encontre os elementos e siga com a dúvida e profira uma decisão absolutória. Mas, importante lembrar da advertência feita

---

<sup>934</sup> DUCLERC, Elmir. Ensaio para uma Teoria Agnóstica do Processo Penal. In **Sistema Penal e Poder Punitivo**. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 195.

<sup>935</sup> ROSA, Alexandre; KHALED JÚNIOR, Salah. O culto inquisitório e o inquérito policial como monumento. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Claudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs). **Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P: 57.

<sup>936</sup> O Código de Processo Penal brasileiro, permite a atuação de ofício pelo julgador, inclusive na fase de investigação preliminar, conforme redação do Art. 156 do Código de Processo Penal. (Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.)

por Lopes Jr, de que *a dúvida deve dar lugar a absolvição, não ao sofrimento. Quem não for capaz de compreender isso está no lugar errado, fazendo a coisa errada.*<sup>937</sup> Por isso, não se pode olvidar que quando se procura, sabe-se o que se quer encontrar e é muito mais fácil encontrar elementos a convencer a si próprio do que a convencer outros, pelo fato de que o convencimento próprio precedeu os elementos de prova, isto é, o juiz já estava convencido e, a partir daí, qualquer mero indicio vira uma prova “cabal e incontestável”.

Portanto, a retirada do protagonismo judicial na produção da prova é um elemento fundante de uma busca por um processo penal acusatório e que supere a crença na centralidade mítica do julgador. Não se trata de tornar o Magistrado uma *samambaia*,<sup>938</sup> mas saber que dentre os extremos de um juiz “vegetal” a um juiz *justiceiro* há uma longa distância preenchida por uma atuação constitucional deste julgador que deverá zelar pelas regras do jogo e a quem incumbirá o dever de decidir.<sup>939</sup>

A discussão acerca da postura do julgador e da limitação de sua atuação sempre é associada a uma retirada de poderes do Estado para o enfrentamento da criminalidade, incidindo no, já denunciado, problema de crença na atuação salvacionista do julgador. Esse debate acerca da postura do juiz em audiência, buscando preservar sua isenção e conferir às partes o protagonismo na produção probatória, se acendeu em 2008 com a reforma (novamente pontual, apenas) do Código de Processo Penal brasileiro que buscou, através da redação do Art. 212, estabelecer que as perguntas seriam dirigidas pelas partes, estabelecendo o parágrafo único do referido artigo que: *Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.* Mesmo em vigor há tanto tempo este dispositivo ainda é objeto de grande oscilação jurisprudencial e de muita resistência por parte dos julgadores, o que demonstra uma carga cultural que resiste a mudanças que visam colocar o julgador no seu local de decisão, sem que tenha que “buscar” elementos.

Entretanto, Schunemann, a partir dos seus experimentos, concluiu que nessa postura passiva do julgador havia um nível preocupante de desatenção do juiz acerca do

---

<sup>937</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 53.

<sup>938</sup> A expressão foi cunhada por Guilherme de Souza Nucci em uma palestra para associação de magistrados do Paraná e reproduzida no Acórdão do Agravo Regimental n. 413.084-9/01 : “*só restaria ao juiz assistir à audiência, indeferindo uma pergunta aqui e outra acolá, podendo, ao final, apenas complementar a inquirição, concluindo, então, que os defensores dessa tese querem transformar os juízes em samambaias de sala de audiências*”

<sup>939</sup> Sobre o tema se indica o texto: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de., OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *Entre Justiceiros e Samambaias: Reflexões Constitucionais sobre a Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Penal*. **Revista Bonijuris** | Novembro 2012. Ano XXIV, n. 588. V. 24, n. 11. P: 40 – 46.

que ocorria em audiência. Tendo observado que essa atenção diminuía quando ele passava às perguntas dos advogados, sendo que as respostas dadas a estas sequer aparecem na posterior sentença. Segundo as conclusões de Schunemann, se for mantido o conhecimento dos autos seria até contraproducente introduzir o interrogatório cruzado ou a figura do juiz condutor da audiência.<sup>940</sup>

Nessa perspectiva, o Autor avalia o problema central que é o conhecimento dos autos da investigação pelo mesmo julgador que irá proferir a sentença e o quanto esse apego a primeira impressão poderá formar o seu convencimento. Nesse sentido, retirar do juiz a capacidade de questionamentos às testemunhas deixará ele desatento na produção dessa prova e, com isso, ainda menos em condições de questionar o convencimento já formado previamente. Entretanto, os riscos de uma atuação de ofício, podem se apresentar de forma ainda mais grave do que uma eventual desatenção do julgador. E não se pode normalizar um magistrado desatento e, a partir disso, se criar uma estrutura processual que lhe dê superpoderes para ganhar a sua atenção ao fato, até mesmo pela incerteza decorrente disso, ou seja, poderemos ter um “super-juiz” e também permanecer desatento ao que for trazido pelas partes ou por uma das partes.

O julgador é o destinatário dessa prova, a sua atenção na atividade das partes é uma exigência para um processo penal democrático que se ampare em valores civilizatórios, de modo a não ser possível compactuar com a ingênua crença na *bondade* do julgador, lhe permitindo jogar, praticamente sozinho, o jogo processual penal.<sup>941</sup> Para isso é preciso superar os pontos já denunciados anteriormente de crença numa concepção substancialista de processo<sup>942</sup> e de atuação do julgador na famigerada busca pela verdade.

Mesmo já tendo sido objeto de análise aprofundada em capítulo anterior não há como dissociar a atuação de ofício do julgador com a busca deste pela verdade, uma

---

<sup>940</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P: 216/218.

<sup>941</sup> O promotor e o acusado, junto com seu defensor técnico, contribuem nessas atividades, mas eles possuem uma função apenas supletiva, que não coloca xeque à função inquisitorial de domínio de um juiz que tanto dirige a coleta de provas, quanto decide em caráter em final. In SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. P: 206.

<sup>942</sup> Segundo Dinamarco, no uso de uma concepção ética e substancialista de processo, “o juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas, visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando declarada finda a instrução – e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional”. (in DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P: 156)

vez que há sempre nesse argumento um permissivo para uma postura ativa do juiz, ao passo que estaria *buscando* esclarecer a verdade do ocorrido. Ainda que o momento da investigação preliminar seja o momento de buscar elementos, por óbvio que a busca será limitada, em especial no que pertine ao julgador, pois em um Estado de Direito, com prudência, como definiu Binder: “*preferiu-se sacrificar a verdade antes que facilitar o abuso de poder.*”<sup>943</sup>

Entretanto, esse é o principal problema no trato da “verdade” no processo penal, imbuir o julgador dessa revelação, pois como define Lopes Jr: o “*buscar verdade*” significa movimento. O movimento de buscar a verdade evidencia a inercia de quem presume havê-la encontrado. Como admitir que alguém busque enquanto fico inerte? Estou em erro e, portanto, correndo o risco de afastar-me da salvação?<sup>944</sup> Isso refletirá numa cultura do Magistrado que imbuído de tais poderes e investido desta carga de expectativas reveladoras da verdade, irá buscar as provas. Dentro de um contexto de convencimento com os elementos pré-processuais, essa busca encontrará maior consonância na versão acusatória. Isso é afirmar que não haverá nenhuma absolvição? Elementar que não. Mas criará uma cultura do “ter que absolver” por não ter encontrado nenhum elemento, o que subverte a lógica de um processo pautado na presunção de inocência e nos direitos e garantias processuais.<sup>945</sup> Talvez, por isto, Carnelutti, afirmava que toda sentença absolutória é o reconhecimento de um erro por parte do Estado<sup>946</sup>, e quantos juízes estarão dispostos a assumir e reconhecer este erro?

Teresa Armenta Deu, labora a partir de uma perspectiva que define que o julgador não pode almejar buscar a verdade, pois a própria prática probatória ao se submeter ao princípio da legalidade impede de se buscar uma verdade absoluta, limitando-se aquela determinadas pelas partes.<sup>947</sup> E frisa a Autora que: *as provas orientadas a busca da verdade, não ignoram a tortura, procurando sempre a confissão*

---

<sup>943</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.** Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 66.

<sup>944</sup> LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? *In Sistemas Processuais Penais.* Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 37.

<sup>945</sup> Afirma Lopes Jr: A ambição de verdade acaba por matar o contraditório e, portanto, o ponto nevrálgico do processo penal democrático e constitucional. *In LOPES JR, Aury. Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? In Sistemas Processuais Penais.* Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 51.

<sup>946</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal.** Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas, Bookseller, 2002. P: 66.

<sup>947</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales.** La justicia penal em Europa y America. Madrid: Marcial Pons, 2012. P. 91

*do Acusado, tida como a rainha das provas, em uma visão própria de um sistema de provas hierarquizadas.*<sup>948</sup>

Portanto, há sim de limitar a atuação do julgador em um processo penal guiado pelas diretrizes acusatórias, que não se compatibiliza com a postura ativa do juiz na produção da prova ou na busca de meios probatórios. Uma vez que, como descreve Cordero, este julgador, se incumbe da realização daquilo que crê ser a justiça, a produção probatória fica a seu cargo e oposto aos inimigos ocultos, faz nascer uma mística: descobre e elimina delitos e heresias, combate potências maléficas em um embate cotidiano, o mérito é seu se o mundo não acabar sendo devorado pelo diabo e se for neutro será considerado cúmplice do inferno.<sup>949</sup>

Diversas reformas processuais penais foram realizadas na América Latina<sup>950</sup>, visando a ruptura com o modelo inquisitorial predominante. Esta pesquisa não se ocupará de uma análise aprofundada destas, tampouco dos desafios e variações em cada um dos países fruto das variações culturais e dos momentos sociopolíticos em que se deram as discussões legislativas. No entanto, uma linha em comum é a busca por um processo penal de partes, colocando o julgador como um terceiro equidistante, que decidirá a partir do material produzido pelas partes no processo penal e, principalmente, em um processo penal com uma cultura de oralidade.

Vale ressaltar, conforme já explicado nos capítulos anteriores, que não pode haver uma crença inabalável de que a oralidade, por si só, permitiria a adequação do processo penal aos parâmetros acusatórios. A oralidade é uma marca importante de um processo amparado numa perspectiva adversarial que se sustenta no enfrentamento entre as partes e afasta o juiz da disputa<sup>951</sup>, no entanto, se inserida em uma cultura autoritária pode ser usada em sentido inverso, em um maior protagonismo judicial.

---

<sup>948</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales**. La justicia penal em Europa y America. Madrid: Marcial Pons, 2012. P. 24.

<sup>949</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis:, 2000. P: 21.

<sup>950</sup> Como visto no capítulo 2, reformas processuais penais na América Latina no final do século XX, início do século XXI: Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1996), Venezuela (1998), Paraguai (1998), Bolívia (1999), Honduras (1999), Equador (2000), Chile (2000), Nicarágua (2001), República Dominicana (2002), Peru e Colômbia (2004).

<sup>951</sup> Para Binder: a utilização de audiências orais e públicas para resolver todos os litígios prévios ao próprio julgamento é uma das melhores formas de introduzir uma prática massiva totalmente contrária à tradição inquisitorial, com grande benefício para a celeridade e eficiência do processo penal. (*in* BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 33.)

Por isso, algumas marcas são fundamentais nas reformas processuais penais verificadas na América Latina<sup>952</sup>, dentre as quais, no ponto que interesse ao debate aqui travado, é de se destacar a presença do *juiz das garantias*, ou seja, um Magistrado diverso com atuação exclusiva para a fase de investigação preliminar que não participe do julgamento. Tal figura visa a efetivação do papel garantidor do Magistrado na investigação e, principalmente, a preservação da imparcialidade do julgamento ao buscar efetivar a originalidade cognitiva. A ideia de implementação do juiz de garantias no Brasil vem desde 2009, com a implementação de uma Comissão de Juristas<sup>953</sup> pelo Senado Federal para uma reforma profunda no Código de Processo Penal, através do PLS 156/2009, que remetida para a Câmara dos Deputados, ganhou a numeração PL 8045/2010 e segue tramitando, nesse período diversas audiências públicas e debates envolvendo professores e profissionais das mais variadas áreas de atuação, foram realizados.

O debate acerca do *juiz das garantias* sempre fora tomado por um certo preconceito para com a palavra “garantia” em processo penal. As críticas a sua implementação giraram sobre dois aspectos fundantes: 1 – a desnecessidade de mais um juiz, ao passo que o modelo atual já serviria para ter um juiz garantidor e imparcial<sup>954</sup>, e;

---

<sup>952</sup> Teresa Armenta Deu anota alguns pontos essenciais que acabam sendo percebidos de forma comum em muitas das reformas na América Latina: 1 – Como uma forma de defender direitos e garantias muitas linhas mestras das reformas foram incluídas nas Constituições, o que acendeu, posteriormente, uma polêmica sobre o *neoconstitucionalismo e seus efeitos*. 2 – A investigação a cargo do Ministério Público, mas não como parte (como no modelo adversarial), mas substituindo o juiz de instrução, que desaparece, por entender que somente assim, se garante a imparcialidade e a separação das funções, como aspectos essenciais do sistema acusatório. Esta situação é bem diferente em países em que o Ministério Público é independente do executivo e outros em que isto não funciona dessa forma. Em todo caso e como consequência disto, é a criação de um novo órgão jurisdicional: o *juiz de garantias*, com função de revisão e garantia da investigação, assim como intervenção para medidas cautelares e restritivas de direitos fundamentais. 3 – As regras probatórias varia, com um duplo objetivo, reduzir a incidência dos resultados da fase de investigação, por um lado e a iniciativa judicial por outro. A prova ilícita é objeto de análise específica e, em algumas ocasiões, muito pormenorizada. 4 – Se dilui a aplicação do princípio da legalidade ou o que seria igual. Se incorpora o princípio da oportunidade em suas diversas variantes, inclusive com maior amplitude do que na Europa. 5 – A vítima tem sido objeto de um tratamento oscilante, que varia em dois extremos, incorporá-la ao processo como parte ou simplesmente contemplar seu direito a uma indenização e conhecer o desenvolvimento e resultado do processo, limitando sua participação a comparecer como testemunha. 6 – a instituição do Tribunal do Júri segue sendo a única assinatura pendente, a exceção do Brasil que é o único país que o incluiu em sua legislação processual. (in ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Processuais Penais**: La justicia penal em Europa y America. Madrid: Marcial Pons, 2012. P: 21. (tradução livre). 194/195.)

<sup>953</sup> A comissão de Juristas designada pelo então presidente do Senado Federal, Senador Garibaldi Alves, nos termos do requerimento 227 de 2008, fora composta por: Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Junior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

<sup>954</sup> Na própria Comissão de Juristas este ponto fora trazido, notavelmente, por um magistrado, no caso o Juiz Federal Antônio Correa, que manifestou sua contrariedade com a proposta, afirmando que na exposição de motivos do atual código, consta de forma expressa que o juiz não é mero espectador da prova e a proposta tenta retirar isto, o que, ao ver do jurista integrante da comissão, seria inconstitucional, uma

2 – o fato de ser custoso e desnecessário investimento em um país com tantas carências e que teria que contar com um alto investimento para se ter mais juízes.<sup>955</sup>

O primeiro aspecto diz respeito a uma dificuldade de se discutir críticas ao modelo jurisdicional sem que isso seja compreendido como uma crítica a pessoa do juiz. A cultura que acredita na centralidade do julgador e convive tranquilamente com as variações de entendimentos a partir da perspectiva pessoal do Magistrado não compreende que a discussão acerca da forma de atuar e da posição do julgador no modelo processual não questiona a capacidade moral de um ou de vários juízes. No segundo aspecto, há sim um investimento a ser feito, sem o qual não se consegue mudanças profundas. Este é o preço de uma reforma ampla, que sirva como um choque de cultura, que permita uma ruptura brusca com práticas ultrapassadas, o que somente se dará com a implantação de um juiz especificamente para a fase de investigação preliminar e que atue como um garantidor da legalidade dos atos investigatórios.

No que tange às dificuldades de implementação, que não são desconhecidas e, tampouco, podem ser desprezadas, há uma frequente crítica acerca da impossibilidade de se ter mais de um juiz atuando em processos criminais, pois a maioria das comarcas

---

vez que dentre as garantias previstas em nossa Constituição, estaria a de não se poder retirar da apreciação judicial qualquer ameaça ou lesão a direito. E justifica o seu ponto de vista, se valendo do seu próprio exemplo, afirmando que exerce a função de juiz há mais de trinta e cinco anos, determinando e produzindo provas, por que muitas vezes as partes não o fazem da forma devida. Assim, entende que além de inconstitucional, a medida de vedar a iniciativa probatória do juiz, *ainda minimiza a função jurisdicional*. (in CORRÊA, Antonio. na 2ª Reunião da “Comissão de Juristas”, responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, realizada no dia 05 de agosto de 2008. Ata disponível no Diário Oficial do Senado Federal do dia 18 de junho de 2009, Suplemento ao n.º 89. P. 90)

<sup>955</sup> Como, por exemplo, à época da apresentação do projeto, a Nota Técnica n.º 10. Ref: Projeto de Lei do Código de Processo Penal n.º 156/2010. (Publicada no DJ-e n.º 160/2010, em 01/09/2010, pág. 2-4) O Projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do ‘juiz das garantias’, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e federal. O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/317-notas-tecnicas/11221-nota-tecnica-no-102010a> acessado em 22 de dez. 2012.

do país possui apenas um juiz. Em pesquisa através das informações obtidas no *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e buscando informações de distância das cidades através de informações disponíveis no *google maps* se chegou à conclusão de que das 162 comarcas existentes no estado, 79 possuem vara única, o que representa aproximadamente 49%. Como há a possibilidade de se realizar uma *jurisdição cruzada* em comarcas próximas, ou seja, o juiz de uma cidade atua como juiz de garantias na comarca vizinha e vice-versa, se pesquisou a distância da comarca mais próxima desta que possui apenas um juiz. O resultado disso foi uma distância média de 30,9 km. Sendo que em apenas 34 municípios, a cidade mais próxima está acima de 30km e apenas dois casos em que a cidade mais próxima está acima de 100km de distância.<sup>956</sup> Portanto, seriam apenas dois casos a apresentar uma maior dificuldade, mas toda essa distância resta superada em tempos de processos eletrônicos que não tardarão para se tornarem a realidade de todos os processos judiciais no Brasil.

Fato é que uma mudança de tal monta exige esforços para sua implementação e o juiz de garantias é uma medida indispensável. Não por outro motivo que fora considerado pelos próprios membros da comissão como a alteração mais relevante, pois, segundo Fabiano Silveira: “*sem o juiz das garantias (ou qualquer outro nome ou forma que se dê a especialização de funções e separação física entre o juiz da investigação e o juiz do processo), temos a impressão de que o Código já nasceria empoeirado, como que enclausurado no séc. XX.*”<sup>957</sup>

Entretanto o momento sociopolítico do país e o frequente discurso em torno do endurecimento das leis penais e da necessidade de um processo mais célere e “eficiente” (leia-se, punir mais e mais rápido) fez com que o debate acerca de uma reforma profunda no processo penal para amoldá-lo aos preceitos constitucionais fosse sendo relegado a um segundo plano. Muitos foram os juristas que foram até a Câmara dos Deputados, participando de audiências públicas e debatendo com os parlamentares sobre as necessidades de mudanças no processo penal brasileiro. Tal esforço, certamente, não fora em vão. No ano de 2019, o então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresenta ao Poder Legislativo o famoso *Pacote AntiCrime*, um projeto de lei que, ignorando anos de debates legislativos, visou a reforma de diversas leis penais e processuais penais.

---

<sup>956</sup> Pesquisa realizada pelo próprio autor buscando informações no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e se valendo do *google maps* para se chegar às distâncias das comarcas.

<sup>957</sup> SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O Código, as Cautelares e o Juiz das Garantias.** In Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009. P:92.

O texto fora objeto de diversas mudanças pelos parlamentares e a versão final, sancionada pelo chefe do executivo, fora promulgada através da Lei n.º 13.964/19 e que, para a surpresa de muita gente, dentre diversas alterações trouxe o Art. 3º - A para o Código de Processo Penal, tratando, especificamente do *juiz das garantias*. Então, a partir dessa inovação legislativa, o processo penal brasileiro estava dando um importante passo na efetivação de um modelo acusatório de processo penal centrado na preservação da imparcialidade do julgador.

Contudo, os debates e as críticas a essa figura reacenderam em grandes proporções. Tanto que foram propostas diversas ações de inconstitucionalidade visando impugnar a criação da figura do juiz de garantias,<sup>958</sup> diante disso, o Ministro Luiz Fux, em decisão cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 6299 – Distrito Federal, decidiu por suspender cautelarmente a criação do juiz de garantias. Tal decisão se apresenta na esteira de diversos problemas desenvolvidos na presente pesquisa e que demonstram a gravidade de uma cultura que alimenta a centralidade do julgador e permite o manuseio de princípios e normas ao critério discricionário de quem está investido no poder de julgar. Uma lei aprovada pelo parlamento e sancionada pelo executivo tem sua entrada em vigor suspensa pelo Judiciário. Obviamente que tal controle de constitucionalidade é função da corte constitucional, mas o que de inconstitucional pode se demonstrar em medidas que visem adequar o modelo legal de processo penal aos ditames da constituição?

Sem a necessidade de esmiuçar os pontos que justificaram a suspensão cautelar por um ministro da corte, sem previsão de pauta do julgamento pelo plenário, em breves linhas a suspensão se embasou na natureza híbrida da norma, que não se tratava apenas de uma mudança processual penal e sim de uma alteração de organização judiciária, o que impediria que tivesse sido uma legislação realizada apenas pelo legislativo com a sanção do executivo e, ainda, ausência de previsão do impacto orçamentário de tal mudança. Contudo, no decorrer da decisão o Ministro perpassa por críticas a utilização de elementos de direito comparado (tanto utilizadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal em outros contextos) e acaba por incidir na crítica ao instituto que comumente todos os Magistrados fazem: sua desnecessidade.

---

<sup>958</sup> A ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL) e a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

Tal ponto, foi exposto pelo Ministro Luiz Fux quando referiu que: A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. *A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa.*<sup>959</sup>

Dessa forma, com a suspensão ainda em vigor, o processo penal brasileiro segue insistindo num modelo de investigação preliminar extremamente arcaico, que integra os autos do processo principal e que terá o mesmo julgador atuando nas duas fases, com todos os riscos de contaminação e de pré-julgamentos inerentes a isso. Imbuído destas expectativas pelo seu próprio inconsciente o julgador adentra (muitas vezes) o jogo processual “apostando” num resultado. E quem aposta, fará o que estiver ao seu alcance para confirmar o seu resultado, saiba ou não disso, queira ou não agir de tal forma, será muito difícil ao julgador se livrar destas amarras mentais, o que condiciona desfecho do processo penal.

#### 4.3 Relativização das Formas: Eficientismo Processual e a Derrocada do Devido Processo Penal.

Toda essa cultura que marca a atuação jurisdicional, fruto de uma tradição que acredita em determinadas categorias e fomenta determinadas atuações reflete na prática processual penal como um sintoma desse ideal de preenchimento a ser exercido a partir de um quadro de expectativas. Assim, imbuído de um propósito inserido em uma sociedade hiperacelerada, o julgador atuará visando um processo penal mais célere e “eficiente”. O problema a ser avaliado é o risco dessa atuação para um processo penal que pretenda ser devido e legal. Como sustenta Bauman: “*os perigos que mais tememos*

---

<sup>959</sup> Min. Luiz Fux. Decisão Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6499- DF. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>. P: 29.

*são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam – doses rápidas, oferecendo alívio imediato, como analgésicos prontos para o consumo.*”<sup>960</sup>

Importante destacar que imbuído de um propósito efficientista e visando “dar uma resposta rápida” à sociedade por meio do processo penal, o julgador atuará guiado por estas expectativas<sup>961</sup>, que contaminadas pelo hiperaceleramento e pelo viés economicista, buscará soluções rápidas e menos custosas para os casos penais. Como resume Rui Cunha Martins: “*Celeridade, eficiência e economia processual, tríade literalmente expressa em diversas ocasiões, não é bandeira argumentativa que costume esvoaçar sozinha. Perto dela é bramido o argumento complementar do “clamor público”.*”<sup>962</sup>

A este “clamor público” (já avaliado no capítulo anterior) soma-se a exploração midiática da violência e a difusão do sentimento de medo<sup>963</sup> da sociedade que, ingenuamente, crê na simplória solução mediante o direito penal e, mais problematicamente ainda, o processo penal<sup>964</sup>. Isto coloca o julgador a serviço desta lógica, imbuído deste propósito, o que sepulta o processo penal enquanto limitação de poder e o exercício jurisdicional como salvaguarda de direitos fundamentais.

Teresa Armenta Deu avalia aquilo que denomina de *efeitos pendulares na justiça*, que em períodos de menor incidência midiática em torno da falta de segurança pública acaba demonstrando uma maior sensibilidade para preservar as garantias individuais<sup>965</sup>, enquanto o aumento da criminalidade e a percepção do “hipergarantismo”,

---

<sup>960</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. P: 149.

<sup>961</sup> Como questiona Rui Cunha Martins: *A quem se dirige, hoje, o processo penal quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade? Às expectativas. Dirige-se a determinado quadro de expectativas.* (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013. P:32).

<sup>962</sup> MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 47.

<sup>963</sup> O Homem continua a temer demônios que são essencialmente por ele mesmo criados, buscando no mundo jurídico soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais. Das assombrações modernas, duas são particularmente evidentes: o narcotráfico e o terrorismo. (in CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P: 35)

<sup>964</sup> Fauzi Hassan Chouckr trabalhando com a obra de Jean Delumeau, faz uma análise sobre as causas de temor da sociedade por quase cinco séculos, indo desde as atividades heréticas até o papel atemorizante que a mulher causava nas estruturas sociais dada leituras canhestras de textos bíblicos. Impressionante como o processo repressivo, entenda-se o processo penal, foi empregado no enfrentamento daqueles temores e a similitude com o momento atual. (in CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P: 40)

<sup>965</sup> A reforma ocorrida no Chile, no início dos anos 2000, conseguiu aproveitar um ambiente político propício para realizar a refundação do processo penal. Houve profundo investimento em estrutura e capacitação de profissionais da justiça, mormente Magistrados. Além da capacitação houve uma grande renovação do quadro da Magistratura com a aposentadoria voluntária daqueles que não aceitassem participar dos treinamentos sugeridos.

provocam reações em sentido inverso, que se manifestam de diversas formas, as quais, a Autora enumera: a) reduzir o âmbito de aplicação da doutrina sobre a prova ilícita; b) aumentar as exigências para sua aplicação, ou incorporar doutrinas atenuantes mais casualistas ou objetivas, como a conexão de ilicitude; c) a boa-fé do transgressor; d) a descoberta inevitável; e) o nexos causal atenuado; ou f) a fonte independente, entre as mais conhecidas.<sup>966</sup>

Por isso, fundamental inserir o exercício jurisdicional dentro desse complexo tensionamento de expectativas. A expectativa pela celeridade, unida por uma expectativa social de resposta efetiva, clamando por uma resposta estatal severa e rápida, fruto de uma exposição midiática do crime e do processo, duelando com a necessidade de observância dos preceitos legais e da constitucional atuação de garante das regras do jogo processual. Daí a preciosa lição de Geraldo Prado, quando avalia a semelhança da situação sofrida pelo devido processo legal e pela liberdade de imprensa, pois esta que representa um elementar direito civil em uma sociedade democrática, pode acabar por produzir em seu extremo aquilo que deveria evitar: *“um modelo autoritário de exercício de poder, em virtude do qual os procedimentos acabam tendo valor exclusivamente formal.”*<sup>967</sup> O que facilita a subversão da forma, eis que reduzida no seu fundamental valor, para uma simples prodecimentalização, o que será melhor avaliado na sequência.

A redução dos custos e a maximização dos resultados, em termos de processo penal, traduzem-se na redução do tempo na resolução do caso penal. A eficiência quando alinhada ao tempo, demasiadamente acelerado, representa a exclusão dos direitos fundamentais e das garantias processuais penais.<sup>968</sup> Como define Carlos Helder Mendes: *“Flexibilizar garantias fundamentais faz parte da grande onda que afoga o Direito Processual Penal no mar agitado/acelerado do imaginário punitivo.”*<sup>969</sup> O crime choca, o punitivismo seduz e o tempo do processo é um estímulo a um sentimento de impunidade, de modo que todos os “entraves”<sup>970</sup> processuais para essa decisão rápida e

---

<sup>966</sup> DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita: Um estudo comparado.** Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 66.

<sup>967</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. P: 180)

<sup>968</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; DE PAULA, Leonardo Costa (org). **Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho** Vol. 1. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018. P: 326

<sup>969</sup> MENDES, Carlos Helder Furtado. **Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a infiltração por software.** Salvador, Editora Jus Podivm, 2020. P 44.

<sup>970</sup> A ideia de que os direitos e garantias fundamentais, as regras e princípios constitucionais e os tratados e convenções internacionais funcionariam como limites ao arbítrio e à opressão, aos poucos foi substituída

eficiente precisam ser superados, em nome de um maior rigorismo penal.<sup>971</sup> Vivencia-se aquilo que Ferrajoli denominou de *cultura de emergência e prática de exceção*, que antes das transformações legislativas se apresentam como responsáveis pela involução do ordenamento punitivo que acaba por se expressar na reedição, agora com trajes modernizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção policiais por parte da atividade judiciária.<sup>972</sup> Esse discurso, se insere e se potencializa dentro de uma estrutura permeada pela tradição<sup>973</sup> autoritária e se ampara numa (pseudo) emergência<sup>974</sup> como acentua Zaffaroni: “*vivemos 800 anos de emergência. Toda vez que ingressa o discurso da emergência, estamos a falar de um discurso autoritário.*”<sup>975</sup> Nesse sentido, Fauzi Hassan Chouckr diferencia as medidas constitucionalmente previstas que autorizam determinadas restrições excepcionais de direitos em decorrência de determinados contextos, (como calamidades, emergências e etc,) da suposta emergência entoada em matéria repressiva, onde a ausência de barreiras temporais ou espaciais, acaba por tornar a emergência, paradoxalmente, algo inerente à normalidade.<sup>976</sup>

Esse Estado de urgência, nas palavras de François Ost, nutre a cultura da impaciência e transforma qualquer prazo em prorrogação insuportável e qualquer

---

pela construção de uma imagem desses “direitos” como entraves, dessas conquistas civilizatórias como meros obstáculos tanto à eficiência econômica ou repressiva do Estado quanto aos interesses dos detentores do poder político e do poder econômico. (in CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 149.)

<sup>971</sup> Segundo Alexandre Bizzotto: A mitigação da proteção do Estado mediante o enfraquecimento dos direitos fundamentais enseja espaço para discursos voltados para o rigorismo penal inflamados pelas facetas do medo. (in BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P:39.)

<sup>972</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 746.

<sup>973</sup> Inserido em uma cultura autoritária pouco espaço de reflexão se torna possível a partir de uma tentativa de conscientização acerca dos direitos fundamentais, como assevera Alexandre Bizzotto: *Os tradicionais livros de direito processual penal, que contém orientações pautadas na regra da preservação da liberdade, têm sido devorados pelo rolo compressor dos anseios punitivistas alimentados pela instabilidade social e política.* (in BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P 12)

<sup>974</sup> Emergência, na definição usada por Fauzi Hassan Chouckr: *se atrela a necessidade de uma resposta pronta, imediata e que, substancialmente, deve durar enquanto o estado emergencial perdure.* Ou ainda, conceituando o autor: *Assim, para fins de uma correta delimitação do caminho que se abre, emergência vai significar tudo aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade.* (in CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; P: 02 - 05

<sup>975</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal**. Buenos Aires: EDIAR, 2004. P: 28.

<sup>976</sup> CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P: 59-60.

transição por um bloqueio institucional, criticável.<sup>977</sup> Nas palavras de Fauzi Hassan Chouckr, a partir dessa forma de sustentação da cultura emergencial, abre-se o caminho para o *emprego promocional e simbólico do direito penal*. Além de instaurar uma perigosa ética de resultados no sistema repressivo, que se apoiará em conceitos de segurança e eficiência, desprovidos de apegos aos princípios fundamentais e justificará, em muitas legislações, a criação de técnicas processuais aberrantes.<sup>978</sup> Nas palavras de Ricardo Gloeckner: “*se percebe como a proposta de desarticulação das estruturas elementares do processo penal acaba sendo revestida através de performances que lançam mão de significantes como “crise”, “emergência”, “impunidade”, etc., que são elementos retóricos do autoritarismo político brasileiro clássico.*”<sup>979</sup>

Toda uma estruturação processual permeada por essa cultura emergencial, somado ao fato de que a legislação vigente é, inquestionavelmente, muito atrasada (haja vista estar vigor há quase 80 anos sem uma reforma substancial) é terreno fértil para a penetração do argumento eficientista que deposite na atuação do juiz estas expectativas, de modo a incentivar um agir que se dê para além dos limites legais, diante da visão de que a legislação não se adequou aos tempos atuais, cabendo ao julgador essa função. É o velho “algo precisa ser feito”<sup>980</sup>, em prol de um processo célere e “eficiente”, rumando numa tendência funcionalista do sistema punitivo, que deságua na administrativização do processo penal<sup>981</sup>. Portanto, em matéria de processo penal o “endurecimento” da lei manifesta-se no “utilitarismo judicial”, com atos permeados pelo segredo, priorização da forma escrita, aumento de pena processuais, mediante o abuso de prisões cautelares e definições de crimes inafiançáveis, bem como algumas absurdas inversões de ônus probatórios e, principalmente, poderes para os juízes “investigarem”.<sup>982</sup>

---

<sup>977</sup> OST, François. **O Tempo Do Direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005. P: 334.

<sup>978</sup> CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P: 56.

<sup>979</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018. P: 169.

<sup>980</sup> Explica Fauzi Hassan Chouckr que: Essa forma de entender o jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camufladas pelo perigoso discurso do *algo precisa ser feito*, extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores. (CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P: 44.)

<sup>981</sup> Para Ricardo Gloeckner: A eficiência levada ao extremo acaba danificando e necrosando os laços mais elementares que servem de proteção contra a atuação estatal. Esta tendência eficientista se transforma atualmente, numa concepção funcionalista do sistema punitivo, responsável pela gradativa administrativização do processo penal. O funcionalismo penal responde, por um lado, à passagem de uma administrativização do processo penal (Poder Judiciário como mero administrador de justiça). (*in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 511.)

<sup>982</sup> LOPES JR, Aury. **Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito?** *In* **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 32.

Nesse cenário, como o processo é moroso e “complicado” e como os direitos se apresentam como obstáculos a serem superados, é cada vez mais comum a criação de determinados institutos que laborem nessa lógica, como *ação controlada*, *colaboração premiada*, *infiltração de agentes e identificação genética* que devem ser compreendidos num horizonte de antecipação da prova penal para um momento antecedente ao processo. Estes institutos convergem como *formas contemporâneas de combate à criminalidade organizada* e acaba por transformar os direitos e garantias processuais penais, em especial o contraditório como uma modalidade formal, vazia e diferida de direito fundamental.<sup>983</sup>

Se percebe como o depósito de expectativas salvacionistas e a crença na centralidade do julgador permite que o processo penal seja subvertido à ideias efficientistas, principalmente, quando encontra na atuação de um julgador a incorporação de tal modelo de atuação. Imbuído de um propósito de ação eficiente, o juiz acaba transformando em um servidor público, no formato Eichmann<sup>984</sup> que influenciado pelo método custo-benefício para as relações humanas, se submete ao princípio da economia, abstendo-se de sua fundamental posição de garante.<sup>985</sup>

Com isso impera a *relativização das formas processuais*, um processo penal *simplificado*<sup>986</sup> para se adequar às exigências de mercado, numa lógica de comunicação imediata e sem espaço para muita complexidade<sup>987</sup>. Como se estivesse em uma campanha

---

<sup>983</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O Processo Penal como Complexo de Situações Jurídicas – Uma Necessária Revisitação. In **Sistema Penal e Poder Punitivo**. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 418.

<sup>984</sup> Na obra Eichmann em Jerusalém, Hannah Arendt analisa a pessoa e o julgamento do oficial do partido nazista, analisando-o como um burocrata cumpridor de ordens: A atitude de Eichmann era diferente. Em primeiro lugar, a acusação de assassinato estava errada: ‘Com o assassinato dos judeus não tive nada a ver. Nunca matei um judeu, nem um não-judeu, nunca matei nenhum ser humano. Nunca dei uma ordem para matar fosse um judeu fosse um não-judeu; simplesmente não fiz isso’, ou, conforme confirmaria depois: ‘Acontece (...) que nenhuma vez eu fiz isso’ –pois não deixou nenhuma dúvida de que teria matado o próprio pai se houvesse recebido ordem nesse sentido. (in ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução José Rubens Siqueira – São Paulo: Companhia das letras, 1999. P: 33.)

<sup>985</sup> ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR, Julio Cesar. O processo eficiente na lógica econômica [recurso eletrônico]: **Desenvolvimento, Aceleração E Direitos Fundamentais**. Itajaí: UNIVALI; FAPESC, 2012. P: 24.

<sup>986</sup> Afirma Rui Cunha Martins: A minha percepção é a de que o peso tomado pelo ideal de “transparência” no mundo jurídico é a expressão da vontade de competir no *campo da verdade*. E o peso tomado pelo ideal de “celeridade” é a vontade de competir no *campo do consumo*. A análise de cada uma destas dimensões, ao permitir deslocar o meu posto de observação para o lado do direito (um direito, diga-se, preocupado em responder as expectativas que o pressionam desde um exterior cada vez menos demarcado), oferece uma visão muito concreta sobre o que pode ocorrer com o processo penal quando, ao ensaiar, também ele, modalidades de redução da complexidade, ele se dispõe a “dormir com o inimigo”. (in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Aditados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 45.)

<sup>987</sup> Rui Cunha Martins acredita: ser necessária uma precisão no respeitante sentido da própria noção de “redução de complexidade”. Luhmann insiste em dar-lhe um sentido de compensação – resposta à complexidade do mundo e à necessidade consequente de a simplificar. Ora, tanto quanto me parece, ela é também, a par disso e cada vez mais na atualidade, uma operação de puro preenchimento de expectativas.

publicitária, como sustenta Ricardo Gloeckner: *desformalizar e punir: eis o slogan que poderia ser tributado à jurisdição como manifestação de poder quando aplicada ao processo penal*.<sup>988</sup>

Uma vez que tudo cede em nome de pseudo argumentos justificadores, seja a busca pela verdade<sup>989</sup>, seja a celeridade da resposta estatal, que deve ser eficiente, o que implica na desformalização material do processo penal.<sup>990</sup> O que importa é o fim, o resultado do processo penal, mormente associado a um desfecho condenatório<sup>991</sup>, o que invoca velocidade e eficiência. Nesse viés econômico é que os fins passam a justificar os meios e as formas processuais somente se justificam quando não se apresentarem como óbices ao exercício do poder punitivo, como leciona Rubens Casara: “o *eficientismo* é um modo de racionalizar o processo penal para transformá-lo em procedimento mais célere e menos custoso.”<sup>992</sup>

Confundir um processo eficiente com um processo punitivo é desprezar a essência do processo penal e relegá-lo a mero adorno decorativo para disfarçar a arbitrariedade da atuação estatal. Isso é um sintoma da reducionista visão maniqueísta que insiste em uma polarização e incentiva a visão dos problemas através de uma separação binária, confundindo a defesa de Direitos com a defesa do crime ou da impunidade.

---

(in MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013; P: 41).

<sup>988</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. P: 560.

<sup>989</sup> Para Alberto Binder: Exemplos históricos já nos demonstraram o problema de ter a verdade como objetivo do processo, pois mesmo se retirando a tortura e o inquisidor, permanecendo a verdade como norte do processo, deve-se buscar meios que a alcancem e, com isto, as formas processuais devem debilitar tudo aquilo que permitisse ingressar o jogo de interesses e atividade das partes e fortalecer tudo o que servir aos velhos mecanismos (tortura e inquisidor). (in BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 51/52.)

<sup>990</sup> Toda essa inobservância a preceitos constitucionais do processo penal acarreta – como assevera Ricardo Gloeckner – na transformação da eficiência num conceito jurídico-valorativo que permite a desformalização material do processo penal. Essa desformalização compõe um conjunto de elementos que, pautados no *eficientismo*, assombram o futuro do processo penal. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 50)

<sup>991</sup> Esta argumentação demonstra como o processo penal brasileiro é subserviente a um modelo totalitário de gestão da justiça criminal, principalmente pela devoção quase cega à persecução de fins próprios da defesa social. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 340.)

<sup>992</sup> CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 140.

Rui Cunha Martins, sintetiza que desde sua fascista gênese, o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 carrega em seu âmago, como marca ideológica indelével, a louca vontade de “trazer o bem” e “extirpar o mal”. Tal qual a kafkiana Máquina Penal, ainda hoje – em terreno sedizente democrático - o processo faz uso “*de elementos provenientes do patrimônio ditatorial*” e, mais do que nunca, torna-se um engenhoso mecanismo destinado a fazer sofrer réus em prol do bem comum.<sup>993</sup> Na lógica autoritária, já exaustivamente denunciada, do predomínio do coletivo sobre o individual.

A serviço deste sistema autoritário que encarna uma lógica economicista, vem um deficiente sistema de nulidades que, amparado em uma lógica civilista, ignora as especificidades e a complexidade do processo penal e, por conseguinte, do grau de relevância da forma processual penal e permite uma ampla maleabilidade procedimental<sup>994</sup> e flexibilização de garantias fundamentais. Sendo desnecessário, inclusive, a invocação de argumentos de emergência, ao passo que a normalização da violação das normas já se concretizou sem que seja necessário esforço nenhum para qualquer “drible” nas regras do jogo.

O processo não visto como um direito em si mesmo, mas sim como uma mera sucessão de atos, aquilo que é entoado na doutrina nacional, na qual o processo é lido como *pro-cedere*, uma sequência de atos judiciais que visa uma resolução de mérito. Essa concepção do processo como uma mera sequência de atos, isolados uns em relação aos outros, possibilita um cenário no qual a decretação de nulidade de determinado ato judicial seja ventilada tão somente pelas lentes do próprio.<sup>995</sup> Isso evidencia uma cultura de *desapego* à forma, sintoma da lógica eficientista e emergencial que guia a atuação jurisdicional, representando mais um grilhão inquisitorial a marcar o sistema processual brasileiro.<sup>996</sup>

---

<sup>993</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**, The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P: 112-114.

<sup>994</sup> Segundo Alexandre Bizzotto: Para fazer valer os direitos constitucionais às pessoas que se veem na condição de investigado/acusado de um processo de natureza penal, enfrentam-se obstáculos criados pela permissividade interpretativa, ou mesmo pela sua inversão de sentido, com fundamento na premissa da relativização das garantias em pro da satisfação punitiva. (in BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P: 29).

<sup>995</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 289.

<sup>996</sup> Um sistema inquisitório tem notória predileção pelo desprestígio à forma processual, especialmente quando se afirma que a forma é contraeficientista (âmbito da economia processual), dilata indevidamente o processo (forma como morosidade) e etc. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P: 29.)

Importa frisar que a matéria das nulidades no direito processual penal brasileiro nunca recebeu a atenção merecida. Empréstimo de conceitos civilistas e contorcionismos utilitaristas sempre marcaram tanto a doutrina como a jurisprudência. O processo legislante não se distanciou muito destes aspectos, também. À exemplo disto, é possível verificar a ampla reforma procedimental ocorrida no ano de 2008, na qual se mudou diversos procedimentos penais, sem mexer uma vírgula, sequer, no capítulo das nulidades. Vigora no país um ordenamento que estipula diretrizes procedimentais e prazos processuais para a realização dos atos. No entanto, tal estrutura convive com a chamada doutrina do “não-prazo”<sup>997</sup>, ao passo que se criam prazos e formas sem o estabelecimento de sanções ao seu descumprimento, o que conduz a uma total ineficácia normativa.

Um paralelo com sinalização de trânsito é possível de explicar bem o que se apresenta na matéria das nulidades. Em uma determinada via sempre houve uma placa sinalizadora de “velocidade máxima 60 km/h”, no entanto, os motoristas seguidamente a ignoravam, o que deixaram de fazer quando, junto da placa se instalou um radar medidor de velocidade, ou seja, se deu eficácia à norma, o seu descumprimento passou a ser sancionado. Em que pese a exemplificação simplista, ela serve para ilustrar que, seja o particular ou o Estado, uma norma sem sanção tende a ser descumprida. Daí a importância da lição de Ferrajoli, para quem: *“um Código que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido”*. E prossegue, o autor acerca da garantia do procedimento e da forma: *“Por isso a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça.”*<sup>998</sup>

Ora, o procedimento previsto em lei, o rito e a forma dos atos processuais são condições indispensáveis do devido processo legal. Vinculam-se, inclusive, a ideia de previsibilidade, de conhecimento da atuação estatal e dos limites desta, elementos

---

<sup>997</sup> Sobre o tema leciona Aury Lopes Jr: *Adotou o sistema brasileiro a chamada ‘doutrina do não prazo’, persistindo numa sistemática ultrapassada e que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem há décadas debatendo. O fato de o Código de Processo Penal fazer referência diversos limites de duração dos atos (v.g arts. 400, 412, 531 etc.) não retira a crítica, posto que são prazos despidos de sanção. Ou seja, aplica-se aqui a equação prazo-sanção = ineficácia. Portanto, quando falamos em não prazo significa dizer: ausência de prazos processuais com uma sanção pelo descumprimento.* (in LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 80.

<sup>998</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 572.

próprios de um Estado Democrático de Direito<sup>999</sup>, que não coaduna com práticas sigilosas e com “surpresas” no decorrer do processo.

No entanto, dada a estruturação autoritária de um sistema processual penal nascido em berço fascista (consoante já avaliando em capítulos anteriores), a matéria das nulidades cede em nome de “valores maiores”<sup>1000</sup>. Isso se verifica, já na exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro, onde Francisco Campos, refere que a necessidade da reforma, se justificava pela necessidade urgente, de *amoldar a sistemática processual penal às novas exigências da época*. E, para isto, a legislação deveria ser mais repressora, uma vez que, na palavra do jurista, as leis da época, asseguravam aos réus, um *tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade*.<sup>1001</sup> Se demonstra de forma nítida a percepção do estabelecimento da ordem social mediante a ampliação do poder estatal em detrimento de garantias individuais, primando pela abolição da *injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social*. E, ainda, acrescentando que, *não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum*<sup>1002</sup> Portanto, muitas são as passagens que evidenciam as aspirações autoritárias do Código ainda em vigor, onde a lei deveria assumir um papel de repressão ao crime e o sistema se voltar ao combate da criminalidade e no qual as nulidades foram concebidas como um *meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça*.<sup>1003</sup>

Isso explica a carga cultural a fomentar uma atuação jurisdicional a partir de tal prisma. Portanto, dada a inspiração assumidamente fascista da legislação não é difícil compreender que a lógica das nulidades no sistema processual penal brasileiro é governada a partir do pensamento de Manzini, pela contração do rigor dos atos, pela

---

<sup>999</sup> Para Ferrajoli: Seja a democracia quanto o Estado de Direito se caracterizam de fato pela higidez normativa dos meios de repressão ou de tutela dos desvios e desta forma comportam maiores preços e maiores riscos. (in FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 766.)

<sup>1000</sup> Refere Geraldo Prado: Passarem subliminarmente a ideia do caráter obsoleto e ineficiente das garantias processuais, a que se soma a percepção do processo penal como meio demorado de se fazer justiça, em comparação com a sumariedade e perfeição da investigação dos *media*. (in PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. P: 181).

<sup>1001</sup> BRASIL, Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal Brasileiro.

<sup>1002</sup> BRASIL, Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal Brasileiro.

<sup>1003</sup> BRASIL, Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal Brasileiro.

ampliação da definição de “mera irregularidade” e pela maximização do conceito da *finalidade atingida pelo ato irregularmente praticado*.<sup>1004</sup>

É uma marca típica de um modelo inquisitorial, a ausência de formas processuais ou sua flexibilização, o que só é possível a partir do golpe da relativização das nulidades processuais. Vale lembrar, que é o modelo inquisitório que dispensa formas, pois estas são concebidas como um entrave ao alcance do desfecho “justo” ao revelar da “verdade” através do processo. A análise introspectiva exercida pelo juiz inquisidor, rechaça vínculos e formas, exigindo tempo prolongado, penumbras, palavras insinuantes, armadilhas, em um quadro fático indefinidamente variável.<sup>1005</sup>

Por isso não há como se concordar com Larry Laudan quando este aponta que as regras processuais são entraves em um sistema que deve buscar a verdade ao passo que se apresentam como elementos que não se destinam a redução do erro judicial, de perseguição da verdade, chegando a criticar o direito ao silêncio, afirmando que “*en un mundo ideal se obligaría a los acusados a decir lo que saben acerca de los delitos que se les imputan*”<sup>1006</sup> Esse é o risco de se ignorar os efeitos destas perspectivas processuais no processo penal, que lida com direitos fundamentais e que, por isso, necessita ter de forma clara a limitação do poder.

Seguindo, novamente, com Franco Cordero é de se notar o *estilo inquisitório* que se faz presente no Brasil, configurando uma técnica que inviabiliza o contraditório, pois permite ao juiz inquisidor elaborar suas hipóteses sobre a resolução do caso não apenas de forma antecipada, mas também dentro de um marco mental paranoide que impede a alteração de suas convicções. Considerando essa dinâmica, entende o saudoso jurista italiano que o sistema inquisitório seria *legalmente amorfo*, tendo em vista que seu método introspectivo e marcado pelo compromisso ideológico de quem o utiliza, objetiva exclusivamente o resultado: a condenação do réu, relegando a um segundo plano as

---

<sup>1004</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 157.

<sup>1005</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá Editorial Temis:, 2000. P. 24

<sup>1006</sup> “Entonces, en un mundo ideal se obligaría a los acusados a decir lo que saben acerca de los delitos que se les imputan. Pero, incluso si la predominante (mala) interpretación de la Quinta Enmienda está tan fuertemente afianzada como para intentar modificarla por las simples preocupaciones por la búsqueda de la verdad, las actuales políticas públicas sobre e silencio del acusado podrían ajustarse para que contribuyan a reducir el error global en los veredictos.” (in LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal**: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 219)

garantias fundamentais.<sup>1007</sup> Sustenta Ferrajoli, que: “no modelo decisionista inquisitivo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no processo garantista é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados).”<sup>1008</sup>

Portanto, o sistema de nulidades no processo penal brasileiro é constituído de um hibridismo suficiente para não ser possível prever, com um mínimo de certeza, qual a decisão a ser proferida pela autoridade judicial. Tal qual num sistema inquisitorial<sup>1009</sup>, a ilegalidade congênita muitas vezes afasta a aplicação de determinada norma que decretaria a retirada dos efeitos do ato, segundo, especialmente, o *princípio da demonstração de prejuízo*.<sup>1010</sup> Se percebe a partir destas constatações que as marcas inquisitoriais que mais facilmente autorizam a flexibilização das garantias amparam-se em teorias civilistas, que perpassam pela relativização cada vez maior das nulidades<sup>1011</sup>, da excepcionalidade discricionária da nulidade absoluta, bem como na demonstração do prejuízo<sup>1012</sup>, o que endossa a crítica já realizada nos capítulos anteriores acerca do grave perigo em termos de garantias processuais penais, de se trabalhar a partir de categorias civilistas.

Assim, fruto de uma perspectiva de teoria geral do processo<sup>1013</sup> (que nada mais faz do que tentar impor categorias de processo cível para dentro do processo penal),

---

<sup>1007</sup>CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá Editorial Temis, 2000. P. 19.

<sup>1008</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 498.

<sup>1009</sup> De acordo com Salo de Carvalho, “o princípio que estrutura o sistema de nulidades, herança do Código Processual Napoleônico, é o da inexistência de vícios processuais sem a demonstração do prejuízo às partes (*ne pās nullitè sans grief*)” (in CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 76.)

<sup>1010</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 288.

<sup>1011</sup> A dicotomia nulidades absolutas x relativas pode trazer contribuições até certo ponto valiosas quando os interesses vindicados no processo são de caráter disponível. No processo cível, se é possível renunciar-se - em alguns casos como aqueles em que se está falando de direitos patrimoniais - ao próprio direito objeto da lide, com muito mais propriedade que os atos processuais devem ser revestidos de menor solenidade. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 548/549.)

<sup>1012</sup> A orientação primária deste princípio é estabelecer limites à declaração de nulidade. Assim, o escopo intencional é permitir que determinado vício de um ato processual não seja reconhecido a não ser que o interessado postule a declaração judicial invocando e demonstrando violação a seus interesses, bem como provando o prejuízo sofrido pela prática precária do mencionado ato. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 297.)

<sup>1013</sup> Para Ricardo Goeckner: A distinção entre nulidades relativas e absolutas é fruto do narcisismo epistemológico que procurou simetrizar todas as formas processuais, a fim de lhe oferecer uma teoria geral do processo, capaz de sustentar as mesmas categorias para os mais diversos setores jurídicos. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 550)

o que se verifica na diferenciação de nulidades entre *absolutas* e *relativas*, que encontra amplo amparo na doutrina e na jurisprudência. As características que, tradicionalmente, são empregadas como justificativa dessa diferenciação ontológica entre as categorias nada mais são de que artifícios simbólicos e falaciosos, que tem como escopo fundamental a afirmação da nulidade relativa e a cada vez maior flexibilização das absolutas<sup>1014</sup>

Ademais, importante parcela da doutrina justifica (amparado nos mesmos critérios) o *princípio da instrumentalidade das formas* sob o argumento de que *as formas só devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade: conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento*<sup>1015</sup>. Como, destaca Gloeckner, o referido princípio se vincula intimamente a uma concepção de processo penal que considera a forma como um empecilho ao alcance da verdade material<sup>1016</sup> e, portanto, totalmente incompatível com um modelo de atos processuais amparado constitucionalmente.<sup>1017</sup>

Dessa forma, a ausência de critérios bem definidos acerca das nulidades manifesta uma política de *gestão das ilegalidades*, nas palavras de Ricardo Gloeckner. Ainda, a partir da visão de Cordero, sustenta o autor que se o ato perfeito e o imperfeito fossem igualmente eficazes, a qualificação de perfeição se reduziria a uma palavra vazia de significado e entraria em crise aquela categoria lógica denominada de lei de integridade da tipicidade, fora da qual não se faz possível qualquer espécie de argumentação juridicamente coerente.

Não há como se falar nas nulidades e nos seus problemas sem uma análise acerca da prova ilícita. Isso porque, na esteira do que já fora avaliado em tópicos precedentes, o processo penal está envolto em uma perene questão probatória<sup>1018</sup>, na

---

<sup>1014</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 416.

<sup>1015</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20

<sup>1016</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 40. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 298.

<sup>1017</sup> Torna-se cristalino o fato de o princípio da instrumentalidade das formas ser incompatível com um modelo de atos processuais constitucionalmente amparado. A instrumentalidade constitucional do processo penal não é compatível com o primado eficientista da relativização das nulidades absolutas, como poderia ser chamado o princípio da instrumentalidade das formas. (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 520.)

<sup>1018</sup> Como ensina Ruth Gauer: *direito (processual penal) está envolto em uma perene questão de prova, visto que, pelo seu imanente caráter histórico-(re)construtivo, almeja sempre desvelar a “verdade” acerca*

medida em que é o conjunto probatório o que (em tese) formará a convicção do julgador e que servirão de elementos de motivação a justificar a decisão tomada. Dessa forma, a relação *prova-juiz* é um ponto central de qualquer discussão crítica sobre o processo penal, razão pela qual a análise da licitude processual penal é fundamental.

Dessa relação juiz-prova certamente importará sobremaneira a apreciação, por este mesmo juiz, acerca da legitimidade, da licitude da prova produzida. Nesse contexto, a carga de expectativas depositadas na atuação do julgador, a partir de toda uma estrutura autoritária de processo penal<sup>1019</sup>, tornará a análise sobre legalidade probatória um campo repleto de incertezas, conceitos vagos e flexibilizações utilitaristas. A própria definição de prova ilícita é, por vezes, imprecisa, variando a partir do meio de prova, da forma de sua produção, da observância do contraditório, da preservação dos direitos, dentre tantos outros aspectos.<sup>1020</sup> Para Ricardo Gloeckner: “*dentro da teoria geral da prova, a prova ilícita compreenderia o conjunto de disposições, de caráter constitucional, que limitam a produção probatória por parte do Estado. A ilicitude da prova produzida corresponderia a uma violação de dispositivo constitucional, pelo que se pode considerá-la como inválida.*”<sup>1021</sup> Já, Manuel da Costa Andrade, trabalhando com a ideia de Grunwald, refere que boa parte da doutrina por admitir violações ao mesmo preceito legal possam, consoante as circunstâncias do caso, ter de qualificar-se como *proibições de perseguições de prova, proibições do processo de prova*, ou mesmo, com meras regras de produção de prova.<sup>1022</sup>

Outra distinção comumente realizada na análise da prova no processo penal é a definição de prova *ilícita* ou *ilegítima*. A partir da qual a provas ilegítimas seriam

---

*do fato delitivo ocorrido.* (in GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **A Qualidade do Tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 01.)

<sup>1019</sup> A variabilidade do conceito e a configuração da prova ilícita estão muito ligadas a já mencionada tensão entre a tutela de bens essenciais para a sociedade através do processo penal e das garantias exigidas, seja para limitar os direitos fundamentais, seja para adotar as medidas necessárias para alcançar aqueles objetivos. (in DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita**: Um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 64.)

<sup>1020</sup> Teresa Armenta Deu explica as diferentes causas de uma prova ilícita: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunhos entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser irregular ou se tornar defeituosa. (In DEU, Teresa Armenta. **A Prova Ilícita**: Um estudo comparado. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 37.)

<sup>1021</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 437.

<sup>1022</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. P: 102.

aquelas que violassem preceitos processuais, enquanto as ilícitas seriam as que se apresentassem contrárias às normas de direito material. Entretanto, tal definição não apresenta grande relevância se o processo de avaliação da prova for compreendido, em sua totalidade, como um processo de justificação e, por assim ser, sempre subordinado à observância de sua legitimidade.<sup>1023</sup>

Há também que se compreender que tal apreciação estará, sempre, inserida dentro de determinada cultura jurídica. E se os avanços civilizatórios no campo dos direitos fundamentais fizeram com que houvesse significativas rupturas com práticas ilícitas de produção de prova, os modelos judiciais tratam do tema sob diferentes perspectivas. Isso é bem avaliado na obra de Teresa Armenta Deu, na qual refere que os modelos denominados como Continentais, se caracterizam pela conexão da doutrina sobre a ilicitude probatória com a famigerada busca da verdade, mediante a aplicação do princípio da legalidade e pela tensão existente, entre aquilo que é chamado de “diversos fins essenciais da sociedade” (persecução dos delitos ou proteção dos direitos individuais)<sup>1024</sup>. Já, para aqueles, cuja doutrina da ilicitude probatória decorre de fundamento constitucional (4<sup>a</sup>; 5<sup>a</sup>; 6; e 14<sup>a</sup> Emendas), estão voltados para a proteção de direitos individuais cujo objetivo principal é a imposição de restrições às autoridades dos agentes públicos, como uma função com caráter pedagógico, face a seus abusos ou violações de direitos<sup>1025</sup>.

Isso é perceptível a partir do trato destinado, por exemplo, no modelo norte americano,<sup>1026</sup> na qual a licitude probatória é levada extremamente a sério e o trato a partir da observância da *cadeia de custódia* da prova é algo muito claro e presente há décadas no cenário processual penal estadunidense. Muitas condenações são revistas a partir de descobertas de ilegalidades na produção probatória, o que resta facilitado em um modelo que trabalha com amplo registro por vídeo de todos os atos processuais e que resta extremamente dificultado em uma estrutura que ainda utiliza de depoimentos reduzidos à termo e sem a presença de advogados num hostil ambiente policial, como sói acontecer em todos os cantos do Brasil.

---

<sup>1023</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 61.

<sup>1024</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **A Prova Ilícita: Um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 25.

<sup>1025</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **A Prova Ilícita: Um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014. P: 37.

<sup>1026</sup> Sobre o tema ver RAMOS, João Gualberto. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P: 122 e ss.

Ao fazer preponderar o texto constitucional e mesmo as disposições legais referente à matéria, certamente, um absurdo número de processos criminais poderiam ter a sua nulidade reconhecida, principalmente, a partir do indevido (e ilegal) uso de elementos colhidos no inquérito policial, que acabam por adentrar ao processo e valorados como prova ou não, formando a convicção do julgador. A partir daí se criam determinadas concessões de ilegalidades, seja pela “boa-fé”<sup>1027</sup> do agente, seja pela ausência de melhores condições de produção de prova em melhor qualidade. O reconhecimento das dificuldades estruturais dos órgãos de persecução penal acabou por resultar em uma “vista grossa” acerca de determinadas violações de direitos na produção da prova. A falácia do “exclusivamente” presente no Art. 155 do Código de Processo Penal permite que o julgador se valha dos elementos indiciários (produzidos sem qualquer observância aos critérios legalmente admitidos em matéria de produção probatória) para formar seu convencimento e busque em algum elemento de prova produzida no processo a justificativa da decisão tomada. Não raros são os processos em que um depoimento produzido em sede policial (reduzido a termo, sem defensor) é desmentido na fase judicial ou um testemunho, ao ser submetido ao contraditório processual, mude o depoimento antes prestado e, ainda assim, tal “prova” é valorada e embasa um desfecho condenatório. Parece haver uma percepção de que uma “subida na régua” no reconhecimento das nulidades representaria um número absurdo de processos anulados, representando uma sensação de impunidade e um retrabalho por parte dos órgãos de persecução penal. Isso pode justificar o nível de permissividade de alguns juízes (fruto da já trabalhada colocação como agente investido na função de segurança pública). Mas a algo ou a alguém tal estrutura deficitária das investigações policiais acaba por servir. Neste

---

<sup>1027</sup> Segundo Gustavo Badaró, trata-se de situação que expande o poder de manobra no sentido de demonstrar a “boa-fé” na obtenção das provas: O poder de manobra seria imenso. A jurisprudência poderia se posicionar no sentido de que, para a manutenção da prova, caberá à acusação demonstrar que o agente estatal agiu de boa-fé. No entanto, não se estranharia que adotasse o caminho oposto, fazendo pesar sobre os ombros da defesa o ônus de demonstrar que o agente estatal agiu de má-fé. (in BADARÓ, Gustavo. *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. **Boletim IBCCrim**, São Paulo. v. 23, n. 277, p. 17–19, dez., 2015. P: 18.) A discussão acerca da ‘boa-fé’ na admissão da prova ilícita restou ampliada na proposta de “10 medidas contra a corrupção”, campanha do Ministério Público Federal com sugestões de alterações legislativa visando “combater a corrupção”. Nesse ponto, destaca uma informação no site da campanha: *O ponto da proposta que mais suscita controvérsia é o referente às provas colhidas de boa-fé pela polícia. Ora, o principal objetivo de excluir as provas ilícitas do processo é evitar que a polícia pratique arbitrariedades contra o cidadão em suas investigações, como a tortura para obter informações ou o ingresso em residências sem mandado judicial. Tem, portanto, um caráter dissuasório. No entanto, quando a polícia age de boa-fé, lastreada numa decisão judicial aparentemente legítima, a exclusão da prova do processo não se justifica, pois, nesse caso, não serviria para conter abusos, já que a polícia colheu a prova na certeza de que se conduzia dentro da absoluta legalidade.* Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/perguntas-frequentes/as-10-medidas-autorizam-o-uso-de-prova-ilicita>. Acesso em 06 de jul de 2020.

contexto, refere Manuel da Costa Andrade: “*a disciplina normativa da realização da prova em processo penal, exprime-se prevalentemente pela via da permissão, só excepcionalmente revestindo a forma de proibição.*”<sup>1028</sup>

Inegavelmente essa permissividade probatória que lida com a excepcionalidade da proibição não está envolto numa compreensão principiológica que conceba o processo penal como uma garantia em si mesmo e a observância da forma processual como a manifestação efetiva desta. De acordo com toda a carga de expectativas já avaliada no capítulo anterior, a partir de princípios da ponderação de interesses, no que tange à proibições de prova, há de se identificar uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração de prova, tudo em nome da prevenção e repressão da criminalidade.<sup>1029</sup>

A razão para tal percepção acaba por ser, novamente, a ideia do processo penal como instrumento de segurança pública e, ao lado disso, a noção de *busca da verdade* no processo penal, que acaba por justificar a partir de resultados os meios obtidos. Por mais que já tenha sido avaliada em momentos anteriores da presente pesquisa e, sem incidir na repetição desnecessária, é de suma importância a apreciação da questão da *verdade* no processo penal quando se discute prova e, principalmente, licitude da prova. Em que pese superação do ideal de perseguição de uma verdade no processo penal, há uma respeitável corrente doutrinária a cada vez mais justificar que o processo não pode abdicar de perseguir uma verdade, que seria um *objetivo institucional do processo*<sup>1030</sup> pois esta representaria, inclusive, uma garantia<sup>1031</sup> em face de condenações injustas, ou seja, uma condenação precisaria estar amparadas em provas que revelaram a verdade do fato ocorrido.

Juarez Tavares e Rubens Casara, explicam que o objetivo da prova é a busca da verdade. Essa verdade, no processo, para além de sua dimensão normativa (limites normativos à essa busca da verdade) funciona como uma espécie de *indicador epistêmico*

---

<sup>1028</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. P: 22.

<sup>1029</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. P: 28.

<sup>1030</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. P: 29

<sup>1031</sup> Afirma Geraldo Prado que: O ponto de partida é garantista. A existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conformado aos mandamentos do Estado de Direito e, nestes termos, a presunção de inocência constitui o princípio reitor do processo penal. (*in* PRADO, Geraldo. **A Cadeia De Custódia Da Prova No Processo Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. P: 31)

que direciona a ação probatória de um estado de incerteza, que decorre da dimensão probatória da presunção de inocência a um potencial estado de certeza que deve ser obtido a partir de um processo baseado na investigação e na demonstração de acontecimento dos fatos penalmente relevantes, mediante respeito aos limites éticos e jurídicos e não de um processo arbitrário fundado na violação de limites com finalidade políticas.<sup>1032</sup>

Certamente, esses autores não compactuam com uma desenfreada e utópica busca pela verdade real, tampouco compactuam com o *vale-tudo probatório*<sup>1033</sup>, pois os próprios limites constitucionais e matéria probatória impedem que se sustente tal ideologia. No Estado Democrático de Direito, que se caracteriza pela existência de limites rígidos ao exercício de poder, a prova precisa vir orientada por uma pretensão de validade. Válida será apenas aquela prova juridicamente admitida em razão do respeito aos limites democráticos impostos pelo legislador.<sup>1034</sup>

Entretanto, em sentido diverso, Larry Laudan, novamente defendendo a necessidade de um sistema se orientar à busca pela verdade, sendo essa a forma efetiva de redução dos erros judiciais, critica a exclusão da prova ilícita, de uma confissão mediante coação, pois isso vai ao encontro do interesse de se buscar a verdade, pois impede o jurado de conhecer de um elemento de prova que pode ser relevante para decidir sobre a inocência ou culpa do acusado.<sup>1035</sup>

Novamente tal afirmativa não se apresenta adequada aos preceitos básicos de um processo penal amparado na observância de direitos fundamentais. Parte da ideia de

---

<sup>1032</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 52.

<sup>1033</sup> A própria ideia de “verdade” passa a ser vista como um obstáculo à ilimitação neoliberal. Instaura-se uma espécie de “vale-tudo” probatório, uma vez que a certeza do julgador nasce junto com o conhecimento da hipótese acusatória (“primado da hipótese sobre o fato”). Nos julgamentos, a imparcialidade, entendida como equidistância dos interesses em jogo, torna-se cada vez mais problemática, isso porque o julgador não parte de uma “posição de não-saber”, mas de uma certeza prévia à instrução. As figuras do acusador e do julgador, não raro, passam a se confundir. Não há dialética, isso porque o julgador já carrega uma certeza. Cria-se uma fantasia em torno do “acusado”, sem qualquer compromisso com a faticidade. Fatos são distorcidos, potencializados ou mesmo inventados: o importante é chegar ao resultado desejado pelo julgador. O acontecimento, o fato que se afirma querer julgar, e a análise racional da prova perdem importância para a hipótese, carregada de certeza, previamente formulada pelo acusador/julgador<sup>144a</sup> partir de preconceitos, ressentimento, inveja e, sobretudo, ódio. (CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 151)

<sup>1034</sup> CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 20.

<sup>1035</sup> Sustenta o Autor: *Indiscutiblemente, esta práctica (comúnmente conocida como la exclusión del “fruto envenenado de una confesión coaccionada”) va en sentido contrario al interés en la búsqueda de la verdad reconocido por la Corte. Essa prática impide al jurado de acceder a un elemento de prueba que algunas veces es tremendamente relevante para decidir la inocencia o la culpabilidad del acusado. (in LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal**: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. P: 253).*

uma busca por uma verdade que seria indispensável para a decisão do caso, ignorando a complexidade (já apresentada no tópico anterior) de se imbuir o julgador dessa busca, dos efeitos que geram na mente do julgador a partir da formação mental da história do caso trazida na investigação preliminar, bem como o fato de que a dúvida favorece ao acusado e, portanto, só a inconformidade em relação à dúvida que deve levar o juiz a seguir agindo e, por isso, o risco de que ele encontre algo a justificar a hipótese já eleita mentalmente é enorme.

Portanto, parece haver um contrassenso na defesa por uma *busca de verdade*, ainda que sem a adjetivação de real. Não se trata de ser um negacionista, de negar a existência da verdade, enquanto fato passado e ocorrido. Mas, verdade é apenas uma. Adjetivar a construção de diversas verdades é o que implica em negar-lhe o seu valor. Acreditar e legitimar essa busca por verdade (seja ela qual for) em uma estrutura processual que crê na centralidade (quicá sacralidade) do julgador é que o principal problema, haja vista imbuir que ao Magistrado destas expectativas, a imparcialidade e, com ela, o processo penal devido e legal estão fortemente ameaçados.

Nesse ponto, sustenta Alberto Binder: “*a verdade como meta de indagação não necessita de regime probatório, para descobrir a verdade não necessitamos de regras processuais, muito pelo contrário, estas obstaculizam, molestam e entorpecem a busca pela verdade*”. E afirma o Autor que as regras de prova operam como limites à esta busca da verdade, desempenhando uma função de garantia, ou seja, protegem o cidadão do abuso de poder na coleta da informação.<sup>1036</sup>

Episódios históricos demonstram que o processo penal sempre que pretendeu buscar uma verdade mais material e consistente, limitando menos a atividade de busca, acabou por alcançar uma “verdade” de menor qualidade e com um trato pior ao imputado.<sup>1037</sup> Aragonese Alonso ensina que o conceito de prova está vinculado ao de uma *atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz*.<sup>1038</sup> O foco, em um modelo acusatório é a busca do convencimento do julgador a partir da reconstrução de um fato histórico, mediante provas legalmente produzidas, demonstrar uma probabilidade de determinado fato ter acontecido de determinada maneira, de modo

---

<sup>1036</sup> BINDER, Alberto M. **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 61

<sup>1037</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo y Proceso Penal. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, n. 2, Granada, 1999. P: 53.

<sup>1038</sup> ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. Madrid, 1976. P.: 251.

a vencer o estado de presumidamente inocente com o qual o imputado deve ser tratado por parte do julgador. Não se trata de negar que o processo possa revelar uma verdade, mas apenas não defini-la como *fundante* e como *objetivo a ser alcançado pelo julgador*.

Daí a fundamental questão de apreciação da função, posição e atuação do julgador no processo penal, em especial quando se avalia produção e valoração probatória. Ao passo que a vedação constitucional das provas obtidas de forma inidônea atinge não apenas os direitos fundamentais à intimidade e privacidade, mas, de igual forma, o devido processo legal e, sobretudo ao juiz competente para julgar a causa. Daí porque a reforma processual de 2008 não se demonstrou adequada pois, em que pese determinar o desentranhamento da prova ilícita e daquela por esta contaminada, manteve o magistrado que teve contato com esta.<sup>1039</sup> Entretanto, na recente alteração trazida com a Lei n.º 13.964/19 (Pacote AntiCrime), andou bem o legislador ao determinar o afastamento do julgador quando este reconhecer a nulidade da prova<sup>1040</sup>, isso diminui um dos pontos problemáticos da contaminação do julgador com a prova ilícita, mas mantém intacto outros problemas fundamentais dessa relação, como os efeitos<sup>1041</sup> dessa prova ilícita e, em especial, a avaliação acerca da licitude ou não da prova.

Se entende como crucial para minorar a contaminação e evitar que a decisão se dê amparada em expectativas utilitaristas, que sejam devidamente delimitados os momentos da prova no processo penal e que o controle da licitude probatória se dê em momento anterior à análise do conteúdo da prova. Para isso é fundamental que se tenha de forma clara, os quatro elementos da produção probatória.<sup>1042</sup>, especialmente no que tange à fundamental separação entre 'admissão' e 'valoração'. Na admissão<sup>1043</sup> deve-se efetivar um filtro de legalidade, avaliando a tipicidade processual. A valoração apenas

---

<sup>1039</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 504/505.

<sup>1040</sup> Art. 157 São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (...) § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

<sup>1041</sup> No entanto, a ilicitude de uma prova, como qualidade que lhe é reservada por um status de inadequação normativa, nada diz acerca dos efeitos da prova ilícita. Quando se fala sobre a ilicitude de uma prova, fala-se em sua qualidade, em sua antijuridicidade. Todavia, nada diz a respeito dos efeitos da prova ilícita. (*in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 437.)

<sup>1042</sup> Quatro momentos da prova: 1º - Postulação, 2º Admissão, 3º Produção e 4ª Valoração. *In* LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 364/365.

<sup>1043</sup> A admissão representa o juízo de valor (decisão) exercido pelo agente jurisdicional no qual se reconhece a legalidade, a moralidade, a pertinência e, para alguns, a necessidade da prova requerida pelas partes. A admissão, portanto, é o momento em que a Agência Judicial decide que a prova pretendida pode ser produzida pela parte que a propôs. Trata-se do juízo de admissibilidade da prova. (*in* CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 49)

poderá se dar após a admissão. Daí porque não se pode trabalhar em momentos únicos, ou seja, avaliar se a prova deve ser admitida em conjunto com a valoração do seu conteúdo (por exemplo, quando julgadores postergam a apreciação de um pedido sobre a ilegalidade da prova para a sentença), pelo inevitável fato de que a qualidade ou conteúdo da prova influenciará sua apreciação<sup>1044</sup>. Daí, a necessidade de cada vez mais ter essa definição no processo penal: o controle da legalidade da prova deve preceder à análise da valoração de seu conteúdo. Pelo simples fato de que quando da análise da legalidade da prova, o conteúdo desimporta.

Visando exemplificar, é possível trabalhar com exemplos metafóricos, usando o futebol. A confusão de análise dos momentos de admissão com valoração, seria o mesmo que um jogador receber uma bola em evidente posição de impedimento, mas dominasse ela no peito e, mediante a realização de uma “bicicleta”, colocasse a bola no ângulo do gol adversário. Diante da estética “perfeita” da cena, o juiz ignora o impedimento e valida o gol, pelo *conjunto da obra*, ou seja, pelo fato do gol ter sido bonito demais para ser anulado em razão de um “simples” detalhe de posicionamento. Quando o jogador dominou a bola em impedimento, o jogo parou. O que vier depois disso é ilegal. Faça ele o que fizer, seja ele quem for. Esse é o preço de se jogar com regras. É o custo a que deve se submeter quem entra no jogo. No jogo do processo penal as regras também existem e não podem ser relativizadas, flexibilizadas a partir da “gravidade” ou da “relevância” do conteúdo. Vale a regra, não vale tudo. Por isso, é preciso que se entenda que na prova ilícita, o “jogo já parou” e o que veio depois disso é ilegal.

Portanto, os anseios imediatistas, efficientistas e relativistas não podem se sobrepor a uma necessidade de observância das formas processuais, supedâneo de um processo penal devido e legal, por mais árdua que se apresenta a tarefa<sup>1045</sup>. Importa ter de forma clara que não se crítica um processo penal eficaz. A defesa por um processo penal

---

<sup>1044</sup> Se a prova for declarada ilícita e posteriormente nula, ocorrendo a valoração do meio de prova pelo juiz na sentença, o que se verifica é a contaminação da decisão judicial que utilizou a prova vedada. A invalidade ocorre já no momento do ingresso no processo de prova sabidamente contrária a normas que regulam a sua produção, transmitindo-se ao ato decisório não sob o fundamento de que o juiz não pode sentenciar om base em prova ilícita, mas porque se proíbe a sua admissão no processo. Seria inaceitável que tão somente a sentença contivesse a eiva. A nulidade atinge desde já a prova produzida em desacordo com as regras de sua produção, pelo que se fala então na nulidade da sentença baseada em prova ilícita, cujo fundamento repousa no princípio da causalidade. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 439.)

<sup>1045</sup> A concepção de ser o processo penal um instrumento de contenção punitiva e de valorização dos direitos fundamentais é atropelada pelo utilitarismo punitivo de sempre. Deste modo, a tarefa de superar a tradição nacional antidemocrática é árdua. (in BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P:27)

pautado nos valores constitucionalmente previstos e que conceba o processo como uma garantia fundamental não é sinônimo de um processo que não chegue a desfechos condenatórios. Deve-se sempre falar o óbvio: a defesa das garantias não representa a defesa da impunidade, tampouco uma crença de que toda condenação seja injusta ou arbitrária.

Daí a fundamental relevância em se diferenciar a *eficácia* do *eficientismo*. O que se percebe, conforme exposto anteriormente, é que o eficientismo acabou por substituir a eficácia de forma abrupta e desautorizada constitucionalmente. O perigo passa a ser concreto de se passar de uma instrumentalidade amplificadora da confiança no processo e na jurisdição para uma pura e simples justificação para construções teóricas e legais afeitas a movimentos repressivistas, como o *lei e ordem*, *tolerância zero* e *direito penal do inimigo*.<sup>1046</sup>

Alberto Binder, sintetiza de forma clara que: “*eficácia não significa aumentar o conteúdo violento do poder punitivo, muito pelo contrário. Eficácia significa ter capacidade de contribuir para o controle da criminalidade com o menor conteúdo de violência possível. Isso constitui o núcleo das exigências político-criminais do processo penal de nosso tempo uma de suas tarefas mais urgentes.*”<sup>1047</sup> Dessa forma não se pode conceber como eficaz, em um Estado Democrático de Direito, um processo que se guie pela celeridade e pela lógica economicista, que clame por um processo penal mais simples, barato e rápido, o que, inevitavelmente, implicará no atropelo de garantias fundamentais, sendo um preço muito alto a ser pago<sup>1048</sup>.

Por isso é preciso ter claro que *forma é garantia*<sup>1049</sup> e *limite de poder*<sup>1050</sup>, daí a importância de ser de forma clara as disposições acerca dos procedimentos e das especificações formais indispensáveis para um devido processo legal, que não pode

---

<sup>1046</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015. P: 141

<sup>1047</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 206.

<sup>1048</sup> O preço que se paga é por demais alto para sustentar o discurso vazio. Basta que se atente para o fato de os direitos fundamentais – primeira e mais sensível baixa nessa guerra – não serem recompostos na medida em que violados pelas normas emergenciais. Cria-se, dessa forma, a quebra do Estado de Direito pelo próprio estado que lhe dá vida, situação paradoxal que não apresenta solução, visto que os paradoxos, por definição, são insolúveis. (in CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P: 66.)

<sup>1049</sup> BINDER, Alberto. **El Incumplimiento de Las Formas Procesales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. P: 56.

<sup>1050</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. P: 947.

coadunar com a arbitrária maleabilidade<sup>1051</sup> das formas processuais, sob pena de deixar de existir o próprio processo penal<sup>1052</sup>. Portanto, como leciona Jacinto Coutinho:” *o processo penal é uma garantia do cidadão e, por isso, deve ser devido (devido processo legal). O povo para poder buscar a democracia, deixa como inalienável ao indivíduo, a sua liberdade e o Estado não somente não pode nesta penetrar de forma indevida, como é o seu principal garante, através dos meios pertinentes, como o devido processo legal.*”<sup>1053</sup>

Não há, assim, como se pretender a edificação de um modelo acusatório<sup>1054</sup> e constitucional de processo penal sem uma clara previsão de formas processuais e uma estrutura que permita a eficácia de tais previsões normativas, de modo a adequar-se a um modelo garantista de processo penal<sup>1055</sup> e, por conseguinte, deixar clara a postura exigida de um julgador nesse modelo, pois como ensina Amilton Bueno de Carvalho, a defesa pelo respeito às garantias não é somente a defesa do Réu, mas a defesa de toda a sociedade e, inclusive, do judiciário. Pois, proteger o um é proteger o todo. Ao proteger os direitos de um indivíduo, acusado, independentemente de quem seja e de qual o crime cometido, se está protegendo a própria sociedade, da qual este “um” é parte indissociável.<sup>1056</sup>

Diante disto não se pode compatibilizar uma atuação do julgador na atenção de expectativas efficientistas e salvacionistas, tampouco o momento atual de grandes e

---

<sup>1051</sup> O material documental sobre o qual opera o julgador, no Brasil, é constantemente redesenhado a partir da maleabilidade das normas procedimentais. Pode-se afirmar, tranquilamente, que no Brasil, procedimento não é garantia. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Metástases do Sistema Inquisitório. In Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 19.)

<sup>1052</sup> O processo sem as suas formas, sem as suas regras, os seus princípios, não pode ser mais considerado como tal. Os atos fora das regras são “*operations sublimes*”, para usar a felicíssima terminologia de Robespierre, mas não atos de justiça. (in MOCCIA, Sergio. e IASEVOLI, Clelia. *Verdade Substancial e Verdade Processual. In Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 153)

<sup>1053</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito*. In: Revista de Estudos Criminais Ano 4 N° 14. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004. P.90

<sup>1054</sup> Sustenta Ricardo Gloeckner que: A forma é uma característica tão relevante para a consubstanciação do sistema acusatório como é a ausência de poderes instrutórios do juiz. A atividade do juiz no sistema acusatório – o que lhe permite assumir uma postura mais passiva – é justamente um rigoroso controle sobre os atos processuais. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 155.)

<sup>1055</sup> Ferrajoli identifica o *grau de garantismo* de um sistema penal com o conjunto dos vínculos normativos que minimizam tais espaços e que dependem essencialmente da semântica das linguagens legal e jurisdicional. Estrita legalidade e estrita submissão à jurisdição, embora representem modelos de limite e regulativos mais plenamente realizáveis, foram assumidos por conseguinte como as características fundamentais de todo sistema garantista penal dentro de um “Estado de Direito.. (in FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 533)

<sup>1056</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P.9

graves crimes convivendo com um perigoso flerte com práticas totalitárias pode permitir uma postura jurisdicional como um mero burocrata, gerenciador de cartórios e cumpridor de metas. Muito do sintoma verificado em julgamentos efficientistas, com garantias cedendo em nome da celeridade pode ser creditado à constante cobrança por conselhos<sup>1057</sup> e corregedorias para que os processos sejam julgados, o “baixar a pilha” representa proferir uma sentença e se desfazer daquele “problema”, deixando para um momento posterior e menos importante a apreciação da qualidade da decisão proferida. Ao julgar dessa maneira, se julga sem os limites e aspirações típicas de um Estado Democrático do Direito, se subverte a “regra do jogo” e é, justamente isso, que distingue as democracias dos regimes totalitários.<sup>1058</sup>

#### 4.4 Processo Penal Premial e a Busca pela Confissão:

Em uma estruturação processual que tenha a centralidade do julgador como uma de suas marcas definitórias, toda e qualquer mudança na legislação representa (ou deveria representar) uma alteração no papel desempenhado pelo juiz. Entretanto, como já visto, por vezes, muitas mudanças sofrem resistência por conta de uma cultura, de um autoritarismo estrutural que marca a legislação processual penal no país. No entanto, nas últimas décadas vem crescendo o fenômeno negocial/premial no processo penal mundo afora. Em que pese ser uma característica que não se amolda a cultura romano-germânica de processo penal, passou a ser incorporada em diversas legislações na América Latina e chegou (e chegará com ainda mais força) no processo penal brasileiro.

---

<sup>1057</sup> Uma primeira evidência desse fato pode ser identificada no histórico das metas nacionais do CNJ, em que temas sobre capacitação só foram incluídos em 2009 e 2010. As metas fixadas a partir de 2011 revelam apenas a busca de maior velocidade nos processos judiciais. (in . RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. P:98)

<sup>1058</sup> O Poder Judiciário, na pós-democracia, ao abandonar a função de efetuar julgamentos direcionados à concretização dos direitos e garantias fundamentais, torna-se mero homologador de interesses políticos e/ou econômicos. Juízos acerca da legalidade ou ilegalidade de atos, bem como decisões que antes eram pautadas pela adequação à Constituição da República, foram substituídos por juízos voltados à satisfação de determinados grupos ou sujeitos, mesmo que em detrimento da maioria, em atenção aos interesses dos detentores do poder econômico. Passou-se a “julgar” sem os limites típicos do Estado Democrático de Direito, sem a observância das “regras do jogo” que distinguem as democracias dos regimes totalitários. (in CASARA, Rubens R.R. e TAVARES, Juarez. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P: 150/151.)

Muitos são os fatores que levam a esse fenômeno e muitos são os pontos que explicam sua ampla aceitação. Por óbvio que isso refunda o papel jurisdicional dentro de um processo e, curiosamente, a grande parcela da Magistratura que se sentiu comparada a uma *samambaia* por não poder formular perguntas às testemunhas, aceita bem propostas que o transfiguram em mero homologador<sup>1059</sup> de acordos. O que pode explicar isso? Seria a lógica econômica e efficientista a seduzir os magistrados, na medida em que reduzirá significativamente o número de processos criminais? Seria a redução da carga de trabalho e o livramento do peso de conduzir processos e de decidir? Todos esses são fatores que, somados, podem explicar que não tenha havido um levante por parte da Magistratura em relação às propostas de ampliação de mecanismos de consenso,<sup>1060</sup> mas há, também e, quiçá, principalmente um apego à confissão. O réu confesso simplifica o processo, desobriga a todos os demais e retira a ideia de *impunidade* que poderia decorrer em outros formatos de composição.

Todas essas questões serão objeto de reflexões ao longo do presente capítulo, iniciando pela, inegável, tendência de se laborar em aspectos negociais no processo penal, seja através de delações premiadas ou da tendência de importação de mecanismos de consenso. Em que pese sejam distintos em relação aos métodos e os efeitos, para os fins a que se destina a presente análise, serão trabalhados em conjunto, mas nunca como sinônimos, a delação premiada e o *plea bargaining*.

As chamadas *reformas adversariais* ocorridas na América Latina, em que pese os grandes avanços no sentido de romper com amarras inquisitoriais, acabaram por introduzir os modelos negociais que, historicamente, foram construídos na prática forense norte americana.<sup>1061</sup> Isso trouxe significativas mudanças. Vários países vizinhos ostentam

---

<sup>1059</sup> Aury Lopes Jr, questiona e responde sobre os mecanismos de consenso: “*Mas a aceleração procedimental pode levar ao extremo de termos uma pena sem processo e sem juiz? Sim, pois a garantia do juiz pode ficar reduzida a mero homologador do acordo, muitas vezes feitos às portas dos tribunais.*” In LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P: 178

<sup>1060</sup> A associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e a Associação dos Juizes Federais – AJUFE, ingressaram com ação no STF contra o juiz de garantias. In <https://migalhas.uol.com.br/quentes/317767/amb-e-ajufe-acionam-stf-contra-juiz-das-garantias> . Já em relação ao acordo de não persecução penal, em que pese algumas ponderações, a AJUFE, emitiu nota técnica em que afirmou: “O alcance de maior celeridade e eficiência no campo do Direito Processual Penal exige a adoção de ferramentas que, inspiradas no pragmatismo do modelo de justiça negociada dos Estados Unidos da América, permitam uma rápida solução consensual do caso quando houver confissão insuspeita e possibilidade de aplicação de penas substitutivas e de penas de prisão de curta ou média duração.” In [http://ajufe.org.br/images/pdf/Nota\\_TAcnica\\_0319\\_AJUFE\\_-\\_PL\\_anticrime\\_com\\_Plean\\_Bargaining.pdf](http://ajufe.org.br/images/pdf/Nota_TAcnica_0319_AJUFE_-_PL_anticrime_com_Plean_Bargaining.pdf)

<sup>1061</sup> Ricardo Gloeckner analisa esse fenômeno: . Assim, o novo Código Processual da Nação, na Argentina (2014), que atualmente está em fase de atualização legislativa, prevê diversas espécies de negociação no campo processual penal. O mesmo se pode dizer do Código de Processo Penal do Chile (2000), da Colômbia(2004), Bolívia (com reforma processual penal de 1999, mas com a introdução de mecanismos

um processo penal pautado pela oralidade, centrado numa lógica adversarial que afasta o julgador do conflito e da produção de provas, mas que se apresenta refém de uma sedutora lógica negocial. À título de exemplo, no Uruguai, após um ano da implementação do novo Código de Processo Penal, 83% dos casos foram resolvidos através de acordos. Isso implica, também, em um amplo crescimento do encarceramento, como verificado no Chile, que desde a entrada do novo código, em 2000 até o ano de 2009, quase duplicou sua população carcerária.<sup>1062</sup> No cenário estadunidense, o índice dos acordos chega a 99% dos casos!<sup>1063</sup>

Certamente, o Brasil não fica de fora dessa tendência negocial, que, timidamente começa com a Lei 9.099/95, se expande com a delação premiada e chega na

---

consensuais em 2014), na Costa Rica (através do código de processo penal de 1996), em Cuba (o código de processo penal é de 1977, mas a introdução de mecanismos consensuais é de 1994), no Equador (com reformas processuais penais em 2000 e 2009 e especialmente com o Código Orgânico Penal Integral, que ratifica as margens de negociação), El Salvador (com o código de processo penal de 2008), Guatemala (com o código de processo penal de 1992), Honduras (com o código de processo penal de 2002), México (com o código de processo penal de 2008), Nicarágua (com o código de processo penal de 2001), Panamá (com o código de processo penal de 2008), Paraguai (com o código de processo penal de 1998), Peru (código de processo penal de 2004), República Dominicana (código de processo penal de 2004), Uruguai (com o advento do código de processo penal de 2017) e Venezuela (com o código de processo penal de 1999). (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário? In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 184.

<sup>1062</sup> Para se ter notícia dos dados, em apenas seis meses da implementação do novo Código de Processo Penal do Uruguai, 77,8% dos casos já estavam sendo resolvidos através do *juicio abreviado* e de outras formas de resolução de conflito. Em Relatório mais recente, o Ministério Público do Uruguai apontou os seguintes resultados: dos 10.033 casos em que foi possível se imputar a alguma pessoa um delito, 86,9% chegaram a uma resolução dentro de um ano. 22,4% destes casos foram resolvidos através de um Acordo Reparatório ou através da suspensão condicional do processo; Em 6.079 casos, (60,6%) houve condenação decorrente do procedimento abreviado e em apenas 58 casos houve sentença por intermédio do juízo oral (2,2%) e 1,4% dos casos ainda está pendente de resolução neste procedimento, havendo 10,5% de casos pendentes de encerramento da investigação preliminar. Em síntese, 83% dos casos criminais no Uruguai, após um ano de vigência do novo código de processo penal, se decidem através de soluções negociadas e de forma três vezes mais rápida<sup>12</sup>. Dados muito similares podem ser encontrados no Chile. Em termos de população carcerária, entre os anos de 2000 e 2009 (isto é, depois da entrada em vigor do novo código de processo penal chileno), a quantidade de presos quase duplicou, passando de 33.050 para 50.923, devendo ser considerado como condicionante também o conjunto legislativo que tornou mais simples o ingresso de pessoas no sistema carcerário. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário? In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 178.)

<sup>1063</sup> Dados variam de acordo com a região e natureza dos crimes, conforme estudo de John Langbein. (in LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In Sistemas Processuais Penais. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 134-150.)

forma do atual acordo de não persecução penal.<sup>1064</sup><sup>1065</sup> Aury Lopes Jr e Vitor Paczek, explicam que a tendência de implementação de zonas de consenso se sustenta, em síntese, em três argumentos básicos, sendo eles: a) a conformidade com os princípios do modelo acusatório; b) que seja resultado de um ato voluntário; c) proporcionar celeridade na administração de justiça. Entretanto, advertem os autores que a tese de que as formas de acordo são um resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes” é ilusória. A razão dessa ilusão, advém de uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, que não guardam relação alguma com o modelo teórico.<sup>1066</sup> Por isso, é sempre preciso muita cautela na apreciação desse “novo” modelo processual penal, pois sob as vestes de um modelo acusatório poder-se-á estar sepultando a garantia do processo. Nesse ponto, importante a precisa lição de Alexandre Bizzotto: “*Pode-se afirmar que a estreia constitucional do acordo penal e o gradativo avanço de acordos mais amplos abriam as portas para um Cavalito de Tróia que vem dissolvendo o direito processual penal de teor garantidor.*”<sup>1067</sup>

---

<sup>1064</sup> A ampliação dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência inexorável, que começa timidamente no Brasil em 1995 com a Lei nº 9.099 e seus institutos de transação penal e suspensão condicional do processo (além da composição dos danos civis), e vai se expandindo através da delação premiada e, mais recentemente com o ‘acordo de não persecução penal’. (in LOPES JR, Aury., PACZEK, Vitor. O Plea Bargaining no Projeto Anticrime: Remédio ou Veneno? In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 150.)

<sup>1065</sup> No projeto inicial do chamado *pacote anticrime*, havia uma intenção de possibilitar acordos penais em todos os casos, posteriormente se reduziu para crimes com pena máxima até 8 anos, mas a Lei n. 13.964/19, entrou em vigor e trouxe o Art. 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, que dispõe: Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

<sup>1066</sup> LOPES JR, Aury., PACZEK, Vitor. O Plea Bargaining no Projeto Anticrime: Remédio ou Veneno? In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 152

<sup>1067</sup> BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. P:13.

Há, portanto, que se ter cautela. Sendo uma realidade inegável e insuperável, o ponto fulcral passa a ser definir critérios e limites. O processo penal é custoso, é arcaico e muitas vezes injusto. Pune-se muito e pune-se mal no país a partir de toda uma estruturação processual penal deficiente. A lógica de consenso pode vir a desafogar esse judiciário<sup>1068</sup>, a retirar muitos processos que não precisariam estar sendo levados adiante por tantos anos, mas, para isso, é preciso dosar. O remédio para o sistema se mal ministrado, pode virar o veneno.<sup>1069</sup>

Inegavelmente o argumento eficientista seduz, há um consenso acerca da *crise do processo penal*, o mesmo instituto é criticado sob pontos de vistas antagônicos, ou seja, de um lado há denúncia de todo autoritarismo e toda uma estrutura inquisitorial que não dialoga com os preceitos civilizatórios de um Estado Democrático de Direito, no qual a prisão preventiva é banalizada e os direitos mitigados. Paralelo a isso há uma constante busca por maior rigor repressivo nas legislações, considerando o processo penal um causador da impunidade que assola o país. O extremo de tais discursos e a força que possuem no ambiente acadêmico e prático apenas evidenciam o quão caótico é o processo penal. Esse cenário é perfeito para o triunfar de soluções mágicas e simplistas, pois como adverte John Langbein: “*aqui como em qualquer lugar o velho adágio pode ser aplicado, se a necessidade é a mãe da invenção, a preguiça é o pai.*”<sup>1070</sup>

É sabido que os custos não devem ser parâmetros medidores da justiça e elementos a regular sua administração, mas seria ingênuo não verificar que, na prática, são fatores levados em consideração e que nenhum sistema judicial pode ignorar. Ademais, o próprio direito a um processo justo e sem dilações também é um direito fundamental. Tal realidade é verificada, também, na Europa, onde o Conselho da Europa, através da Recomendação 87, dispôs sobre a simplificação dos sistemas de justiça

---

<sup>1068</sup> Para Malcom Feeley: Outros veem o *plea bargaining* de forma mais positiva, argumentando que introduz flexibilidade em um sistema de outra forma rígido. Apesar de alguns pronunciamentos dramáticos e de muita retórica, poucos profissionais trabalham seriamente para abolir a prática de *plea bargaining*. De fato, parece existir uma crença emergente de que o *plea bargaining* é inevitável. (in FEELEY, Malcom M. *Plea Bargaining e Estrutura do Processo Criminal*. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 42.)

<sup>1069</sup> O questionamento é feito por Aury Lopes Jr e Vitor Paczek: A pergunta deste artigo é: assim como a depender da dose ministrada, remédio vira veneno, ‘quanto’ de negociação da pena criminal o nosso sistema admite e tolera, sem prejuízo para a qualidade da administração da justiça? A hipótese é de que a ‘dosagem’ desta técnica processual é o ponto de reflexão, pois a depender pode matar ou salvar o paciente (processo penal). (in LOPES JR, Aury., PACZEK, Vitor. *O Plea Bargaining no Projeto Anticrime: Remédio ou Veneno?* In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 149.)

<sup>1070</sup> LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 147

criminal e recomendou que os Estados implementem a justiça negocial, promovendo soluções consensuais.<sup>1071</sup>

A complexidade e o alto custo dos processos abre cada vez mais espaço para soluções consensuais. John Langbein explica isso, ao referir que já no século XVIII, o julgamento comum por júri na *common law* era simples e rápido, pois tratava-se de um procedimento dominado por um juiz, livre de advogados, conduzido tão rapidamente que o *plea bargaining* era desnecessário. Posteriormente, o surgimento do procedimento adversarial e o direito probatório injetaram uma grande complexidade no tribunal do júri e tornaram-no inviável como um procedimento de rotina. Uma variedade de fatores, alguns bastante fortuitos, inclinaram o processo da *common law* do século XIX a canalizar o número crescente de casos para o procedimento extrajudicial do *plea bargaining*, em vez de refinar seu processo de julgamento como os sistemas legais continentais da época estavam fazendo”.<sup>1072</sup> A opção por um processo negocial é uma opção política de redução de custos, o que pode representar *o fracasso da própria administração da Justiça em conduzir os processos com todas as suas garantias em tempo razoável*.<sup>1073</sup>

A aplicação de uma pena abdicando da garantia fundamental ao processo não pode ser algo tido como a única forma de se lidar com as dificuldades estruturais e orçamentárias de um sistema de justiça. A forma do acordo pode representar um alto índice de punições de indivíduos inocentes, que temendo a um processo optam por uma pena menor<sup>1074</sup> e adverte John Langbein: “*plea bargaining é, portanto, um procedimento sem julgamento para condenar e declarar culpadas pessoas acusadas de crimes graves; Se você busca na Constituição dos Estados Unidos legitimação para o plea bargaining,*

---

<sup>1071</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. A Justiça Negociada e Coerção: Reflexões à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 09.

<sup>1072</sup> LANGBEIN, John H.. Compreendendo a Curta História do Plea Bargaining. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 115.

<sup>1073</sup> Lorena Winter sustenta que: Não entrarei neste momento na discussão da justificação última da justiça negociada que, a meu juízo, não é senão o fracasso da própria administração da Justiça em conduzir os processos com todas as suas garantias conferidas pelo Estado em tempo e custos razoáveis; ou uma opção de política judiciária que permite reduzir custos. (in WINTER, Lorena Bachmaier. A Justiça Negociada e Coerção: Reflexões à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 10.)

<sup>1074</sup> Resume John Langbein: O *plea bargaining* aparece quando o promotor induz um acusado de um crime a confessar a sua culpa e renunciar ao seu direito de ser julgado em troca de uma sanção penal mais branda do que aquela que seria imposta caso fosse julgado culpado após o processo. O tribunal condena o acusado baseado na confissão, sem uma decisão prolatada por um juiz independente. (in LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 137.)

*você procurará em vão.*<sup>1075</sup> A busca pela confissão, tão problemática quanto (haja vista os evidentes pontos em comum) a busca pela verdade, que já fora objeto de análises anteriores. Mas, a lógica negocial acaba por criar um *sistema quase perfeito*.

Obviamente que há uma ironia nessa definição de *perfeição*, que pode ser associada a um processo punitivo, com pouca verificação de erro, célere e de baixo custo. Albert Aschuler refere que o *plea bargaining* tem por objetivo a condenação de acusados que seriam absolvidos em um julgamento.<sup>1076</sup> E salienta o autor, sobre o “brilhante”<sup>1077</sup> sistema de justiça: “*um sistema jurídico no qual um promotor pudesse condenar qualquer um que desejasse apenas apontando poderia resultar em condenação nos casos no quais o promotor não possuía prova alguma. Esse sistema poderia ser ainda mais efetivo do que o nosso em produzir condenações incorretas. O nosso, porém, é quase perfeito.*”<sup>1078</sup>

O processo penal passa a ser transfigurado<sup>1079</sup> e deixa de ser uma garantia e se torna um temor ao Acusado, que opta pela pena para livrar-se dele. Acredita-se, ingenuamente, que *ninguém confessaria um crime que não cometeu.*<sup>1080</sup> Há uma ilusão

---

<sup>1075</sup> LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 137

<sup>1076</sup> Albert Aschuler refere acerca do que torna o modelo negocial tão atrativo: Mas na realidade a resposta é fácil. Condenar acusados que seriam absolvidos em um julgamento é um dos principais objetivos do plea bargaining. “Um passarinho na mão é melhor do que dois voando,” promotores diriam. “Quando nós temos um caso fraco por qualquer motivo, nós o reduziremos a quase nada em vez de perder.” Se a correlação entre “casos fracos” e inocência material é melhor do que o acaso, o plea bargaining com certeza “condena acusados que são de fato inocentes (e que seriam absolvidos [em um julgamento]) (in ALSCHULER, Albert W.. Um Sistema Quase Perfeito Para Condenar Inocentes. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 127.)

<sup>1077</sup> De toda forma, o sistema legal norte-americano é brilhante. Esse sistema opera no interesse de advogados de defesa e também no de promotores e juízes em convencer acusados a admitir culpa. Como eu disse a você, esse sistema é quase perfeitamente desenhado para condenar os inocentes. (in ALSCHULER, Albert W.. Um Sistema Quase Perfeito Para Condenar Inocentes. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 147.)

<sup>1078</sup> ALSCHULER, Albert W.. Um Sistema Quase Perfeito Para Condenar Inocentes. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 130.

<sup>1079</sup> Não há dúvida de que, de tal modo, o processo penal vai lentamente perdendo a sua função cognitiva e acaba por não ter mais como objetivo principal aquele da reconstrução do fato. Se o processo penal tende a mediar conflitos entre as partes, recuperar somas de dinheiro, aliviar a angústia, sem se interrogar muito sobre a questão “histórica” do fato que pune, compensando este “vazio” com descontos e indulgências, é possível afirmar-se, então, que a lógica da intervenção seja coerente. (in MOCCIA, Sergio. e IASEVOLI, Clelia. Verdade Substancial e Verdade Processual. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 155.)

<sup>1080</sup> Não devemos perder de vista que, por lógica, ninguém se confessará culpado ou aceitará uma sentença condenatória se não é culpado; é sobre esta premissa que se funda todo o sistema da justiça consensual. O núcleo essencial que legitima este instrumento de resolução do processo penal e com isso, não afirmo nada de novo – se assenta sobre a base de que a declaração de vontade seja manifestada de forma livre. Precisamente para garantir que a condenação seja aceita de maneira voluntária e livre é que se estabelece o controle judicial. O controle judicial fundamenta-se sobre outra premissa: se o acusado tivesse aceitado o acordo extrajudicial como consequência de pressões indevidas, no comparecimento perante o juiz teria a oportunidade de manifestá-lo; e se não o faz, o sistema conclui que a aceitação foi voluntária. (in WINTER, Lorena Bachmaier. A Justiça Negociada e Coerção: Reflexões à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu

de voluntariedade na adesão aos acordos, ao passo em que há a presença de condicionantes desta vontade<sup>1081</sup> e inexistência de igualdade de condições, pressuposto básico para qualquer relação de consenso. Nesse ponto, sempre importante invocar a célebre frase de Lacordaire, tão difundida por Jacinto Coutinho: “*Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta.*”<sup>1082</sup> Portanto, a lei, a forma e o processo devem ser limites claros para que não se normalize um sistema que faça com que inocentes aceitem penas brandas pelo temor de uma (injusta) condenação mais pesada.

Há, inegavelmente, uma coerção nessa aceitação do acordo. Uma coerção que se apresenta com o risco de um processo, de uma punição maior, de medidas cautelares. Tal coerção, no Brasil, é ainda muito mais grave que nos Estados Unidos, na medida em que o acusado ficará preso em um sistema carcerário medieval, violento e dominado por facções, onde o risco de morte é real e concreto. Um dia de prisão cautelar no Brasil pode representar uma pena de morte.<sup>1083</sup> Portanto, há um inegável atrativo a uma adesão consensual ou, mesmo, uma delação premiada. Obviamente que deve haver um sistema de garantias mínimas à reduzir a coerção e impedir a aberrante situação de que algum inocente se declare culpado, devido às poucas garantias oferecidas pelo processo.<sup>1084</sup>

A opção pelo processo se torna uma ameaça ao indivíduo e um estorvo para o Estado. O processo visto como um incômodo não é exclusividade dos modelos consensuais, mas se apresenta ainda mais forte nestes. Conforme explica Schünemann, o sujeito que faz o acordo é recompensado com uma redução da pena; mas quem será punido de forma consideravelmente mais severa é o estorvo: aquele que faz uso legítimo de seu direito à realização do processo penal e luta por provar sua inocência. Trata-se de um estímulo lógico para efetividade da técnica: o reverso da diminuição da pena é o

---

de Direitos Humanos. *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 21.)

<sup>1081</sup> Neste sentido, é inegável que a formação da vontade está condicionada por diversos fatores, dentre eles a incerteza dos resultados decorrentes do processo, o medo de ser condenado ou a situação de prisão provisória. E mais, estas condicionantes são consideradas em todo modelo de justiça negociada como inerentes ao próprio sistema. (*in* WINTER, Lorena Bachmaier. A Justiça Negociada e Coerção: Reflexões à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 14.

<sup>1082</sup> LACORDAIRE, Henry. Conférences de Notre-Dame de Paris., éd. Sagnier et Bray, 1848. P: 246.

<sup>1083</sup> LOPES JR, Aury., PACZEK, Vitor. O Plea Bargaining no Projeto Anticrime: Remédio ou Veneno? *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 168.

<sup>1084</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. A Justiça Negociada e Coerção: Reflexões à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 28.

aumento da pena em caso de uma condenação após uma longa audiência de instrução e julgamento.<sup>1085</sup> Quando a opção do acusado é pela solução consensual devido à pressão da Acusação, estamos diante de uma conduta elementar de um sistema inquisitivo, o que se apresenta contrário ao mais elementar direito de defesa.<sup>1086</sup>

Dessa forma, se percebe claramente o sintoma autoritário da concepção de direitos como “entraves”, “problemas” e “dificuldades” a serem superadas pelo Estado, naquilo que Ricardo Gloeckner denomina de *liberalismo autoritário*.<sup>1087</sup> Explica o autor que há uma incorporação da racionalidade econômica e o *plea bargain* se apresenta como um dispositivo processual capaz de incrementar ainda mais as estruturas autoritárias já existentes. Para o Autor: “*A importação do plea bargain (que corresponde ao principal motor do autoritarismo processual penal norte-americano) é a nova dimensão agregada à estrutura autoritária do atual código de processo penal.*”<sup>1088</sup> E prossegue na crítica, avaliando o contexto de racionalidade neoliberal que consegue enxergar no processo penal brasileiro, de cunho fascista, um sistema demasiadamente protetivo. Seria o *fascismo garantista*, que se apresentaria como leitura-chave para que o *plea bargain* erija como principal estrutura nesse novo capítulo do autoritarismo processual penal brasileiro, pois acrescenta ao processo de corte fascista, uma ausência de processo.<sup>1089</sup> Além disso, não há como se negar a base inquisitória na qual se sustentam, pois os acordos se assemelham a verdadeiros contratos de adesão, sem uma livre manifestação de vontade.<sup>1090</sup>

Mecanismos de consenso, bem como a delação, alteram o papel do julgador. Deslocam a produção probatória para fora do processo, afastam esta do controle

---

<sup>1085</sup> LOPES JR, Aury., PACZEK, Vitor. O Plea Bargaining no Projeto Anticrime: Remédio ou Veneno? *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 170.

<sup>1086</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatório versus Inquisitório: Reflexões sobre o processo penal*. *In Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 57-93

<sup>1087</sup> No campo do direito processual penal, o plea bargain se encontra na origem do avanço do “liberalismo autoritário”, tendo como pano de fundo o sistema de justiça penal mais desigual e absurdo do Ocidente: o americano. (*in* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário? *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 188.

<sup>1088</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário? *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 189.

<sup>1089</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário? *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 190.

<sup>1090</sup> BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição Penal e Normalização*. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 144.

jurisdicional.<sup>1091</sup> Um conteúdo de prova ou elementos indiciários podem interessar no momento de barganhar um acordo ou de negociar uma delação premiada. Sem o controle jurisdicional sobre esses elementos, desaparece a jurisdicionalidade enquanto direito, na medida em que reduz o papel do juiz a mero homologador<sup>1092</sup>. É certamente, uma nova era do inquisitorialismo brasileiro.<sup>1093</sup>

De fato, tal sistemática pode afastar o julgador de uma postura ativa, de produção e busca de prova, mas o coloca em segundo plano. Muito se fala acerca da *importação à la carte*<sup>1094</sup> de institutos para dentro do processo penal brasileiro. A razão dessas críticas perpassa uma importante distinção cultural, bem como das próprias funções desempenhadas pelos atores judiciais. Malcom Feeley explica a passividade do judiciário norte americano, que decorrem, segundo o autor, da autoridade e discricionariedade do promotor. Isso redundou em uma forte confiança nas confissões como mecanismos suficientes para demonstração da culpabilidade. E conclui, o Autor: “*Nos Estados Unidos, encontramos uma longa tradição da discricionariedade da perseguição, passividade judicial, e estruturas judiciárias com jurisdições sobrepostas. Enquanto esses fatos isolados não explicam o plea bargaining, eles fomentam a prática ao criar e legitimar estruturas que o convidam.*”<sup>1095</sup>

O próprio fato de promotores públicos serem eleitos mediante voto popular, traz efeitos para esse cenário verificado nos Estados Unidos. A utilização do cargo visando promoção política é inevitável. José Carlos Barbosa Moreira, afirma que: “*excelente credencial nesse sentido será o alto número de condenações obtidas, o que a via consensual lhe proporciona com maior facilidade e segurança, sem os riscos e as delongas do julgamento por júri.*”. As causas antes denunciadas fazem com que haja boa

---

<sup>1091</sup> O dispositivo da barganha exclui, inicialmente, o controle jurisdicional das provas de acusação, já que a validade das cartas probatórias somente aconteceria com a instauração do processo penal, com isto, o palco principal deixa de ser a instrução judicial e se transfere para a investigação preliminar. (in ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 532.)

<sup>1092</sup> A forma de tratamento da delação se dá e meio ao protagonismo judicial e à transformação do processo penal em mero apêndice pós investigação preliminar (onde realmente tais acordos são feitos), cuja finalidade será de homologar versões dadas na fase preliminar, e se possível, obter novas confissões e delações. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Metástases do Sistema Inquisitório*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 28)

<sup>1093</sup> Expressão de Ricardo Gloeckner, para quem: A era das delações corresponde a uma nova fase do inquisitório brasileiro, demonstrando que, como metástase, o inquisitório evolui. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Metástases do Sistema Inquisitório*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 28.)

<sup>1094</sup> Expressão utilizada frequentemente por Aury Lopes Jr, em palestras, aulas e artigos.

<sup>1095</sup> FEELEY, Malcolm F. *Plea Bargaining* e a Estrutura do Processo Criminal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). **Plea Bargaining**. Tradução de Danielle Massulo Bordignon. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 51.

aceitação social<sup>1096</sup>, bem como por parte dos demais atores judiciais, haja vista a redução de trabalho por parte do Magistrado e a complacência de alguns advogados que, pelo receio do júri, acabam orientando seus assistidos a firmarem acordos.<sup>1097</sup>

Angela Davis descreve os *prosecutors* americanos como os agentes mais poderosos daquele sistema criminal<sup>1098</sup>. Segundo descreve a Autora, a atuação destes controla amplamente o desenrolar dos casos criminais e, por assim ser, possui a capacidade de gerar resultados muito mais impactantes do que qualquer outro agente público. As decisões das promotorias que versam sobre a vida dos acusados são proferidas de portas fechadas e submetidas apenas a outros agentes da mesma corporação. Além disso, em que pese detenham cargos políticos, não prestam contas, na medida que os acordos não estão disponíveis ao público mediante fácil e livre acesso.<sup>1099</sup>

O afastamento do julgador das tratativas, em especial de delação premiada na realidade brasileira é elemento fundamental para preservação da imparcialidade do julgador<sup>1100</sup>, deixando a cargo do Ministério Público a efetuação dos acordos, cabendo ao julgador apenas fiscalizar o termo de acordo e zelar pela observância dos regramentos impostos na legislação, bem como pela observância das garantias do agente colaborador, para, após as investigações preliminares e satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, proceder com a homologação.<sup>1101</sup>

---

<sup>1096</sup> Clara Maria Roman Borges, sustenta que: Além disso, constata-se que este sistema consensual de resolução dos casos ganha um aparente respaldo junto à população, uma vez que a demanda para a atuação jurisdicional do poder público advém da própria sociedade e dispensa gastos com o custoso e lento procedimento ordinário. (in BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. P: 148.)

<sup>1097</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 19, p. 227-245, 2001, p. 231-232. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20\(18\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20(18).pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2020.

<sup>1098</sup> Tal afirmação é endossada por Michelle Alexander, quando afirma que, em razão do *plea bargaining*, quase ninguém é julgado pelo tribunal, em razão de tais acordos realizados com o agente ministerial que, nas palavras dela, é a figura mais poderosa da justiça americana(...), uma vez que é livre para arquivar um caso, pela razão que for, ou, por uma suposta causa, acusar o réu por mais delitos do que possa provar de fato. Assim sendo, em razão de tais *overcharging*, somente acusados dotados de muita coragem ou tolice recusariam tal acordo. (in ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação - Racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018. P. 143-144.)

<sup>1099</sup> DAVIS, Angela J. *The Power and Discretion of the American Prosecutor*. **Revista Droit et cultures**. França, n. 49, p. 55-66, jan. 2005, p. 55. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1580#quotation>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

<sup>1100</sup> Vinicius Vasconcellos ao comentar o Art. 4º, § 6º da Lei 12.850/13, refere que: Tal dispositivo considera-se essencial, dado ao fato que visa resguardar a imparcialidade necessária ao magistrado, que estará impedido de participar da fase preliminar, quando da elaboração do acordo de delação premiada, pois, caso venha a ter acesso às investigações, poderá, com isso, ser influenciado para a tomada de sua posterior decisão, bem como, pode caracterizar uma espécie de coação sobre a figura do colaborador caso participe da colheita de informações prévias. (in VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P: 95.)

<sup>1101</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. P: 156.

Entretanto, Alexandre Morais da Rosa critica a delação premiada “à brasileira”, por entender que há uma confusão de papéis por parte do julgador, onde acaba por se aliar à acusação e altera sua função jurisdicional, principalmente quando participa do *jogo oculto* de se alinhar ao acusador mediante o deferimento combinado de prisões cautelares, referindo serem táticas que forcem a participação do acusado a formalizar acordos de delação premiada.<sup>1102</sup> Sintoma da cultura de um poder jurisdicional central e protagonista, tais fatos foram escancarados perante o público sem que nada de anormal fosse percebido, tampouco nenhuma medida jurídica fosse adotada.<sup>1103</sup> Ferrajoli refere que a prática da negociação e do escambo entre a confissão e a delação de um lado e a impunidade ou redução de pena do outro, sempre se apresentou como uma tentação do Direito Penal, não só da legislação mas, ainda mais, da jurisdição, pela tendência dos juízes e, sobretudo, dos inquisidores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter dos imputados colaboração contra eles próprios.<sup>1104</sup>

A lógica negocial (e premial) acaba por criar um sistema que busca a confissão, naquilo que Ricardo Jacobsen Gloeckner questiona: “*o que poderia explicar o fato de que em pleno século XXI, após a derrocada dos sistemas inquisitoriais (segundo muitos autores) e o repúdio em relação à tortura que aparece em diversos tratados de Direitos Humanos se ouvisse falar e se pudesse sustentar uma defesa novamente do ritual confessional do processo penal?*”<sup>1105</sup> Para Alberto Binder, essa é uma das facetas de uma tradição inquisitorial que precisa ser combatida: “*Também não pode combater a tradição inquisitorial se não se atacar outra de suas características centrais que é a falta de defesa*

---

<sup>1102</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018. P: 150.

<sup>1103</sup> Em um parecer encaminhado em um *habeas corpus* a ser julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em processos da operação Lava Jato, o Procurador da República, Manoel Pastana, escancarou uma prática que há muito se denunciava, o uso da prisão preventiva como forma de compelir o Acusado a delatar: Pastana afirma que se está diante de um dos crimes mais difíceis de se apurar, por causa da sofisticação. “Em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso”, comentou. In <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>.

<sup>1104</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P: 561.

<sup>1105</sup> Refere Ricardo Gloeckner que: Desta maneira, o sistema inquisitorial contemporâneo deixa de lado a inflição de dor para se ocupar em arrecadar prêmios pela colaboração. Construindo uma cultura do arrependimento, a *soft inquisition* mantém a mesma dependência dos fluxos verbais daquela clássica. O campo do jogo, movido pela estética da confissão e pela economia penitencial, permanece inalterado. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. P: 268.)

do imputado e a busca da confissão.”<sup>1106</sup> Assim, resta evidente que uma lógica confessional de processo não é compatível com os anseios de um modelo acusatório.

Seria a *soft inquisition*<sup>1107</sup>, por mais que se neguem essa relação, é preciso verificar as inegáveis similitudes, pois obviamente que existem diferenças entre tortura e uma negociação no processo penal, conforme leciona de forma precisa John Langbein: *h”á, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie.”*<sup>1108</sup> A busca por uma confissão aliada a crença de que esta corresponde a “verdade” torna o processo *infallível*, se apresentando como uma *laudatio* do pacto social e um instrumento útil para que o magistrado se livre de toda e qualquer carga psíquica no ato de condenar (como se o confitente estivesse pedindo a punição, que viria de bom grado.)<sup>1109</sup>

Não se trata de uma negativa a possibilidade de confessar, mas, apenas, de evidenciar a problemática existente na sua busca. Pois um sistema que busca a confissão, não se compatibiliza com uma estruturação garantista e, certamente, alcançará uma confissão que não se apresente voluntária.<sup>1110</sup> Para além dos argumentos eficientistas e economicistas a tentar justificar a ampliação de um modelo negocial, há a crença na *liberdade* de escolha do indivíduo, que possui o direito de optar por um acordo. Afora os já explorados problemas em relação à voluntariedade, há a ilusão de escolhas à disposição do indivíduo, daí a precisa lição de Lorena Winter:

Em teoria, diante de duas opções sempre existe a possibilidade de escolha, mas é como colocar um sujeito diante de dois caminhos; o da direita que o leva ao abismo sem saber sua

---

<sup>1106</sup> BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. P: 39.

<sup>1107</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015. P: 277.

<sup>1108</sup> LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 134-150.

<sup>1109</sup> A confissão estabelecerá uma verdade que é manifestada de modo irrefutável, que se colocará no regime da evidência, pelo que garantirá a idoneidade não apenas da decisão, mas dos próprios elementos de investigação recolhidos. (in GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Metástases do Sistema Inquisitório*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 21.)

<sup>1110</sup> John Langbein sustenta que: O direito europeu tentou inventar garantias para o uso da tortura que se mostraram ilusórias; estas medidas carregavam uma estranha semelhança com as presumidas garantias do *plea bargaining* do direito americano. A principal entre as garantias ilusórias de ambos os sistemas é a preocupação doutrinária em caracterizar confissão forçada como voluntária. (in LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 142)

profundidade e o da esquerda a uma condenação de dimensões determinadas. Formalmente se pode escolher, mas a alternativa não é real. Penso, portanto, que o decisivo não é simplesmente o fato de poder escolher, senão saber o que ocorrerá no caso de renunciar à proposta de acordo: em concreto, se optar pelo processo, se existem expectativas razoáveis de que se realize justiça. Em outras palavras, se recorrer ao processo não oferecer ao acusado garantias suficientes de que sendo inocente será absolvido e de que sendo culpado será prolatada sentença correspondente aos fatos que realmente cometeu, praticamente não lhe restará outra opção que escolher o mal menor, isto é, o acordo de conformidade. Isto é o que acontece quando o processo penal em seu conjunto não está estruturado de tal maneira que o acusado confie em seu êxito ou os atores não oferecem garantias suficientes de imparcialidade.<sup>1111</sup>

Há ainda um argumento de defesa do modelo a partir da percepção de que, ao invés do aumento da quantidade de punição inflingida aos inocentes, a barganha acaba por distribuir de forma diferente. Para estes defensores, se dez acusados inocentes forem a julgamento, um poderia erroneamente ser sentenciado a dez anos, mas, com a barganha todos os dez podem ser condenados, mas cada um pode servir apenas a um ano.<sup>1112</sup> Tal argumento, por óbvio não merece concordância, na medida em que ignora a profundidade das consequências na vida de uma pessoa inocente, seja por um ano de prisão ou por dez. Além do que não se trata de crer em um processo imune a erros, mas para divergir disso não é preciso que se naturalize o erro judicial. A estrutura processual penal deve se dar em atenção às maiores tentativas de não incidir no erro considerado mais grave, que em um modelo garantista, seria a punição de um inocente.

O argumento da complexidade, morosidade e custo do processo criminal, não pode servir a uma tentativa de abdicar de tão importante direito. Em que pese possa parecer novidade esse discurso, a partir do afã economicista, tais “soluções” para um processo penal complexo são marcas da história do processo criminal no mundo. A Europa por volta do século XIII onde as garantias foram elevadas a um patamar superior para colocar fim a um contexto de arbitrariedade jurisdicional, mas algumas regras probatórias construíram um sistema jurídico extremamente difícil para a imposição de uma condenação e teve como saída, justamente, a confissão. Em ocorrendo a confissão do Acusado não haveria a necessidade de presença de duas testemunhas oculares. Nesse

---

<sup>1111</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. A Justiça Negociada e Coerção: Reflexões à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 32

<sup>1112</sup> ALSCHULER, Albert W.. Um Sistema Quase Perfeito Para Condenar Inocentes. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019. P: 131.

cenário, se passar de uma confissão voluntária para uma confissão forçada, mediante tortura, fora uma mera questão de tempo.<sup>1113</sup>

Nessa feita, seja pela utópica busca pela verdade ou pela busca pela confissão o que está em jogo é a ausência de controles e limitações de poder, o que traz consequências extremamente graves em termos de um devido processo legal. Ao incumbir o processo dessa função, se coloca o julgador como agente destas expectativas, o que afasta o processo de sua função de garantia e a jurisdição de seu papel de efetivadora dessas garantias fundamentais.

Portanto, corroborando com o que fora apresentado nas linhas precedentes, importa trabalhar com a precisa lição de Luiz Flávio Gomes quando divide o *juiz engajado* com uma política necoservadora, que levanta a bandeira do punitivismo e do populismo penal, do *juiz oprimido*, sobretudo pela mídia. Mas, esses dois, não se confundem com o juiz independente. Destaca o Autor que ainda na era do fundamentalismo penal, há espaço para o exercício de uma judicatura independente, é possível que ainda haja juiz em Berlim! Mas somente o juiz que conseguir e quiser ser independente cumprirá essa função de “semáforo da violência”.<sup>1114</sup> Esse é o ponto central, a jurisdisdicionalidade compreendida e defendida como uma garantia do indivíduo, como um fundamental elemento de contenção do poder punitivo, o que exige um magistrado comprometido com a Constituição e independente, a lutar contra uma estrutura que não somente o desencoraja a esse mister, inclusive com perseguições à juízes rotulados como *garantistas*<sup>1115</sup>, mas que lhe condiciona a uma atuação por um caminho oposto e muito mais cômodo.

---

<sup>1113</sup> LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P: 134-150.

<sup>1114</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 176.

<sup>1115</sup> Órgão especial do Tribunal de Justiça de São Paulo puniu juiz, por decisões “ideológicas” e por “soltar muito”. In <https://www.conjur.com.br/2020-nov-24/cnj-adia-revisao-disciplinar-juiz-tido-garantista-tj-sp>. E <https://www.istoedinheiro.com.br/cnj-julga-juiz-que-solta-muito-por-decisoes-com-vies-curiosamente-garantista/>

## **5. A Carga de Expectativas Manifestadas em Julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal**

Nesse derradeiro capítulo da pesquisa, de modo a tentar dar facticidade concreta a toda problemática que se pretendeu desenvolver ao longo do presente estudo, objetivar-se-á a apreciação de manifestações dessa carga de expectativas, fruto de uma estruturação autoritária a condicionar a atuação do julgador em um processo criminal. Como restaria inviabilizada uma pesquisa com a totalidade de julgadores criminais no país ou no estado e como uma amostragem de determinados julgadores em determinados casos se apresentaria insuficiente, ao passo que não serviria para a demonstração daquilo que se pretende, a escolha se deu por julgados da Suprema Corte.

Em que pese haja uma nítida diferença entre o papel de corte constitucional e de um julgador em um determinado processo, o fato é que o Supremo é instado a decidir em matéria penal em determinados casos e, em outros, atua propriamente como o único julgador, nas situações de prerrogativa de foro. A escolha pelo Supremo se deu pela importância que suas decisões, pelo o que seus entendimentos trazem para o judiciário como um todo. Pois, ao servir de referência para outros tribunais, torna imprescindível a sua análise, na medida em que os problemas ali vivenciados certamente ecoam em outras esferas jurisdicionais.

A seleção dos casos se deu pela sua repercussão, pela relevância destes em um contexto político e social que levou o judiciário e, mais precisamente, o Supremo Tribunal Federal e seus ministros a despertarem a opinião pública, a serem conhecidos em ruas e reconhecidos por suas posições e decisões. Enfim, casos que, de alguma forma, são causas e consequências de muita coisa que foi analisada ao longo dos quatro capítulos anteriores e que se revelam nesse último capítulo da pesquisa.

Ao longo da apreciação dos julgados e das discussões neles travadas, serão avaliadas reportagens, artigos e publicações que retrataram a manifestação da opinião pública sobre diversos aspectos que estavam em julgamento. De modo a demonstrar um depósito de determinadas expectativas a influenciar a atuação dos julgadores e os efeitos de uma exposição midiática por parte dos ministros julgadores.

## 5.1 – Ação Penal 470 – Caso Mensalão:

A primeira análise será do famoso “Caso Mensalão”, a partir da leitura das 8.405 páginas do processo que fora julgado originariamente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e que tinha como réus inúmeros deputados, ministros de estado, dirigentes de partidos políticos, banqueiros, marqueteiros, dentre tantos outros.<sup>1116</sup>

A análise aqui pretendida se limitará a repercussão social, aos aspectos midiáticos envolvendo os julgadores e suas decisões, bem como às manifestações dos Ministros quando do julgamento e dos debates travados entre estes, com o fito de trazer a problematização da atuação jurisdicional a partir de um determinado quadro de expectativas.

---

<sup>1116</sup> Foram denunciadas, as seguintes pessoas, pelos seguintes crimes: 1) JOSÉ DIRCEU: crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa; 2) JOSÉ GENOÍNO: crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa; 3) DELÚBIO SOARES: crimes de formação de quadrilha e corrupção ativa; 4) SÍLVIO PEREIRA: crime de formação de quadrilha; 5) MARCOS VALÉRIO: crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; 6) RAMON HOLLERBACH: crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; 7) CRISTIANO PAZ: crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; 8) ROGÉRIO TOLENTINO: crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e corrupção ativa; 9) SIMONE VASCONCELOS: crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; 10) GEIZA DIAS: crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas; 11) KÁTIA RABELLO: crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas; 12) JOSÉ ROBERTO SALGADO: crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas; 13) VINÍCIUS SAMARANE: crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas; 14) AYANNA TENÓRIO: crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituição financeira; 15) JOÃO PAULO CUNHA: crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e peculato; 16) LUIZ GUSHIKEN: crime de peculato; 17) HENRIQUE PIZZOLATO: crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e peculato; 18) PEDRO CORRÊA: crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 19) JOSÉ JANENE: crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 20) PEDRO HENRY: crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 21) JOÃO CLÁUDIO GENU: crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 22) ENIVALDO QUADRADO: crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; 23) BRENO FISCHBERG: crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; 24) CARLOS ALBERTO QUAGLIA: crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; 25) VALDEMAR COSTA NETO: crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 26) JACINTO LAMAS: crimes de formação de quadrilha, corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 27) ANTÔNIO LAMAS: crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro; 28) CARLOS ALBERTO RODRIGUES (BISPO RODRIGUES): crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 29) ROBERTO JEFFERSON: crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 30) EMERSON PALMIERI: crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 31) ROMEU QUEIROZ: crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 32) JOSÉ BORBA: crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro; 33) PAULO ROCHA: crime de lavagem de dinheiro; 34) ANITA LEOCÁDIA: crime de lavagem de dinheiro; 35) LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO): crime de lavagem de dinheiro; 36) JOÃO MAGNO: crime de lavagem de dinheiro; 37) ANDERSON ADAUTO: crime de corrupção ativa e lavagem de dinheiro; 38) JOSÉ LUIZ ALVES: crime de lavagem de dinheiro; 39) JOSÉ EDUARDO DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA): crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro; 40) ZILMAR FERNANDES: crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

A pesquisa não se ocupará de análises sobre diversos pontos polêmicos do julgamento, em especial aqueles que dizem respeito a questões de direito material, como, por exemplo, a definição do crime de lavagem de dinheiro ou a aplicação ou não da teoria do domínio do fato, mas, tão somente, em pontos relacionados ao processo penal e em discussões que evidenciam o quanto da exposição midiática sobre o feito acabou por influenciar determinadas, posturas e posicionamentos.

Toda a estrutura autoritária e o populismo penal desempenhado pela mídia são facilmente perceptíveis em diversas passagens do acórdão e em inúmeras manifestações midiáticas. O papel da mídia é claramente verificado quando se percebe diversas discussões entre Ministros pautadas por matérias publicadas na imprensa. Entretanto, isso não quer dizer que todas as condenações foram erradas, que todas as penas foram excessivas, até mesmo porque houve absolvições<sup>1117</sup>. Não há autorização a

---

<sup>1117</sup> Penas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal na AP 470: Eis as condenações formalizadas considerados os diversos acusados: a) José Dirceu : • Formação de quadrilha – 2 anos e 11 meses de reclusão; • Corrupção ativa – 7 anos e 11 meses de reclusão e 260 dias-multa. Total: 10 anos e 10 meses de reclusão e 260 dias-multa. b) José Genoíno • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Corrupção ativa – 4 anos e 8 meses de reclusão e 180 dias-multa. Total: 6 anos e 11 meses de reclusão e 180 dias-multa. c) Delúbio Soares • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Corrupção ativa – 6 anos e 8 meses de reclusão e 250 dias-multa à razão de 5 salários mínimos o dia. Total: 8 anos e 11 meses de reclusão e 250 dias-multa. d) Marcos Valério • Formação de quadrilha – 2 anos e 11 meses de reclusão; • Corrupção ativa referente a José Paulo Cunha – 4 anos e 1 mês de reclusão e 180 dias-multa; • Corrupção ativa concernente a Pizzolato – 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 30 dias-multa Voto s/ Continuidade Delitiva AP 470 / MG • Corrupção ativa parlamentares – 7 anos e 11 meses de reclusão e 225 dias-multa; • Peculato – Câmara dos Deputados – 4 anos e 8 meses de reclusão e 210 dias-multa; • Peculato – Banco do Brasil – 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 230 dias-multa; • Evasão de divisas – 5 anos e 10 meses de reclusão e 168 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 20 dias-multa. Total: 40 anos, 4 meses e 6 dias e 1.063 dias-multa. e) Ramon Hollerbach Cardoso • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Corrupção ativa – Câmara dos Deputados – 2 anos e 6 meses de reclusão e 100 dias-multa; • Corrupção ativa referente a Pizzolato – 2 anos e 8 meses de reclusão e 180 dias-multa; • Corrupção ativa – Parlamentares – 5 anos e 10 meses de reclusão e 180 dias-multa; • Peculato – Câmara dos Deputados – 3 anos de reclusão e 180 dias-multa; • Peculato – Banco do Brasil – 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 190 dias-multa; • Evasão de divisas – 2 anos e 8 meses de reclusão acrescidos de um terço de continuidade delitiva, restando em 3 anos e 8 meses de reclusão e 100 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 3 anos e 6 meses de reclusão, acrescidos de dois terços pela continuidade delitiva, ficando em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 166 dias-multa. Total: 29 anos, 7 meses e 20 dias de reclusão e 1.096 dias-multa. f) Cristiano de Mello Paz • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Corrupção ativa parlamentares – 7 anos e 11 meses de reclusão e 225 dias-multa; • Peculato – Câmara dos Deputados – 4 anos e 8 meses de reclusão e 210 dias-multa; • Peculato – Banco do Brasil – 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 230 dias-multa; • Evasão de divisas – 5 anos e 10 meses de reclusão e 168 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 20 dias-multa. Total: 40 anos, 4 meses e 6 dias e 1.063 dias-multa. e) Ramon Hollerbach Cardoso • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Corrupção ativa – Câmara dos Deputados – 2 anos e 6 meses de reclusão e 100 dias-multa; • Corrupção ativa referente a Pizzolato – 2 anos e 8 meses de reclusão e 180 dias-multa; • Corrupção ativa – Parlamentares – 5 anos e 10 meses de reclusão e 180 dias-multa; • Peculato – Câmara dos Deputados – 3 anos de reclusão e 180 dias-multa; • Peculato – Banco do Brasil – 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 190 dias-multa; • Evasão de divisas – 2 anos e 8 meses de reclusão acrescidos de um terço de continuidade delitiva, restando em 3 anos e 8 meses de reclusão e 100 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 3 anos e 6 meses de reclusão, acrescidos de dois terços pela continuidade delitiva, ficando em 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 166 dias-multa. Total: 29 anos, 7 meses e 20 dias de reclusão e 1.096 dias-multa. f) Cristiano de Mello Paz • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de

partir dos elementos que restaram utilizados, tampouco pretensão de se realizar essa avaliação, limitando-se ao aspecto central, a partir da (possível) influência da mídia e das expectativas sociais no julgamento, o que se verificou pelo *desprestígio social*

---

reclusão • Corrupção ativa – João Paulo Cunha – 2 anos e 6 meses de reclusão e 100 dias-multa; • Corrupção ativa – Pizzolato – 2 anos e 8 meses de reclusão e 180 dias-multa; • Corrupção ativa – Parlamentares – 5 anos e 10 meses de reclusão e 180 dias-multa; • Peculato – Câmara dos Deputados – 3 anos de reclusão, 180 dias-multa; • Peculato – Banco do Brasil – 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 190 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 5 anos e 10 meses de reclusão e 166 dias-multa. Total: 25 anos, 11 meses e 20 dias, 996 dias-multa. g) Rogério Lanza Tolentino • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Corrupção ativa – Parlamentares – 3 anos de reclusão e 110 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 5 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão e 133 dias-multa. Total: 10 anos, 6 meses de reclusão e 243 dias-multa. h) Simone Vasconcelos • Formação de quadrilha – 1 ano e 8 meses de reclusão, decretada a prescrição da pretensão punitiva; • Corrupção ativa – Parlamentares – 4 anos e 2 meses de reclusão e 110 dias-multa; • Evasão de divisas – 3 anos, 5 meses e 20 dias de reclusão e 68 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 5 anos de reclusão e 110 dias-multa. Total: 12 anos, 7 meses, 20 dias de reclusão e 228 dias-multa. i) Kátia Rabelo • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Gestão fraudulenta – 4 anos de reclusão e 120 dias-multa; • Evasão de divisas – 4 anos e 7 meses de reclusão e 100 dias-multa à razão de quinze salários mínimos; • Lavagem de dinheiro – 5 anos e 10 meses de reclusão e 166 dias-multa. Total: 16 anos e 8 meses de reclusão e 380 dias-multa. j) José Roberto Salgado • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Gestão fraudulenta – 4 anos de reclusão e 120 dias-multa; • Evasão de divisas – 4 anos e 7 meses de reclusão e 100 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 5 anos e 10 meses de reclusão e 166 dias-multa. Total: 16 anos e 8 meses de reclusão e 386 dias-multa. k) Vinicius Samarane • Gestão fraudulenta – 3 anos e 6 meses de reclusão e 100 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 5 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão e 130 dias-multa. Total: 8 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 230 dias-multa. l) Henrique Pizzolato • Peculato – 5 anos e 10 meses de reclusão mais 220 dias-multa; • Corrupção passiva – 3 anos, 9 meses de reclusão e 200 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 3 anos e 110 dias-multa. Total: 12 anos e 7 meses de reclusão e 530 dias-multa. m) João Cláudio Genu • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Corrupção passiva – 1 ano e 6 meses de reclusão, havendo sido declarada a prescrição da pretensão punitiva; Lavagem de dinheiro – 5 anos de reclusão e 200 dias-multa. Total: 7 anos e 3 meses de reclusão e 200 dias-multa. n) Jacinto de Souza Lamas • Corrupção passiva – 1 ano e 3 meses de reclusão e 13 dias-multa, havendo sido declarada a prescrição da pretensão punitiva. • Lavagem de dinheiro – 5 anos de reclusão e 200 dias-multa. Total: 5 anos de reclusão e 220 dias-multa. o) Breno Fichberg • Lavagem de dinheiro – 5 anos e 10 meses de reclusão e 220 dias-multa. Total: 5 anos e 10 meses de reclusão e multa de 220 dias. p) Enivaldo Quadro • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão; • Lavagem de dinheiro – 3 anos e 6 meses de reclusão e multa de 11 dias. Total: 5 anos e 9 meses de reclusão e multa de 11 dias. q) José Rodrigues Borba • Corrupção passiva – 2 anos e 6 meses de reclusão e 150 dias-multa, convertida em duas penas restritivas de direito. r) Romeu Ferreira Queiroz • Corrupção passiva – 2 anos e 6 meses de reclusão e 150 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 4 anos de reclusão e 180 dias-multa. Total: 6 anos e 6 meses de reclusão e 330 dias-multa s) Valdemar Costa Neto • Corrupção passiva – 2 anos e 6 meses de reclusão e 190 dias-multa à razão de dez salários mínimos; • Lavagem de dinheiro – 5 anos, 4 meses de reclusão e 260 dias- multa. Total: 7 anos e 10 meses de reclusão mais 450 dias-multa à razão de 10 salários mínimos. t) Pedro Henry Neto • Corrupção passiva – 2 anos e 6 meses de reclusão e 150 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 4 anos e 8 meses de reclusão e 220 dias-multa. Total: 7 anos e 2 meses de reclusão e 370 dias-multa. u) Carlos Alberto Rodrigues Pinto • Corrupção passiva – 3 anos de reclusão e 150 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 3 anos e 3 meses de reclusão e 140 dias-multa. Total: 6 anos e 3 meses de reclusão e multa de 290 dias. w) Pedro Correia de O. Andrade Neto • Formação de quadrilha – 2 anos e 3 meses de reclusão ; • Corrupção passiva – 2 anos e 6 meses de reclusão, mais 190 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 4 anos e 8 meses de reclusão e 260 dias-multa. Total: 9 anos e 5 meses de reclusão mais 450 dias-multa. x) João Paulo Cunha • Corrupção passiva – 3 anos de reclusão e 50 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 3 anos de reclusão e 50 dias-multa; • Peculato – 3 anos e 4 meses de reclusão e multa de 50 dias. Total: 9 anos e 4 meses de reclusão e 150 dias-multa. 6. y) Emerson Palmieri • Corrupção passiva – 2 anos de reclusão e multa de 100 dias, havendo sido declarada a prescrição; • Lavagem de dinheiro – quatro anos de reclusão e multa de 190 dias. Total: 4 anos de reclusão e multa de 190 dias, convertida em duas penas restritivas de direito. z) Roberto Jefferson • Corrupção passiva – 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 127 dias-multa; • Lavagem de dinheiro – 4 anos, 3 meses e 24 dias de reclusão, mais 160 dias-multa. Total: 7 anos e 14 dias de reclusão e 287 dias-multa.

experimentado por todos aqueles que acabavam por absolver ou, mesmo, reduzir penas. De igual forma, por escolha metodológica não irá ser analisado o acórdão dos embargos infringentes opostos no caso, tampouco o debate entre os Ministros acerca do cabimento ou não deste recurso, limitando-se a enfrentar a repercussão de tais questões no campo midiático.

Não resta dúvida do que representou o julgamento desta Ação Penal 470, em termos sociopolíticos e, obviamente, em termos jurídicos a partir do papel a ser desempenhado por uma Suprema Corte instada a julgar agentes públicos e a cúpula do partido que estava no poder da nação. Havia uma pressão muito grande e uma curiosidade da população, que passou a acompanhar julgamentos e discutir em suas relações sociais, os entendimentos dos Ministros da mais alta Corte do país.

Durante o julgamento, inúmeras foram as reportagens, as charges, os comentários em todos os canais midiáticos explorando o julgamento, comentando decisões já tomadas e projetando as vindouras. Impossível um julgador passar incólume por esse turbilhão. Por isso, sustenta Luiz Flávio Gomes que: *“o caso mensalão, no Brasil, constitui um emblemático exemplo do poder opressivo da mídia, que praticamente impôs o calendário do julgamento, dirigindo-se concretamente a cada um dos Ministros.”*<sup>1118</sup>

Ministros do Supremo passaram a ser conhecidos da população. A experimentar uma fama e um prestígio, condicionado, obviamente, aos seus posicionamentos durante o caso<sup>1119</sup>. A busca pela informação em uma sociedade acelerada, leva a simplificação de questões complexas, importava o resultado, menos do que os argumentos. O número de notícias, manchetes e reportagens foi muito grande. O Portal Eletrônico do Jornal Nacional, da Rede Globo, citou a palavra “mensalão” 583 vezes até o dia 03 de outubro de 2012. A revista Veja, destinou ao “escândalo”, como era chamado pela mídia, 21 capas, atingindo grau máximo no “escandalômetro” da revista, que indica a gravidade dos escândalos ocorrido no Brasil desde 1987.<sup>1120</sup>

Dessa forma, desde o julgamento do mensalão, em 2012, as decisões do STF passaram a ser mais sensíveis à voz das ruas. A opinião pública tomou conta daquele tribunal, que, pela primeira vez, condenou graúdos agentes políticos corruptos em longas

---

<sup>1118</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 173.

<sup>1119</sup> Um tribunal cujo integrantes se tornaram conhecidos do grande público, motivo pelo qual passaram a considerar a opinião pública como fundamento para seus votos. (in RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 13)

<sup>1120</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 419.

sessões televisionadas – em que argumentos técnicos e o tão criticado “juridiquês” foi substituído pelos tão humanos conflitos e xingamentos, possibilitando uma identificação com o público e, portanto, mais ao gosto dos espectadores. Nesse cenário, os ministros são atraídos ou repelidos pela opinião pública ao sabor dos campos de força que se formam em torno do assunto em debate.<sup>1121</sup> O acompanhamento público de todos os julgamentos e de todos os meandros do Supremo Tribunal Federal, a partir dos votos, dos bate-bocas, das estratégias, tudo isso monitorado pelo público pela TV, rádio e internet. Como, em qualquer seriado, a exposição acaba por produzir bandidos e mocinhos. Mais célebres do que nunca, os Ministros se tornavam vidraças, alvos do necessário escrutínio público.<sup>1122</sup>

O Supremo Tribunal Federal teve reconhecida sua abertura à opinião pública, o livro *Justices and Journalists: The Global Perspective*, publicado em 2017 pela *Cambridg University Press* organizado por Richard Davis e David Caras, sustenta que nenhum outro tribunal do mundo está tão aberto ao público quanto o STF brasileiro, entendendo que: “*Na verdade, em comparação com seus pares regionais, e até mesmo com a Suprema Corte dos Estados Unidos, o STF brasileiro pode ser razoavelmente considerado o tribunal constitucional superior mais transparente das Américas.*”<sup>1123</sup> Portanto, a transparência de uma Suprema Corte não pode ser considerada um aspecto negativo, como já avaliado em tópicos anteriores, a publicidade é uma garantia, no entanto, a questão é os efeitos de toda essa “abertura”, que é visto como uma nítida pressão midiática e pública por desfechos condenatórios.

Porém, o mensalão “não foi um caso qualquer”, a mídia repercutia isso a todo instante, sempre frisando que: “*Nunca as vozes do Supremo foram tão ouvidas pela sociedade brasileira. A Corte sente que tem uma oportunidade de ouro para estampar a sua legitimidade.*”<sup>1124</sup> Todo esse movimento, essa constante pressão, essa expectativa

---

<sup>1121</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 83.

<sup>1122</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 94.

<sup>1123</sup> DAVIS, Richard. TARAS, David. **Justices and Journalists: The Global Perspective.** Cambridge University Press, 2017. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/books/justices-and-journalists/F8B05870DF401930F80C005518E1E652#fndtn-information>

<sup>1124</sup> “É irreal, porém, pensar que o mensalão seja um julgamento qualquer. Nunca as vozes do Supremo foram tão ouvidas pela sociedade brasileira. A Corte sente que tem uma oportunidade de ouro para estampar a sua legitimidade. Nesse contexto, as fundamentações devem ser mais abrangentes. E as palavras do Ministro Fux, antes de traduzirem indesejável populismo, podem mostrar que o Tribunal se mostra sensível aos clamores da sociedade. Certo, o julgamento dos réus, em um processo penal, deve ser técnico, sem brecha para qualquer populismo. Mas isso não impede que o Supremo reafirme, sempre que possível, valores essenciais à ordem jurídica e à coletividade. É o que se espera do órgão de cúpula de um dos poderes

depositada de que o Supremo ouvisse as vozes das ruas, calcadas em um punitivismo populista, que associaria qualquer absolvição ou decisão mais favorável aos réus como uma “afronta” a sociedade e seus anseios. O caso foi acompanhado como um grande evento esportivo, com uma torcida inflada, pedindo condenação.

Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida, realizaram uma ampla análise de textos, charges e comentários de leitores para demonstrar o quão calcado em uma ideia punitivista está o imaginário social no que tange às soluções para os problemas da segurança pública e, como é o caso, de combate à corrupção. A exemplo disso, analisaram um artigo publicado no jornal *Estadão*, em 22 de agosto de 2008, assinala a importância da pressão midiática e popular para que o caso não fosse relegado à impunidade, afirmando que as pessoas deveriam “*em primeiro lugar, pressionar as autoridades. O STF, por exemplo, precisa sentir o clamor da sociedade. Julgar o mensalão não é uma questão de prazos processuais. É um dever indeclinável. A Suprema Corte pode dar o primeiro passo para a grande virada.*” E prosseguiu, em tom convocatório: “*E você, caro leitor, escreva aos ministros do STF, pressione, saia às ruas numa magnífica balada da cidadania. Em segundo lugar, exija de nós, jornalistas, a perseverança de bulldogues. É preciso morder e não soltar. Os meios de comunicação existem para incomodar.*”<sup>1125</sup>

A cobertura em tempo real sobre cada palavra e cada voto de cada um dos Ministros e Ministras do Supremo Tribunal Federal geravam um ambiente de extrema hostilidade para qualquer decisão que não fosse condenatória ou que apresentasse algum benefício aos acusados.<sup>1126</sup> A mídia passava um recado muito claro, na busca pelo apreço do público falava o que grande parcela da população queria ouvir. O recado era dado de forma explícita ou implícita. Com comentários, editoriais, artigos ou mesmo se valendo do humor, em uma clara intenção de penetração em todos os públicos e de alcance amplo. A exemplo disso, diversas charges que recheadas de ironia, atuavam em prol da

---

da República. (...) - Artigo publicado no Blog G1-Traduzindo o Julgamento do Mensalão, em 06 de setembro de 2012. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/mensalao/traduzindo-julgamento/platb/2012/09/06/as-vozes-do-supremo-e-a-sociedade/>

<sup>1125</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 424.

<sup>1126</sup> Sobre o tema Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida destacam a partir da análise de diversos comentários em portais de notícias e jornais: Nota-se, pois que os comentários de cunho elogioso foram destinados a votos condenatórios. Os absolutórios, por sua vez, foram alvos de duras críticas. Tal equação revela que a atuação do STF está sendo julgada, e que o juízo emitido por esses leitores, numa primeira análise, denuncia um horizonte eivado por uma cultura punitivista. (in GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 447)

condenação. Apresentando a figura do réu como um lobo em pele de cordeiro, ou o réu com auréola de anjo, entre outros. Neste juízo paralelo, parte-se da presunção da culpa, reforçando nos leitores a aversão à presunção de inocência.<sup>1127</sup>

Essa comunicação da justiça com a opinião pública, por meio dos canhões midiáticos, conferem notoriedade aos anseios populares de “justiça”, pela lógica de mais punição, prisão mais rápida e duradoura, bem como a retórica populista, que é mais facilmente compreendida pela grande maioria da população, a partir da lógica do “réu bandido”, de que “a pena não pode ficar barata”, de que os “juízes são muito flexíveis”, dentre tantas outras no mesmo sentido.<sup>1128</sup> E os juízes são tocados por esse populismo, quando não adotam esse mister na sua atuação jurisdicional, o que faz com que sejam ignorados por completo as bases pelas quais se pode conceber um processo como garantia. Seria a *irracionalidade populista*, que descreve Garland<sup>1129</sup>, a guiar (ou, no mínimo, influenciar o julgador).

Em um contexto de expansão do Direito Penal<sup>1130</sup> e de prevenção pelo processo penal, conforme analisado em tópicos anteriores, que resta inserido o discurso do *populismo penal* que passa a explorar o senso comum, as emoções e as demandas que são geradas pelo delito, bem como pelo medo do delito, buscando o consenso ou o apoio popular em prol de maior rigor penal como a solução para a criminalidade.<sup>1131</sup> O discurso de politização da punitividade tem como elemento fundamental a pressão contra juízes, além de mudanças legislativas e a crença em um estado policial, calcado em críticas ao funcionamento da justiça “benevolente”, que clama por menos garantias e mais repressão.<sup>1132</sup>

---

<sup>1127</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 421.

<sup>1128</sup> Na medida em que a Justiça começa a se comunicar diretamente com a opinião pública, valendo-se da mídia, ganham notoriedade tanto os anseios populares da justiça (cadeia para todo mundo, prisão preventiva imediata, recolhimento sem demora dos passaporte dos condenados, fim dos recursos – ignorem a justiça internacional) como a preocupação de se usar uma retórica populista, bem mais compreensível pelo povão (“réus bandidos”, “políticos bandoleiros”, “a pena não pode ficar barata”, “o sistema penal brasileiro é frouxo”, “os juízes são flexíveis”, “Vossa Excelência advoga para o réu?”, “no Brasil o rico não vai para a cadeia” etc.). (in GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 21.)

<sup>1129</sup> Irracionalidades do discurso populista, busca do consenso ou do apoio popular para medidas restritivas cada vez mais duras. (GARLAND, David. **La Cultura del Control.** Trad. Máximo Sozzo. Barcelona, Gedisa, 2005. P: 48.)

<sup>1130</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.** Madrid: Civitas, 1999.

<sup>1131</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 33.

<sup>1132</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 41.

Esse contexto é um terreno fértil para criação de figuras messiânicas, para que o julgador, a partir de toda a centralidade sistêmica de sua atuação, travista-se de herói e de realizador das promessas salvacionistas, pois, como ensinam Débora de Almeida e Luiz Flávio Gomes: “*no plano político o populismo se caracteriza pela manobra da vontade da massa, do povo, guiada por um líder carismático, que procura atender suas demandas e promover (tendencialmente) o exercício tirânico do poder.*”<sup>1133</sup>

No caso do Mensalão, tal papel coube ao relator, o Ministro Joaquim Barbosa, desenhado como *o justiceiro*<sup>1134</sup> nas redes sociais e objetos de diversas manifestações que o retratavam com as vestes de super heróis, como *batman* e *Superman*. Serão avaliados nesse tópico, diversas passagens extraídas das transcrições dos julgamentos, constantes do acórdão da Ação Penal 470, do Supremo Tribunal Federal que demonstram a assunção desta postura por parte do Ministro do Relator. E o quanto discussões entre os Ministros foram marcadas por estes elementos de pressão pública e motivação midiática das decisões.

Houve, inclusive, pedido de suspeição do Ministro Relator pela sua postura e pelas suas manifestações midiáticas, o que fora rechaçado pelo plenário, mas que rendeu alguns debates, em pontos importantes no sentido de evidenciar a postura do Relator em consonância com o quadro de expectativas que lhe foi desenhado a partir de sua personificação como herói do caso. No que tange à referida alegação de suspeição trazida por alguns advogados, o Relator sentiu-se profundamente ofendido e buscou, inclusive, que medidas fossem adotadas contra os advogados.<sup>1135</sup> Sustenta o Ministro Joaquim Barbosa que, pelo raciocínio dos defensores, só seria verdadeiramente imparcial o juiz que não acolhe os argumentos da acusação. Refere que sofrera uma gratuita agressão que

---

<sup>1133</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 28.

<sup>1134</sup> <https://oglobo.globo.com/brasil/joaquim-barbosa-o-justiceiro-nas-redes-sociais-6024965>

<sup>1135</sup> MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: (...) em alegações finais apresentadas pelos advogados Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo (OAB/SP 124.516), Leonardo Magalhães Avelar (OAB/SP 221.410) e Conrado Almeida Corrêa Gontijo (OAB/SP 305.292), mais especificamente no tópico intitulado “Da Dúvida Quanto À Imparcialidade Do D. Ministro Relator” – afirmam, em síntese, que eu teria agido de forma parcial na condução do processo, proferindo decisões com finalidade midiática (fls. 46.749-46.755). Ao final, a defesa alega ser necessária a “expressa manifestação do D. Relator, (...) quanto a seu ânimo de apreciar o processo-crime, de forma livre e equilibrada (artigo 254, do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 135, do Código de Processo Civil)” (fls. 46.755). Tais afirmações, para dizer o mínimo, ultrapassam o limite da deselegância e da falta de lealdade e urbanidade que se exige de todos os atores do processo, aproximando-se, muito mais, da pura ofensa pessoal. Além disso, o pleito sob exame contraria frontalmente o disposto nos arts. 95, 96 e 98 do Código de Processo Penal, (...) Pág. 382 e 383 – Acórdão da Ação Penal 470 – Supremo Tribunal Federal.

tinha como objetivo construir um quadro de parcialidade na condução do processo e acusa os advogados de terem trazido duas entrevistas concedidas por ele, mas que o inteiro teor fora omitido pelos defensores.

Esse ponto é sintomático de um dos problemas denunciados no tópico anterior, a questão da imparcialidade judicial não ser considerada como uma *categoria jurídica indispensável* para o processo penal, que permite que seja facilmente subvertida e flexibilizada a partir de todo e qualquer tipo de argumento. Isso porque, enquanto a imparcialidade habitar a *psique* do julgador, discussões serão esvaziadas e importantes debates sobre a capacidade ou não de um julgador ser imparcial desembocam em uma apreciação pessoal, partindo de uma ideia de idoneidade ou capacidade moral do juiz. Tornando o debate inócuo e a sua percepção sempre ofensiva, o que simplifica de forma reducionista um fundamental debate.

Uma das entrevistas mencionadas pelos advogados, fora divulgada no portal *Consultor Jurídico* e traz trechos importantes, como quando o Ministro é questionado sobre a alegação de José Dirceu de que o feito estaria sob suspeição, respondeu de forma direta: *“Os réus usam os argumentos que têm a seu alcance. Isso faz parte do jogo. Em alguns pontos, a denúncia do procurador Antonio Fernando de Souza precisa de mais provas, como no caso de Dirceu... Não posso dizer. Eu até agora examinei os indícios. Acabou a entrevista.”* E depois, confirmou, a “satisfação” de ver o povo concordar com suas decisões, ao ser questionado sobre como repercutiu sua decisão: *“A novidade de tudo isso é que o cidadão comum, as pessoas, nas ruas, compreenderam. Isso é gratificante, muito gratificante.”*<sup>1136</sup>

Em prosseguimento, o Ministro Relator pediu que fosse oficiado à OAB com uma representação contra os advogados, o que o Revisor, Ministro Ricardo Lewandowski não concordou, mesmo manifestando integral solidariedade ao Ministro Joaquim Barbosa, disse que a Constituição Federal assegura aos advogados imunidade no seu exercício profissional, o que não fora aceito por Joaquim Barbosa que questionou se dentre os direitos outorgados aos advogados estaria a permissão para *ofender um juiz*.<sup>1137</sup>

---

<sup>1136</sup> [https://www.conjur.com.br/2007-set-02/joaquim\\_barbosa\\_entrevista\\_conquistou\\_publico](https://www.conjur.com.br/2007-set-02/joaquim_barbosa_entrevista_conquistou_publico)

<sup>1137</sup> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, inicialmente, eu queria manifestar minha integral solidariedade ao eminente Relator por eventual aleivosia que tenham assacado contra Sua Excelência, seja por meio da Imprensa, seja, eventualmente, por outro instrumento qualquer. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Consta dos autos. Mas eu não li tudo. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - No caso, dos autos. Mas peço vênua para me apartar do entendimento do eminente Relator quanto à última parte. E o faço pelo seguinte motivo. A Constituição Federal é muito clara quando, no artigo 133, estabelece que: "Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e

Ingressaram na discussão outros Ministros. O Relator seguia pedindo medidas mais drásticas em desfavor dos advogados, sob o argumento de *que cada país tem o modelo e o tipo de Justiça que merece. Justiça que se deixa agredir, se deixar ameaçar por uma guilda ou membro de uma determinada guilda, já se sabe qual é o fim que lhe é reservado. Eu lamento que esse país.* Ao que fora interrompido pelo Ministro Marco Aurélio, que referiu não se sentir ameaçado. O presidente, Ministro Ayres Britto deu a matéria por encerrada sob protestos do Ministro Joaquim Barbosa.<sup>1138</sup>

Em relação a imparcialidade, outra discussão que se apresentou dizia respeito ao Ministro Dias Toffoli, que antes de tomar posse fora advogado do Partido dos Trabalhadores, cuja cúpula estava quase toda em julgamento. O Ministro Toffoli havia sido subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil durante a gestão José Dirceu e, além disso, sua namorada havia atuado na defesa de um dos réus. Um artigo publicado no Jornal *O Globo* em 29 de agosto de 2012, questionava essas situações e dizia que o Brasil esperava uma resposta, mas que recebera o silêncio dos envolvidos, que não puseram a questão sob discussão. O mesmo artigo refere que o Ministro Marco Aurélio, em entrevista ao Jornal Nacional havia considerado essa situação como “delicada” e concluiu, afirmando que pela lei não haveria um impedimento expresso mas que tal situação poderia ter sido debatida, mas não o foi e refere que: “*o que está em jogo, porém,*

---

manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Eu penso que essa ampla liberdade que tem o advogado no exercício da profissão é uma garantia não do profissional, mas da própria cidadania, assim como são os predicamentos da magistratura. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Inclusive de ofender o juiz? É o que está em jogo. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não. Com todo respeito - já manifestei a minha solidariedade integral a Vossa Excelência -, mas o ordenamento jurídico possui instrumentos próprios para que Vossa Excelência, se entender que sua honra subjetiva tenha sido atacada, possa defender-se. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não é a minha honra. É a honra desta Corte, Ministro. É a honra desta Corte, não a minha honra pessoal. A minha pouco me interessa. Nem conheço o advogado. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Pois não. Se a Corte entender nesse sentido, eu me associarei à conclusão da Corte.. Pág. 455 – Ação Penal n.º 470 – Supremo Tribunal Federal.<sup>1138</sup> O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Senhor Presidente, cada país tem o modelo e o tipo de Justiça que merece. Justiça que se deixa agredir, se deixar ameaçar por uma guilda ou membro de uma determinada guilda, já se sabe qual é o fim que lhe é reservado. Eu lamento que esse país...O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não me sinto ameaçado, Excelência. Não me sinto ameaçado nem alcançado. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Claro, Vossa Excelência provavelmente faça parte...O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se Vossa Excelência se sente, é outra coisa. Vamos ao julgamento.O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Está vencida a matéria. Olha o Presidente, de novo, preocupado com o tempo. Então, Vossa Excelência prossigue. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Senhor Presidente, eu vou começar. Mas eu tenho a liberdade de palavra, ou não? O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Claro, Excelência. Então, estou lhe concedendo a palavra. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Pois bem. O que quero dizer é que lamento muito que nós, como brasileiros, tenhamos que carregar ainda certas taras antropológicas como essa do bacharelismo, não é? A Corte Suprema do país, diante de uma agressão clara contra um dos seus membros, entende simplesmente que isso não tem nenhuma significação. Págs. 488/489 – Ação Penal n. 470 – Supremo Tribunal Federal.

*transcende questões jurídicas. Se a suspeição – ou o suposto impedimento de Dias Toffoli – tivessem sido arguidos, poderia haver bons argumentos para sustentar que ele seria, sim, capaz de julgar os réus do mensalão com imparcialidade. Mas, no silêncio de todos os legitimados a levar a questão ao plenário, só é possível especular – inclusive quanto aos motivos do silêncio.”<sup>1139</sup>*

Se percebe a partir dessa crítica e desse fundado questionamento um sintoma daquilo que já fora denunciado a partir de um olhar um tanto quanto seletivo de informações e de categorias processuais. Os questionamentos acerca da falta de isenção do Ministro Dias Toffoli para participar do julgamento são extremamente fundados e seriam acolhidos por um sistema que tratasse a questão da suspeição de uma forma diferente do modelo brasileiro e que não as limitaria a um taxativo rol, elevando a necessidade de preservação da imparcialidade do julgador como aspecto fundamental de um julgamento. Entretanto, diversas posturas do Relator, por exemplo, colocaram em dúvida a sua imparcialidade por outros elementos, mas nem por isso, menos graves. Contudo, o levante midiático se deu apenas quando a suposta falta de imparcialidade apresentava o risco de absolvição, o que não se verificou em casos onde o risco de uma condenação por atuação parcial parecia estar ocorrendo.

Retornando a questão do Relator e de sua percepção heroicizada a partir do imaginário social, que o levou a figurar (até os dias atuais) como um provável nome à presidência do país. Um imaginário populista, crente nos ideais punitivistas, não iria venerar um julgador com uma atuação técnica e que se pautasse em critérios de legalidade formal e na observância das garantias fundamentais. Direitos processuais são entraves, obstáculos na realização de um ideal “justo e eficiente” do processo penal. Palco perfeito para o *messianismo*<sup>1140</sup> jurisdicional e para toda manifestação do *fundamentalismo penal atual*, que consiste nessa intimidação dos juízes, os compelindo a rezar a cartilha do fanático poder punitivo, quase que como uma espécie de religião dogmática.<sup>1141</sup>

A forma polarizada com que os pensamentos são simplificados de modo a reduzir a complexidade dos fenômenos, acaba por ter de eleger os extremos. No caso do

---

<sup>1139</sup> LEAL, Fernando. Artigo publicado no jornal O Globo em 29 de agosto de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento**. organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 116.

<sup>1140</sup> Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida, destacam: *é nesse sentido que o populismo se converte em messianismo (porque messiânicos são todos os movimentos que prometem o bem, fazendo o mal)*. (in GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão**, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 133.)

<sup>1141</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão**, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 171.

Mensalão, estes papéis ficaram protagonizados pelo Relator (Min. Joaquim Barbosa) e pelo Revisor (Min. Ricardo Lewandowski), tendo sido ocupado por alguns outros Ministros ao longo dos debates, mas sempre que se alocavam em posição de antagonismo a um dos dois “atores principais”.

Não tardou para que as manchetes e as notícias passassem a questionar decisões e posturas do Ministro Revisor. Em um artigo publicado em 05 de outubro de 2012 no jornal *Folha de São Paulo*, o jornalista Joaquim Falcão narra um dia de julgamento em que *a batalha anunciada* não ocorrera diante da ausência de Joaquim Barbosa. E afirma: “*Mas, no conteúdo, cada um cumpriu seu destino. Barbosa condena e Lewandowski absolve. Nada novo.*” Tal análise, objetiva apenas, fomentar a polarização reducionista, pois ignora o grande número de situações em que Relator e Revisor convergiram, mas deixa expressa a “pressão” para os demais Ministros, ao afirmar que: “*O resultado reside nas mãos dos outros oito ministros que assistem. A discussão teórica sobre fatos e provas terminou. É hora de votar. As posições aparecem.*” A partir dali o texto pega trechos de falas do Ministro Relator que afirma que tem que julgar com o que está nos autos e que não viu provas condenatórias para José Genoíno, ex-presidente do PT e que nada provava a intimidade deste com o réu Marcos Valério. Oportunidade em que o Ministro Ayres Britto teria alertado sobre um documento assinado por Genoíno e Marcos Valério, na obtenção de empréstimos. O Ministro Lewandowski falou que iria considerar aquele aspecto. (posteriormente Lewandowski analisou o contrato e explicou em sessão que aquele documento não comprovava a ingerência de Genoíno, que assinou apenas as renovações do contrato de empréstimo, pela sua posição, mantendo a absolvição)<sup>1142</sup> Mas, o artigo segue destacando que: “*Mesmo ausente do plenário, Joaquim Barbosa ressoava. Os autos estão cheios de fatos que podem ser considerados provas que permitem interpretar e condenar.*” E finaliza, quando avalia a suposta falta de provas referida pelo Ministro Revisor: E o conjunto fático de provas apontado por Barbosa? Já convenceu Rosa Weber e Luiz Fux. Convencerá Dias Toffoli?<sup>1143</sup>

---

<sup>1142</sup> MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Portanto, Senhor Presidente, com todo respeito, eu confirmo a informação que dei na assentada passada e insisto neste aspecto: para mim, respeitando o entendimento dos demais Ministros, José Genoíno está sendo denunciado e será eventualmente condenado pelo simples e objetivo fato de ter sido presidente do Partido dos Trabalhadores à época. Ação Penal n. 470 – Supremo Tribunal Federal. P: 5000.

<sup>1143</sup> FALCÃO, Joaquim. Artigo publicado no Jornal *Folha de S.Paulo* em 05 de outubro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 194

Outros questionamentos midiáticos sobrevieram com a decisão absolutória do Ministro Revisor no que tange ao delito de *formação de quadrilha*. Em artigo publicado no jornal *O Globo*, no dia 19 de outubro de 2012, os jornalistas Diego Werneck Arguelhes e Vitor Pinto Chaves, passam a avaliar em tom crítico o voto absolutório, referindo que: “*O Ministro revisor Ricardo Lewandowski absolveu todos os réus da última fatia do julgamento do mensalão pelo crime de formação de quadrilha. Segundo Lewandowski, citando votos das ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber em sessões anteriores, a mera reunião de pessoas para a prática de crimes não é suficiente para configurar quadrilha.*” A crítica dos jornalistas se sustenta no fato do Revisor ter referido que seria necessário que a “paz social” fosse colada em risco e criticam o voto que, no entendimento deles:” *Sem esclarecer o significado de “paz social”, ou dar exemplos do que a ameaçaria, o revisor entendeu que as eventuais articulações entre políticos, banqueiros e publicitários analisadas pelo tribunal não chegam a colocá-la em perigo. Teriam ocorrido crimes praticados por muitos autores, mas não formação de quadrilha.*” E concluem, sob a sua visão de “paz social” a partir dos crimes discutidos no processo que: “*o Tribunal já considerou que houve desvio de recursos públicos, empréstimos fraudulentos, lavagem de dinheiro e corrupção. Já afirmou, também, que houve compra de apoio político. Em uma democracia, em que condições esses crimes, quando praticados por atores organizados, seriam capazes de abalar a “paz social”? São questões que o tribunal precisará esclarecer ao considerar a argumentação de Lewandowski.*”<sup>1144</sup>

A mídia se sentia autorizada a um debate técnico com os Ministros e mesmo com as defesas, as análises pejorativas acerca de argumentações e fundamentações visavam, claramente, a atenção do público, que entendia de forma mais clara essa tradução resumida divulgada pelos grandes jornais, que desempenhavam um papel de *jornalismo justiceiro*<sup>1145</sup>, que dialoga de igual para igual com o Judiciário e se apresenta como um competidor da justiça oficial.

---

<sup>1144</sup> ARGUELHES, Diego Werneck e CHAVES, Vitor Pinto. O Mensalão e a Paz Social - Artigo publicado no Jornal O Globo em 19 de outubro de 2012. P: 225. **Mensalão: Diário de um Julgamento / organização** Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 225

<sup>1145</sup> O jornalismo justiceiro conta com horizontes imprecisos, mas está institucionalizado como quarto poder (ele fala, agora, até mesmo com o STF de igual para igual). Como competidor da Justiça oficial em todo o momento o jornalismo justiceiro desvaloriza os atos oficiais, o seu tempo (lentidão), o seu procedimento, a sua postura hermética, a sua linguagem inacessível etc. (in GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 124)

Em artigo publicado em 08 de agosto de 2012, no jornal *O Globo*, o jornalista Mário Machado avaliou a defesa do Acusado Delúbio Soares, que para ele: “*argumentou com citações doutrinárias, leis, testemunhos, tabelas e gráficos. O que eles dizem e provam?*” E seguiu realizando uma valoração da prova e debatendo ela em um jornal: “*A primeira tabela mostra o total de depoimentos judiciais transcritos nos autos. Seriam cerca de 400. Ali se informa que ninguém teria conversado com seu cliente sobre compra de votos ou ouvira falar sobre possível compra de votos. Esse dado é irrelevante, pois quem se arriscaria a dizer o contrário?*” Refere que outras tabelas tratavam de depoimentos judiciais de deputados e senadores que não confirmavam ter recebido qualquer valor como compra de votos, mas questiona de forma retórica: “*Mas poderia um congressista admitir haver obtido pagamento para esse fim ilegal? Seria uma confissão.*” E sentencia: “*Logo, esses testemunhos são descartáveis. Sua apresentação pela defesa parece zombar da inteligência dos ministros.*”<sup>1146</sup>

Sem voltar a repetir o que já fora analisado acerca dos limites de uma publicidade quando lida com julgamentos, ainda mais de casos em andamento, não se pode negar que essa prática convence grande parcela da população, condiciona a percepção pública sobre os fatos e deposita uma enorme carga de expectativas na atuação do julgador. Portanto, estaria para aquilo que Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida, definem como *publicidade opressiva*, como uma faceta desse jornalismo justiceiro. Os autores exemplificam isso a partir de um editorial da Folha de São Paulo, do dia 20 de agosto de 2012, onde essa prática, supera os limites, pois, às vezes interfere diretamente e pressiona o voto de cada juiz. O texto do editorial trazia o seguinte: *O revisor Lewandowski parece adotar uma estratégia de lentidão, à qual seria levado, conforme se especula, pela tendência a absolver pelo desejo de inviabilizar o voto, tido por adverso, de seu colega Peluso, que se aposenta no início de setembro.* Nesse trecho transcrito poder-se-ia vislumbrar uma tentativa de publicidade opressiva.<sup>1147</sup>

E mesmo textos que tentavam trazer um aspecto técnico, explicando a questão de ônus probatório, eram claros em dizer que, “nesse caso é diferente”, as excepcionalidades que se construíram no caso mensalão, por “não ser um caso qualquer”

---

<sup>1146</sup> MACHADO, MÁRIO. O que dizem as tabelas e os gráficos da defesa de Delúbio. Artigo publicado no Jornal *O Globo* em 08 de agosto de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 41

<sup>1147</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013. P: 125.

foram um sinal verde para uma gama de relativizações e flexibilizações em termos de formas e garantias processuais em tribunais Brasil afora. Isso restou claro no artigo publicado no jornal *O Globo* em 05 de setembro de 2012, onde se exige uma atuação dos Ministros, para além das exigências legais: “*Para fundamentar uma absolvição, bastaria ao juiz típico dizer, na sentença, que as provas foram insuficientes. No caso do mensalão, porém, é preciso mais que fundamentação. É preciso transparência. Se faltam provas, que se explique as insuficiências – sem o cômodo véu do juridiquês. Se as provas existentes não convencem, os votos pela absolvição devem questioná-las, em vez de silenciar quanto a elas.*” Na visão dos jornalistas autores do texto, a exposição ampliada era saudável e o foro privilegiado ampliava a transparência do julgamento, dando visibilidade que permite o acompanhamento pela sociedade, sustentando que nada disso afasta a necessidade do devido processo legal e da preservação da presunção de inocência, mas: “*Quando o julgador é o Supremo, porém, a opinião pública pode agir sobre a forma e a extensão da expressão do juiz, sem determinar o conteúdo da sua decisão. Os ministros certamente não devem obedecer. Mas precisam dialogar.*”<sup>1148</sup>

A simplificação da mensagem e o alcance desta, demonstram como a mídia e a população de forma geral sentiam-se autorizados a questionar todos os elementos com os quais não concordavam e evidenciavam a visão do desfecho absolutório sempre como uma espécie de engodo ou algo que detinha algum interesse por detrás, como se agora a sociedade por estar vendo o julgamento não aceitaria esses resultados. Como isso penetra na mente de um julgador, de sua equipe e de sua própria família? É possível negar os efeitos disso em uma decisão? Esse jornalismo não busca a apuração da verdade dos fatos, mas quer, também, a punição de quem desviou a ordem social. Esse jornalista comprometido se enxerga no direito de imposição do castigo, ainda que simbólico ou no direito de postular um castigo duro ao infrator. Sendo esta a natureza justiceira desse jornalismo moderno.<sup>1149</sup>

Ponto comum nessas manifestações era o destaque ao posicionamento “duro” do Supremo e a costumeira associação de garantias com estímulo à impunidade. Em artigo publicado no jornal *O Globo*, em 29 de novembro de 2012, intitulado de *A*

---

<sup>1148</sup> ARGUELHES, Diogo Werneck e HARTMANN, Ivar A. Artigo publicado no Jornal *O Globo* em 05 de setembro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 26.

<sup>1149</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 117.

*Jurisprudência do Supremo Morreu. Viva a Jurisprudência do Supremo*, o jornalista José Augusto Garcia de Souza analisa que no Caso Mensalão, o Supremo estaria traindo sua linha tradicionalmente garantista, e questiona se essas críticas seriam justas? O Autor faz uma breve exposição sobre o garantismo penal, mas refere, com base em toda a perspectiva populista que: “*De modo desconcertante, porém, a teoria no Brasil revelou-se útil, sobretudo a criminosos de colarinho-branco e privatizadores dos cofres públicos. Autores de ilícitos peculiarmente intrincados, eles passaram a invocar o santo nome do garantismo para usufruir, cada vez mais, uma jurisprudência que sublima aspectos formais do processo e impõe cargas probatórias quase irreais à acusação.*” O texto segue afirmando que a teoria reforçou a índole elitista do processo penal, tido como amigo dos poderosos e surdo aos protestos do *homem da rua contra a impunidade dos delitos financeiros*. E destaca, exaltando as decisões condenatórias que: “*o julgamento do mensalão veio trazer, em boa hora, o contraponto. Proclamou-se que a Constituição não garante para os acusados de corrupção processos seis estrelas, em que só por acidente alguma condenação corre o risco de acontecer.*”<sup>1150</sup>

Essa simplificação possui ampla penetração no senso comum, o que fora constatado na pesquisa realizada por Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida, que avaliando a sessão de cartas de leitores em grandes jornais nacionais, em especial no jornal Zero Hora do Rio Grande do Sul, se verificou a supressão de uma de garantias penais e processuais penais, a partir de um anseio majoritário, preocupado com uma maior eficácia da persecução penal e, nessa linha, com a concretude da função instrumental da pena.<sup>1151</sup>

Esse anseio social difundido pela mídia, propagado por visões como as acima referidas transporta-se para o interior dos julgamentos criminais em todo o país e quando encontra ressonância no Supremo Tribunal Federal, fornece uma clara mensagem aos julgadores e julgadoras Brasil afora. Por exemplo, em trecho extraído do voto da Ministra Rosa Weber, ao avaliar toda a esperança que a nação deposita em seus governantes e que a impunidade deles seria a ilusão dos eleitores e de *todas as pessoas de bem*.<sup>1152</sup> Sem

---

<sup>1150</sup> SOUZA, José Augusto Garcia de. *A Jurisprudência do Supremo Morreu. Viva a Jurisprudência do Supremo*. Artigo publicado no Jornal *O Globo* em 29 de novembro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 291.

<sup>1151</sup> GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013. P: 462.

<sup>1152</sup> Toda a esperança da nação é depositada nos agentes de poder. A desordem do sistema não pode ter origem em sua atuação. O político que pratica delito trai a confiança no modo de viver de um povo, comprometendo sobremaneira a cultura nacional. Sua impunidade seria a desilusão de seus eleitores e de

adentrar aos pormenores da gravidade dos fatos apurados, mas o discurso se valendo de expressões como “cidadão de bem”, de esperança de punição, em elementos que servem muito mais como justificativas sociais do que jurídicas das razões de decidir.

Em linha semelhante, a partir do discurso do “mal da corrupção”, visando o estabelecimento do “novo inimigo”, trecho de voto da Ministra Carmen Lucia, destaca que no mundo inteiro dois temas aproximam os povos e os tornam solidários no enfrentamento: a corrupção e a droga. E segue: *“Aliás, a corrupção é uma droga: a droga moral a carcomer a dignidade de quem a pratica e a destruir as condições e políticas devidas ao povo. E a droga imbrica-se, necessariamente, com a corrupção. A corrupção impede a realização dos fins do Estado e deslegitima as instituições políticas. Daí porque é mais agressiva e o seu combate há de ser muito mais intenso e rigoroso”*. E destaca de forma clara: *“A ação penal em julgamento é a resposta do Estado Democrático brasileiro ao antidireito, que não pode prevalecer em quadro de tamanha gravidade, como a que se contém na denúncia.”*<sup>1153</sup>

A análise das discussões realizadas pelos Ministros e Ministras durante o julgamento, evidenciam o quanto estes elementos sociais e midiáticos permearam a atuação dos julgadores e julgadoras. Discussões amparadas em elementos midiáticos, acusações recíprocas, posturas de enfrentamento que, normalmente, não devem ser verificadas em julgamentos colegiados e, principalmente, uma resistência questionadora a todo e qualquer desfecho absolutório e um fechamento para questionamentos que pudessem enfraquecer determinadas crenças acusatórias. Os personagens criados (ou

---

todas as pessoas de bem, que passam a duvidar se vale a pena seguir lutando pela liberdade, pela inteireza e crença em seus governantes. A venda dos votos, que presumidamente haveriam de ser direcionados com inspiração para a justiça e o bem estar da população, caracteriza um desvirtuamento com enormes consequências. Como se vê, gravíssimas as consequências dessa promiscuidade a que os corruptos e corruptores submeteram o Parlamento brasileiro e, em especial, a fé do povo que os elegeram. A serem considerados ainda, neste passo, os altos valores que transitaram de forma indevida em bolsos corrompidos. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Voto Ministra Rosa Weber. Pág. 1435.

<sup>1153</sup> No entanto, topamos a cada passo com casos de corrupção. Tornouse uma epidemia a destruir a moral e a minar o tecido social e a estrutura estatal. Em todo o mundo, dois temas aproximam os povos e os tornam solidários em seu permanente combate: corrupção e drogas. Aliás, a corrupção é uma droga: a droga moral a carcomer a dignidade de quem a pratica e a destruir as condições e políticas devidas ao povo. E a droga imbrica-se, necessariamente, com a corrupção. A corrupção impede a realização dos fins do Estado e deslegitima as instituições políticas. Daí porque é mais agressiva e o seu combate há de ser muito mais intenso e rigoroso. A corrupção subverte as formas mais ordinárias de combate ao crime, porque não há corpo de delito. Esse crime é como água impura a minar as estruturas sem fazer ruído. É certo que a soberba e a certeza da impunidade podem avolumar os atos a ponto de transformar em ruído o que, em regra, é feito à socapa. A ação penal em julgamento é a resposta do Estado Democrático brasileiro ao antidireito, que não pode prevalecer em quadro de tamanha gravidade, como a que se contém na denúncia. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Ministra Carmen Lúcia. Pág. 1021/1022.

potencializados) na mídia, se enfrentavam em debates ásperos que, por vezes, deixavam de lado a técnica, na busca pelos holofotes e pelo prestígio social.

Num primeiro aspecto, não há dúvidas de quanto a mídia pautou o julgamento, o que se percebe pelas próprias fundamentações e sobre tantos debates. Sobre esse tema, inclusive, um artigo publicado no *blog* do jornalista Ancelmo Gois, no dia 09 de setembro de 2012, destacava que no dia anterior, o Ministro “*Gilmar Mendes começou seu voto afirmando que o Tribunal não tem flexibilizado as garantias do devido processo penal, ao contrário do que tem sido afirmado na mídia*”. Posteriormente, refere que: “*O presidente da Corte, Ministro Ayres Britto, seguiu a mesma linha, fazendo menção a tais manifestações na imprensa e assegurando que são equivocadas, pois os ministros estariam protegendo os direitos individuais nesse julgamento da mesma maneira que sempre o fizeram.*” O que fora complementado pelo Ministro Relator, “*que sequer iria votar nessa sessão, tomou a palavra para repudiar artigo, publicado na imprensa nacional, que o teria acusado de conduzir o processo de forma autoritária e secreta. O relator do mensalão não revelou o autor do texto, apenas mencionou ser um ex-juiz que atualmente é comerciante.*” Assim, acertadamente o autor conclui o ponto decisivo da polêmica do papel da opinião pública, referindo que: “*parece sem sentido perguntar se os ministros deveriam ouvir a opinião pública quando eles já estão inclusive respondendo. Mais pertinente agora é o questionamento: eles precisam responder durante seus votos ou podem fazer isso em entrevistas para a imprensa, ou inclusive nas redes sociais?*”<sup>1154</sup>

Em uma espécie de *prestação de contas*, o Ministro Relator destacou que não era de dar satisfações quando achava não haver necessidade, frisando que o Supremo não deve satisfação alguma. Referiu que a imprensa e o público em geral acompanharam a condução transparente do processo, destacou que praticou nesse processo “atos muito generosos” na perspectiva do devido processo legal. Citando exemplos de dilações de prazos e renovações de intimações para as defesas. E destaca, para o Presidente Ministro Ayres Britto: “*Eu gostaria que Vossa Excelência tivesse esses fatos como testemunho dessa espécie de prestação de contas que Vossa Excelência está fazendo, de que, ao contrário do que alguns irresponsáveis andaram escrevendo na mídia, especialmente o que um ex-juiz irresponsável, que hoje é comerciante, escreveu, num grande jornal, que eu teria conduzido este processo de maneira secreta e de forma autoritária. Então, eu*

---

<sup>1154</sup> HARTMANN, Ivar A. Artigo publicado no Blog de Ancelmo Gois em 09 de setembro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 25.

*estou trazendo estes fatos.*” Os Ministros manifestaram apoio e elogiaram a atuação do Relator.<sup>1155</sup>

Em resposta a imprensa, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu-se de críticas que recebera em relação a pena imposta ao Réu Marcos Valério, justificando o montante aplicado após ler uma matéria em uma determinada revista.<sup>1156</sup> No entanto, o aspecto midiático, também fora usado em sentido inverso, ou seja, a partir da repercussão na mídia de uma entrevista de um delegado de polícia, o Ministro Ricardo Lewandowski antecipou seu voto de absolvição em relação a Acusada Geizi Dias, referindo que: *“Eu recorro - embora não vá fazer uso desta assertiva - que, alguns dias atrás, o delegado Zampronha, da Polícia Federal, em entrevista amplamente divulgada em vários jornais de grande porte e de ampla circulação no país - e esse delegado presidiu o inquérito que deu origem à Ação Penal 470 -, de uma maneira até um tanto quanto surpreendente, asseverou que esta ré, que era uma funcionária subalterna da agência de publicidade SMP&B, não teria qualquer ciência dos fatos delituosos que lhe foram imputados na denúncia. Isso foi o delegado quem disse, mas eu, nos meus votos, não levarei em consideração nada que não esteja abrigado no conjunto probatório que consta dos autos.”*<sup>1157</sup> Se percebe que, em que pese, justifique que tais elementos não estão constantes do seu voto, inegável o valor que fora dado por essa informação, do contrário não haveria razão para que o Revisor fizesse essa menção e entregasse cópias disso aos Ministros do Supremo. Nesse ponto, o Relator Joaquim Barbosa, pediu a palavra e questionou: *“Ministro-Revisor, veja Vossa Excelência como as coisas são bizarras no nosso país. Um delegado preside um inquérito, quando esse inquérito, que já se transformou em ação penal, está às vésperas de ser julgado, o delegado vai à imprensa e diz que Fulano de Tal não deveria ter sido denunciado, Sicrano deveria ter ficado de*

---

<sup>1155</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Min. Joaquim Barbosa. Pág: 2914 – 2915.

<sup>1156</sup> O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Senhor Presidente, todos sabem, estive uma semana fora do país. Para minha surpresa, eu li, numa publicação nada confiável, uma crítica acerba às fixações de pena que eu tenho proposto ao Plenário, e comparava-se essa fixação de pena de quarenta anos, que a mídia brasileira tanto explorou, ao Marcos Valério, à situação de uma ré jovem de São Paulo que assassinara o próprio pai. Então, dizia-se: "Olha o absurdo! Essa moça matou o pai, foi penalizada em vinte e nove anos. O Marcos Valério, que não matou ninguém, está sendo punido em quarenta anos". Ora, o que se esquece é que ele cometeu oito crimes, vários desses crimes desdobrados em dezenas de atos, de infrações, que, se fossem somadas, chegariam a trezentos anos. Mas, em razão da mitigação trazida pelo artigo 71 da continuidade delitiva, fica em patamar muito inferior, bastante razoável, pouco acima do mínimo legal, como acaba de dizer o Ministro Fux. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Min. Joaquim Barbosa. P: 7073

<sup>1157</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Min. Ricardo Lewandowski. P: 3047.

*fora. Isso é um absurdo. Em qualquer país decentemente organizado, um delegado desses estaria, no mínimo, suspenso.*”<sup>1158</sup>

Pode se pensar, em um primeiro momento que o uso de informação da mídia para absolver viria a contrariar muito do que se pretende demonstrar nessa pesquisa. Mas, muito antes pelo contrário, tal elemento apenas reforça o que se está a demonstrar. Primeiro, porque se trata de uma entrevista de um delegado de polícia e não de uma manifestação jornalística ou opinião de editoriais ou de leitores. Num segundo momento, o recebimento da informação que poderia absolver ou, no mínimo, questionar elementos da acusação não fora bem recebido por alguns Ministros e, ainda, houve incômodo por parte do Relator pela postura do Delegado ter ido à imprensa, o que não se verificou em tantas outras exposições e manifestações dos próprios Ministros. Nesse aspecto, o Ministro Gilmar Mendes, destacou: *“também já li um pouco os autos. Aqui acho que há argumentos suficientes para discutir a questão nos autos, sem necessidade de se invocar testemunho dado em jornais. De fato é uma atitude um tanto quanto heterodoxa, nós que falamos tanto em julgamento com base em provas dos autos, nos valermos agora de entrevistas que de fato são inadequadas.*”<sup>1159</sup>

Evidenciando isso, ou seja, a influência midiática e o uso destes elementos na convicção dos julgadores, o Ministro Marco Aurélio, destaca uma reportagem da revista *IstoÉ*, acerca da mesma Acusada Geiza Dias, referindo que a revista mencionada escancararia justamente o contrário daquilo que fora referido pelo delegado e com base nesses elementos afirma: *“Já disse uma vez: aos 66 anos, não posso acreditar em Papai Noel. Minha experiência de vida é conducente a votar reconhecendo configurada a prática do delito de lavagem de dinheiro.*”<sup>1160</sup>

---

<sup>1158</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Min. Joaquim Barbosa. P: 3125

<sup>1159</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Min. Gilmar Mendes. P: 3126

<sup>1160</sup> Presidente, não posso fugir a esses dados. Articulou-se que um delegado que participara do inquérito deu entrevista cogitando da injustiça que seria imputar-se a lavagem a Geiza, mas há noticiário para todos os gostos. A Isto é, desta semana, escancara justamente o contrário e publica cópias desses memorandos, revelando envolvimento que, para mim, salta aos olhos: é o envolvimento maior da senhora Geiza Dias – se não me falha a memória, é o patronímico "Dias". A absolver Geiza, devemos absolver a todos, porque, então, a lavagem teria ficado no campo da simples cogitação dos autores intelectuais. Absolver Geiza é olvidar, é colocar em segundo plano esses elementos probatórios que escancaram a culpabilidade. Seria uma pessoa leiga? Não. Uma pessoa que deve ter qualificação para o cargo de assistente financeira que ocupava. E uma pessoa que, estando no âmbito da agência, conhecia muito bem as condições econômico-financeiras da agência e não poderia partir do pressuposto de que essas quantias vultosas, entregues a terceiros, sem relação jurídica com a agência, seriam legítimas. Já disse uma vez: aos 66 anos, não posso acreditar em Papai Noel. Minha experiência de vida é conducente a votar reconhecendo configurada a prática do delito de lavagem de dinheiro. E há o artigo, mencionado várias vezes na longa inicial do Ministério Público, que remete a uma fase posterior: o artigo 29 do Código Penal. Apenas para meu conforto, para não imaginar que estou elucubrando, claudicando na arte de proceder e julgar, leio o preceito: Ação penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Marco Aurélio. P: 3365

Em outro ponto de seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski que questiona a abrangência do “mensalão”, no sentido de não verificar em alguns casos comprovações de que os valores eram destinados à compra de votos, se vale de uma entrevista concedida pelo Ex-Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, concedida ao jornal *O Globo*, na data de 30 de julho de 2012, na qual o entrevistado refere não haver *crime de mensalão*, existindo sim a corrupção ativa, passiva, o peculato. Mas o próprio entrevistado refere que nem sempre as propinas estariam vinculadas à compras de votos.<sup>1161</sup>

Os debates entre Ministros foram inúmeros, na maioria das vezes protagonizados pelo Ministro Relator, antagonizando com alguém que divergia de seu ponto de vista. Ou com o Ministro Revisor, que tinha suas decisões seguidamente questionadas por seus pares. Marca comum, também, era o debate acerca de decisões absolutórias que recebiam muito mais resistências e questionamentos. A exemplo disso, um debate quando do voto do Ministro Ricardo Lewandoswki, no sentido de absolver alguns réus do crime de corrupção passiva. Quando fora questionado, primeiro pelo Ministro Gilmar Mendes, se não haveria contradição em seu voto. O Revisor esclareceu que, decidira, no sentido da não obrigação de ato de ofício para a condenação do crime de corrupção, bastando a obtenção da vantagem, por isso havia condenado alguns réus e outros não.<sup>1162</sup> Entretanto, o Ministro Celso de Mello, ingressou no debate, também

---

<sup>1161</sup> Convém trazer à baila, neste ponto, elucidativo trecho da entrevista que o eminente ex-Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, subscritor da presente denúncia, com a honestidade intelectual que lhe é peculiar, concedeu ao jornal *O Globo*, em 30 de julho próximo passado, ou seja, três dias antes do início deste julgamento, na qual – ele mesmo – relativiza a abrangência que alguns conferiram à expressão “mensalão”, colocando em dúvida também que tenha havido uma sistemática compra de votos de parlamentares para que aprovassem projetos de lei de interesse do Governo de então. Confira-se: “*O Globo*: Parte da defesa alega que o mensalão é uma ficção. Ex-PGR: Não existe o crime mensalão; existe corrupção ativa, passiva, peculato... Com relação a esses crimes, os elementos são fortes o suficiente para uma denúncia, que foi feita, e depois as provas reforçam isso. (A palavra) mensalão gera isso. Um dos réus alegou que não iria receber dinheiro para votar a favor de seu próprio partido. E, em determinados partidos, não há nada indicando que teriam recebido (dinheiro) em razão disso (apoio no Congresso). *O Globo*: A propina não necessariamente estava atrelada às votações no Congresso? Ex-PGR: Não. Ficou essa ideia na imprensa e na CPI. Em função disso, se identificou a realização de crimes que têm uma relação entre todos eles. A denúncia foi mais abrangente especialmente para fazer esse tecido que formava um contexto único”. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Ricardo Lewandowski. P: 4941.

<sup>1162</sup> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Lewandowski, Vossa Excelência me permite uma brevíssima consideração? Vossa Excelência, no seu voto – tenho aqui até a tabela – condena alguns deputados por corrupção passiva, entendendo que houve repasse de recursos para a prática de algum ato, aparentemente o ato de apoio ou de participação. Também Vossa Excelência, no seu voto, condena Delúbio Soares como corruptor ativo. Não parece que está havendo uma contradição nessa manifestação de Vossa Excelência? O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Eu tenho impressão que Vossa Excelência não ouviu, então, claramente o que eu disse nas minhas manifestações anteriores. Eu disse que estava seguindo orientação deste egrégio Plenário no sentido de dizer que basta a oferta ou a recepção da vantagem indevida por alguém que ocupe um cargo público para que fique configurado o crime de corrupção passiva. Não é necessário identificar o ato de ofício. O SENHOR MINISTRO GILMAR

questionando o Revisor: “*Se Vossa Excelência me permite, mas o Ministério Público apontou, de modo específico, na peça acusatória, esses atos referentes, de um lado, à reforma tributária, de outro lado, à reforma previdenciária.*” Ao que fora rebatido pelo Ministro Lewandowski: “*Ministro Celso de Mello, o fato de o Ministério Público apontar não me impressiona. É preciso provar. Para mim não provou.*”<sup>1163</sup> Posteriormente, o Ministro Marcou Aurélio entra no debate, ao que é respondido pelo Ministro Lewandoswki, em referência a fala anterior do Ministro Marcou Aurélio que ele não acreditava em *papai noel*, mas que esperava provas das alegações trazidas pelo Ministério Público, sem as quais não iria proferir um juízo condenatório.<sup>1164</sup>

Obviamente que tal discussão, repercutiu na imprensa, a partir desse debate polarizado e, certamente, em um tom sarcástico em face das decisões do Ministro Relator. Em artigo publicado no jornal *O Globo* do dia 06 de outubro de 2012, o jornalista Ivar Hartmann refere que o Ministro Lewandowski havia confundido a todos em seu voto sobre José Dirceu. *O revisor disse que a acusação não podia levar em conta o testemunho de um corrêu – Roberto Jefferson. Mas depois usou os depoimentos dos corrêus Delúbio Soares e Marcos Valério para sustentar a versão dos fatos dada por José Dirceu.* O Autor do texto ainda questiona o uso da entrevista do ex-Procurador-Geral da República como elemento de fundamentação do voto do Revisor, que dizia só olhar para as provas do processo. E finaliza o texto, que elogia os questionamentos do Ministro Gilmar Mendes: “*Maior surpresa ainda causou o revisor ao sustentar que acreditava ser possível a*

---

MENDES - Ainda não se pronunciou sobre isso. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Então, eu interpretei assim. Como é que o Plenário se pronunciou, então, Ministro Gilmar Mendes? Diga-me, por favor? Eu quero ficar esclarecido. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Nós dissemos que havia ato de ofício, e isso, por maioria. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Qual era o ato de ofício? O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O ato de votar, o ato de apoio político, o ato de participar das comissões. Isso foi dito claramente. E por diversas vozes. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Eu digo que esses atos de ofício estavam dentro da esfera de atribuições do servidor público, lato sensu, parlamentar. É por isso que os condenei, como condenei aqui alguns deles por corrupção ativa. Não há nenhuma contradição no meu voto, data venia, nenhuma. Só que eu não identifico, porque eu acho que não há necessidade de identificar, o ato de ofício segundo decidiu a Corte. Podem ter sido vários, potenciais. Esse é o meu voto. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág: 4964/4965.

<sup>1163</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág: 4965

<sup>1164</sup> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência imagina que um tesoureiro de partido político teria essa autonomia? O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não estou afirmando isso. Eu, contrariamente ao que foi afirmado, não acredito em Papai Noel. Eu disse, inclusive, no início do meu voto, que é possível que eles tenham operado a mando de alguém, mas esse alguém precisa ser identificado. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não estaria denunciado no processo? O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não, está denunciado. Mas eu quero provas. Se Vossa Excelência tiver provas, ótimo. Eu não estou encontrando provas, espero que Vossa Excelência encontre; espero que esse País fique saneado, como todos nós queremos que fique. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. P: 4967

*existência de um mentor do esquema, somente para então afirmar que as provas não o tinham convencido disso. Ou as provas convencem, ou não convencem. Para espanto dos demais ministros, ele baseou-se nos testemunhos de Valério, Delúbio e outros petistas para afirmar que as provas são de que não havia ninguém acima de Delúbio. Deixou o mensalão órfão de um mentor.*"<sup>1165</sup>

Em outro momento do julgamento, o Ministro Relator debate com o Ministro Dias Toffoli a partir de um voto absolutório deste, tendo o Ministro Dias Toffoli arguido que não localizara uma prova da participação do Acusado Rogério Tolentino, ao que o Ministro Joaquim Barbosa passou a realizar um debate, justificando os elementos que o levaram a condenar, em uma postura de não aceitação de votos divergentes que marcaram tanto a sua atuação no caso e, certamente, contribuíram para a construção de sua heroicização no imaginário social.<sup>1166</sup>

---

<sup>1165</sup> HARTMANN, Ivar. Artigo publicado no Jornal O Globo em 06 de outubro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 190.

<sup>1166</sup> O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Presidente, o Ministro Toffoli já votou, mas faço questão de fazer um esclarecimento. Sua Excelência absolve Tolentino, dizendo o seguinte: A acusação não logrou provar que ele tenha participado dos empréstimos da empresa SMP&B. Não foi isso o que eu disse em meu voto e não é isso que consta dos laudos. O que aconteceu? Por que eu condeno o Tolentino? Condeno Tolentino porque ele se associou - ele era, sim, advogado da empresa -, em um certo momento, ao Marcos Valério, na tentativa de dissimular toda essa massa, esse volume de dinheiro. O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Foi essa prova da participação dele que eu não identifiquei. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Sim. Mas como ele fez? Ele fez através do empréstimo. Marcos Valério pediu a ele para fazer um empréstimo de dez milhões e ele fez esse empréstimo. Indagado, Marcos Valério disse o quê? Que todos esses dez milhões foram passados para a 2S Participações, que é uma das empresas de Marcos Valério. O laudo vem e desmente. O laudo diz o contrário: Não! Não. Olha aqui, eu tenho aqui e disse no meu voto: O mútuo foi registrado na contabilidade da Empresa Rogério Lanza Tolentino & Associados como empréstimos à 2S Participações, empresa essa que possui, em seu quadro societário, Marcos Valério. Os extratos bancários da Rogério Lanza demonstram que os recursos dos empréstimos foram, no mesmo dia, liberados e destinados para a Bônus-Banval, uma parcela expressiva. O que é Bônus-Banval? Uma das operadoras, um dos mecanismos de repasse de dinheiro. Então, ele participou. Evidentemente! Então, nada a ver com o fato de não ter sido provada a utilização da SMP&B. Não! É outro mecanismo! Foi um outro mecanismo do qual ele participou ativamente! Ativamente! Era esse esclarecimento que eu gostaria de prestar. O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: A denúncia, quando imputa a ele, eu citei entre aspas. Ainda fiz a minha leitura, dizendo "leio entre aspas". E olhei para o nobre e eminente Procurador-Geral da República no momento de fazer a leitura, até porque Sua Excelência poderia fazer um esclarecimento de matéria de fato se eu estivesse narrando de maneira inverídica o que se contém na denúncia. Eu disse: "leio entre aspas", e olhei para Sua Excelência. Na denúncia, diz-se que a lavagem é oriunda da participação dele na SMP&B. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não, Ministro. O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: É o que está na denúncia! O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não, na denúncia, está lá. A denúncia, numa parte final, diz o seguinte: foram utilizados, para distribuição de recursos, não sei quantos milhões de empréstimos da SMP&B, mais doze milhões de não sei o quê. Vai lá: empréstimo do BMG a Rogério Lanza Tolentino. O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Em relação a esses fatos, o que a denúncia pede? A condenação por quadrilha, e não por lavagem. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Quadrilha, exatamente. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Totalizando cinquenta e cinco milhões. Está muito claro! O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Vamos ouvir o Ministro Lewandowski, que pede a palavra. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - O meu ponto de vista coincide exatamente com o ponto de vista do eminente Ministro Dias Toffoli, e foi

As rusgas entre Relator e Revisor foram inúmeras o que justificou o protagonismo antagônico de ambos e o uso disso pela grande mídia. Diversos foram os pontos de discordância entre estes e os debates que os colocavam quase que como partes do processo e não como julgadores em um órgão colegiado. Em um determinado momento o Ministro Relator trazia à tona relevantes detalhes, que foram rechaçados pelo Ministro Revisor. Sustentou o Ministro Lewandowski que trazia um fato relevante, que mostraria que o dinheiro advindo do referido esquema teria se destinado ao financiamento de campanhas e aos débitos resultantes dos embates eleitorais. Ao que o Ministro Joaquim Barbosa sustentou *ser uma versão unilateral* e o Ministro Lewandowski referiu que não poderia ser ignorada pois havia sido apresentada na delegacia e confirmada em juízo, mas o ponto fora desprezado pelo Ministro Revisor, em uma prática, um tanto quanto corriqueira, a partir da busca pela ressonância cognitiva de desprezar informações que pudessem levar a questionamentos sobre decisões já tomadas.<sup>1167</sup>

Em outro ponto do julgamento, o Ministro Relator questionou se o Ministro Revisor havia lido um depoimento, ao que fora respondido afirmativamente. No decorrer do debate, após intervenção do Presidente, o Ministro Relator disse que não poderia se

---

isso que eu disse também. Para mim, de forma muito clara, a imputação de lavagem de dinheiro consta do item IV da denúncia. Ela é muito clara e restringe-se apenas aos fatos ligado à SMP&B e ao mecanismo de lavagem de dinheiro, feito por intermédio do Banco Rural. E aí, também como Sua Excelência, o Ministro Dias Toffoli, eu entendi que o fato do Ministério Público ter-se referido a reuniões, viagens em que Marcos Valério teria sido visto junto com Rogério Tolentino, até porque esse era advogado do primeiro, isso não prova nenhuma relação, no que tange ao crime de lavagem de dinheiro, imputado ao Marcos Valério, à SMP&B, ao Banco Rural nesse item IV. Agora, eu entendo também - e, claro, confirmo o que Sua Excelência, o Relator, está dizendo: há referências, sim, a esse empréstimo de dez milhões, mas em outro item. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Mas qual? O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - No item que diz respeito à quadrilha. Então, essa associação, quando diz respeito à quadrilha, parece-me que é possível que seja ainda discutida. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág: 3348 – 3350.

<sup>1167</sup> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Por que eu trago esse fato à colação, Senhor Presidente? Para mostrar como o Processo Penal é rico em detalhes, é cheio de vida e mostra que esse dinheiro advindo do esquema dito ilícito não se destinou apenas ao financiamento de contas de campanha, ao pagamento de débitos resultantes dos embates eleitorais e nem a uma suposta compra de votos, mas se prestou inclusive a amparar uma ex-namorada, que é uma relação perfeitamente lícita e compreensível, a qual não se faz nenhuma crítica, mas que está nos autos. Vejam Vossas Excelências como a realidade é rica, muito mais rica do que muitas vezes pretendem os juristas e os próprios elaboradores dos códigos legais. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Essa é a versão unilateral, Ministro. Nós nunca vamos saber qual é a verdade. Uma versão como outra qualquer. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não, mas foi confirmada na polícia, em juízo. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Mas é uma versão como outra qualquer. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Tudo bem. Então não vamos dar credibilidade a essa versão? Foi feita na polícia e confirmada em juízo, o que eu faço? Rasgo, então? O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não. O que me interessa disso aí tudo - o que me interessou - é a utilização desse dinheiro da corrupção para um fim concreto, pessoal, privado. Só isso. Saber da Patrícia, isso não interessa a nós. A história privada aí não tem nenhum interesse. Aliás, se a Patrícia tivesse, provavelmente, um nível social mais elevado, o nome dela sequer seria mencionado aqui. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. P: 3987.

fazer *vista grossa* às provas do processo. O Ministro Revisor sentiu-se ofendido, defendeu-se, disse não poder admitir que o acusassem dessa maneira. O Ministro Ayres Britto, Presidente, reforçou que não havia *vista grossa* por parte de nenhum dos 11 ministros. Outros Ministros ingressaram na discussão, alertando que estavam em um julgamento colegiado e que a postura do Relator de não aceitar entendimento conflitante não era a adequada, conforme advertência do Ministro Celso de Mello e o Ministro Marco Aurélio lamentou a agressividade da postura do Ministro Joaquim Barbosa. A discussão prosseguiu, com o Relator afirmando que para prestar contas à sociedade e ajudar os jornalistas, distribuía o voto com antecedência, determinando que o Revisor fizesse o mesmo, ao que fora respondido que o Relator não deveria lhe dizer o que fazer. Enfim, ânimos exaltados, palavras que não habitam aquele local, tudo ao gosto do grande público. Encerrando, o debate quando o Ministro Joaquim Barbosa disse que a atuação do Ministro Lewandowski não estava sendo a de revisar os autos, mas que estaria medindo o tamanho do voto para replicar um voto revisor do mesmo tamanho, o que seria *ridículo*.<sup>1168</sup>

---

<sup>1168</sup> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Ministro, se Vossa Excelência não admite a controvérsia, Vossa Excelência deveria propor à Comissão de Redação do Supremo Tribunal Federal que abolisse a figura do Revisor. Para que o Revisor? Vossa Excelência quer que eu coincida em todos os seus pontos de vista? Não é possível isso. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Apenas quero dizer que, no meu ponto de vista, os fatos não são as normas. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Estou lembrando a Vossa Excelência que há... O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não, mas Vossa Excelência não precisa me lembrar de nada. Eu li os autos várias vezes. (...) O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Sim, mas eu acho que nós, como Ministros do Supremo, não podemos fazer *vista grossa* a respeito do que consta dos autos. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, Ministro, ninguém faz *vista grossa*. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não estou acusando, estou dizendo que nós não podemos. Se algo consta dos autos... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, somos onze juízes. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Somos analistas de fatos. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ninguém faz *vista grossa* neste Plenário. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Olha, li um voto de trezentas e não sei quantas páginas. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu até diria que somos analistas de... O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - É evidente que nem todos... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, Ministro, aguarde. Vossa Excelência deve aguardar a manifestação dos Colegas. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - O que é isso, Ministro? É simplesmente que o Colega está desmentindo abertamente o que consta do meu voto. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Somos analistas de fatos, psicanalistas de normas. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não aceitar certas manifestações, isso não compõe a ideia que temos de colegiado. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Está bem, Ministro, eu quis apenas fazer uma observação pontual, mais nada. Só isso. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, mas Vossa Excelência perguntou ao revisor se não leu certo depoimento. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não, Ministro, Vossa Excelência está dizendo, com todas as letras, que estou fazendo *vista grossa* com relação à prova autos. Eu tenho a impressão - ou quero crer - que eu demonstrei o cuidado que tive na leitura desses autos. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não. Vossa Excelência disse que estava em dúvida em relação ao papel de um determinado réu. Mas disse que esse réu participava de tudo, de todas as operações. Ora, isso vem de encontro ao que eu disse que... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É uma visão. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - É uma visão,

---

Excelência. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - É visão não, Ministro. Sejamos mais... O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Não, Excelência, se o Ministro Lewandowski estivesse negando a realidade, negando a ocorrência do fato, e Vossa Excelência estivesse afirmando, aí, sim, o confronto seria grave. Mas Sua Excelência o Ministro Lewandowski... O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Está contornando-a. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não. Não está contornando, Excelência. Cuidado com as palavras, Excelência. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu respondo pelas minhas palavras, Ministro Marco Aurélio. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Ministro, mas Vossa Excelência está num colegiado de alto nível e precisa... O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Leia, Ministro, o meu voto. Está aqui. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eu li. Tenho o voto de Vossa Excelência sublinhado. Está aqui, olhe. Está todo sublinhado com caneta vermelha. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu não gosto de hipocrisia, Ministro. Eu não gosto de hipocrisia, sabe? Não gosto. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Mas ninguém gosta, Excelência. Não é exclusividade de Vossa Excelência não incidir... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Li o seu voto. Agora, vamos respeitar os Colegas. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu respeito. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não. Não está respeitando a instituição. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Fazer uma observação ao revisor, que tem o papel de revisar o meu trabalho, não me parece que seja uma ofensa fazer uma simples observação. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É a agressividade, Ministro. A agressividade não tem lugar neste Plenário. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - O Revisor está analisando ao modo dele os fatos. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Eventual contraposição dialética em torno da interpretação de fatos ou de normas jurídicas faz parte do próprio discurso jurídico, revelando-se inerente à natureza do processo judicial. Como aqui ressaltado, o princípio da colegialidade acolhe esses dissensos, que são naturais ao processo judicial. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - São naturais. Se o Revisor faz colocações que vão inteiramente de encontro ao que o Relator disse, não tem o Relator o direito de, pontualmente, chamar a sua atenção para - e foi o que eu fiz - três depoimentos ou três documentos capitais do processo. Só isso. O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não questiono essa prerrogativa processual. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Mas Vossa Excelência não esperou eu terminar o meu voto. Vossa Excelência nem sabe se eu examinei ou não. É a ótica que vale, é a perspectiva. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu estou simplesmente alertando Vossa Excelência. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Vossa Excelência sabe que outro dia jornalistas, perguntando-me acerca dessa nossa divergência, Ministro, permitiram que eu respondesse que, às vezes, os jornalistas presenciavam o mesmo fato, voltam para as redações, escrevem reportagens diametralmente opostas, exatamente na linha do que diz aqui no nosso Presidente. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Ministro, para ajudar os jornalistas, para prestar contas à sociedade, eu distribuo o meu voto. Seria bom que Vossa Excelência fizesse o mesmo. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Ao final, eu farei, segundo a obrigação regimental que tenho. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Então faça. Faça ao longo da... É interesse público, Ministro. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não será Vossa Excelência que me dirá o que fazer, Ministro. Vossa Excelência não dirá a mim o que eu tenho que fazer. Vossa Excelência já proferiu o seu voto, eu proferirei o meu, cumprirei o meu dever como entendo que deve ser cumprido. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Faça-o corretamente, por favor. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - E, por favor, não me dê conselhos. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Todos estamos atuando de forma correta, Ministro. Policie a sua linguagem! Não há campo para Vossa Excelência ficar agredindo os Colegas. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu estou usando muito bem o vernáculo, Ministro. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não no nível de Supremo Tribunal Federal. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Só que eu o uso sem hipocrisia, só isso. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Ministro Joaquim Barbosa, os fatos comportam leituras. E o Ministro Ricardo Lewandowski está fazendo uma leitura dos fatos. É um direito dele. Vossa Excelência prossegue com o seu voto, Ministro Ricardo Lewandowski. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Quer dizer que o Ministro-Relator não pode intervir? O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Pode, Ministro. Pode e deve intervir, mas em termos. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Em termos! Ministro Marco Aurélio, por favor! O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Senhor Presidente, Vossa Excelência é testemunha de que eu tenho procurado divergir com a maior cortesia possível do eminente Relator e sempre apoiado em fatos e mais fatos. Eu não divirjo pelo simples prazer de divergir, eu divirjo porque vejo as coisas, muitas vezes,

Em outro momento importante de debates polarizados entre o Ministro Relator e o Ministro Revisor, estes chegaram a se acusarem de forma recíproca, de estarem exercendo os papéis das partes. A discussão iniciou quando o Ministro Joaquim Barbosa, novamente demonstrando o quanto a mídia se apresentava como um importante elemento influenciador de suas decisões, comenta uma reportagem de uma revista norte americana, que chamava o sistema brasileiro de *risível*, ao que o Relator concordou por conta da pena de 03 anos que seria aplicada a um *homem que fez o que fez nas engrenagens do Estado Brasileiro*. Nesse momento, o Revisor questionou se o Revisor não estaria considerando o somatório das penas, que seria cumprido pelo réu. Pois, o somatório das penas passaria de duas décadas. O que seria um montante extremamente alto na visão do Ministro Lewandowski. Quando então, o Ministro Relator afirmou: *O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Ministro, data venia, Vossa Excelência está sofismando, porque as penas se somam... O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Vossa Excelência advoga para ele? O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Então faça os seus cálculos, Ministro. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Advoga o quê? E Vossa Excelência faz parte da Promotoria, do Ministério Público? O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Eu estou fazendo apenas um comentário jocoso. Só isso, mais nada.* O presidente, Ministro Ayres Britto interveio e encerrou a discussão. Entretanto, ali se percebia, novamente, uma polarização, agora com acusações graves de que um Ministro, o Revisor, estaria advogando para os réus, enquanto o outro, Relator, estaria fazendo parte da Acusação. Mas, o que se extrai desse ponto, fora as críticas feitas pelo Ministro Relator ao sistema de justiça brasileiro, considerado muito leniente,

---

sob uma ótica diferente. E creio até que convergimos muito mais vezes do que divergimos. Essa é a realidade. Agora, como Revisor, estou cumprindo o meu papel de rever os autos. Quem dirá, afinal, se eu estou ou não com a verdade, ou parte da verdade, será o egrégio Plenário. *O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Rever os autos é uma coisa, Ministro. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Vossa Excelência precisa ser mais claro. Vossa Excelência está dizendo que eu estou fazendo uma leitura deliberadamente equivocada dos autos ou que eu quero induzir a erro os meus Pares? É isso que Vossa Excelência quer dizer? Diga explicitamente. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Não, não é isso. O que eu quero dizer é que é absolutamente heterodoxo um Ministro ficar medindo o tamanho do voto do Relator para replicar um voto de Revisor do mesmo tamanho. É cansativo, é ridículo. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Ministro, eu estou estupefacto, perplexo com essa afirmação. Nem entendo o que Vossa Excelência está dizendo, data venia. O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Mas é isso o que está acontecendo. Leva a esse tipo de confusão, é evidente. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Ministro Ricardo Lewandowski, prossiga no seu voto, Excelência. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág. 3993/4000.*

referindo a penas baixas e deixando de explicar que o Acusado cumpriria a pena total a ser fixada considerando todos os crimes.<sup>1169</sup>

A utilização de frases de efeito, de discursos eivados dos jargões populistas foram marcas visíveis em manifestações do Ministro Joaquim Barbosa, quando, por exemplo, na aplicação da pena, referiu, se dirigindo ao Revisor que: “*Vossa Excelência está transformando o réu em anjo*”. Ao que o Ministro Lewandowski respondeu: “*Ministro, não crie frases de efeito, porque isso é inadmissível numa Suprema Corte, Ministro. Vossa Excelência está criando frases de efeito! Nós estamos num julgamento sério, em que a liberdade das pessoas está em jogo. Eu não vou admitir mais que Vossa Excelência faça frases de efeito em detrimento da minha pessoa, não, por favor.*” E, concluiu, acusando o Ministro Relator de fazer argumentos buscando apoio midiático: - “*Vossa Excelência saia daqui do plenário e vá diante das câmeras e dê então as suas declarações.*”<sup>1170</sup>

Em outras oportunidades, o Ministro Relator interrompe o voto do Revisor, insinuando que este deveria votar de maneira *sóbria* e não ficar avaliando todos os detalhes, que representavam argumentos trazidos pela defesa.<sup>1171</sup> O Revisor estava, portanto, rotulado como o anti-herói. O vilão daquele espetáculo. Iniciava o julgamento já no aguardo de uma discussão envolvendo os Ministros. A mídia repercutia as intervenções do Relator e os debates entre estes, algo que não era adequado a um julgamento colegiado, no qual cada um dos julgadores tem a liberdade para proferir seu voto. O Ministro Lewandowski desconhecia as engrenagens da imprensa, esperava ser julgado pelo conjunto da obra e referia: “*Algumas pessoas acham que vão continuar eternamente na ribalta, ignoram que a fama é fugaz.*”<sup>1172</sup>

---

<sup>1169</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág. 6771/6774.

<sup>1170</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág. 7018.

<sup>1171</sup> O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Vamos parar com essas... O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Mas como? Parar o quê? De examinar... O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Intrigas. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Vossa Excelência quer que eu pare de examinar os argumentos da defesa, é isso? O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Faça o seu voto de maneira sóbria. É só isso. O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Bem, Vossa Excelência prossegue com a palavra, Ministro Ricardo Lewandowski. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Não, Senhor Presidente, data venia, o eminente Relator está dizendo que o meu voto não é sóbrio. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág. 3131.

<sup>1172</sup> Lewandowski não estava preparado para viver num Supremo devassado pela opinião pública e que exigiria dele um rompimento com o governo Lula e a ideologia que representava, ruptura a que ele não estava disposto, mas que o cargo obrigava. Em seu desconhecimento das engrenagens da imprensa, esperava que fosse julgado pelo conjunto da obra, quando ele mesmo sabia que, no tribunal, os ministros viviam um constante movimento pendular: num dia, elogiados, noutro, criticados. “*Algumas pessoas acham que vão continuar eternamente na ribalta, ignoram que a fama é fugaz.*”, dizia. *In RECONDO*, Felipe e

Mas, as discussões do Ministro Joaquim Barbosa, não tinham como foco apenas, o Revisor, elas se deram em diversos pontos do julgamento, sempre que algum dos Ministros mostrava discordância com seus votos. Exemplo disso se deu quando o Relator, interrompeu determinado voto do Ministro Marco Aurélio, que lhe disse: “*A Vossa Excelência apenas peço que cuide das palavras que venha a veicular quando eu estiver votando.*” Ao que o Relator referiu saber usar muito bem o vernáculo e fora respondido pelo Ministro Marco Aurélio que não o estava fazendo, pois ali era o Supremo Tribunal Federal, tendo o debate ainda descido mais de nível diante do riso do Ministro Relator, que fora repreendido: “*Eu já disse uma vez e vou repetir... Não sorria, não, que a coisa é muito séria, Ministro. Estamos no Supremo.*” Mas o Relator em rebate quase infantil referiu: “*Eu sorrio quando bem assim deliberar.*” Esse “bate-boca” ilustra uma postura que colocava o Ministro Relator quase que como debatedor de todos os demais Ministros. E nesse mesmo debate, tal fato fora referido pelo Ministro Marco Aurélio, que pediu que o Relator escutasse seu voto, quando este referiu que sabia aonde o Ministro queria chegar, o Ministro Marco Aurélio não gostou da insinuação e muito menos da tentativa, frequente, do Relator de se colocar acima dos demais, disparando: “*Não admito que Vossa Excelência suponha que todos, aqui neste Plenário, sejam salafrários e que só Vossa Excelência seja vestal.*” A resposta do Ministro Relator, fora mais um jogo, sempre, como um recado direto à mídia que acompanhava o julgamento: “*Vamos dar prosseguimento ao julgamento, porque é isso que a nação espera de nós.*”<sup>1173</sup> Ou seja, o Relator interrompeu o voto do Ministro Marco Aurélio e depois encerra a discussão dizendo que precisam julgar pois a nação espera isso.

Em outro momento, após a Ministra Rosa Weber abrir voto absolutório em relação a suposta lavagem de dinheiro envolvendo o Réu Duda Mendonça e outros, o Ministro Relator, explicando, novamente, seu voto referiu: “*Isso é lavagem, evidentemente! Desculpe-me quem pensar de outra maneira!*” A Ministra agradeceu as colocações, mas insistiu que não vislumbrou a prática do crime naquele contexto. Ao que o Ministro Joaquim Barbosa referiu: “*Não. Eu talvez peque um pouco pela ênfase. Mas é que o crime de lavagem de dinheiro é um delito de uma seriedade tão grande que eu acho que nós não podemos barateá-lo. Nós entendermos que qualquer empresa brasileira, qualquer cidadão brasileiro possa receber créditos lícitos no exterior através de empresa*

---

WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 180.

<sup>1173</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág. 6997 – 6999.

"offshore" é muito grave. Isso é muito grave.<sup>1174</sup> Se percebeu, novamente, uma inconformidade com entendimentos diversos, mormente, quando representavam desfechos absolutórios e uma necessidade de se colocar como alguém disposto a combater essa criminalidade com todas as forças. Em outro momento, em novo debate com o Ministro Revisor, o Relator frisou que eles possuíam lógicas diferentes, ao que o Ministro Lewandowski referiu seguir *a lógica da Constituição*, quando Joaquim Barbosa referiu, novamente, com jargões grandiloquentes: *A minha é também. E eu não barateio crime de corrupção.*<sup>1175</sup>

Como visto anteriormente, esses debates, com uso desses jargões pautavam a cobertura midiática e reverberavam nas manchetes e nas redes sociais. Pautando o julgamento de uma forma polarizada e que enxergava naquelas discussões todos os anseios populistas e toda a, costumeira, redução da complexidade. Reduzindo o debate aos ministros que *estavam a favor do povo e contra o povo*. Não há como negar o desconforto suportado por um Ministro ou um julgador em ver seu nome frequentemente enxovalhado em sessões de cartas de leitores, sua imagem tratada de forma pejorativa por *charges* e montagens realizadas nas redes sociais. Imaginar que alguém possa se apresentar imune a essas pressões é ignorar a essência humana das pessoas investidas no cargo e desprezar o fato de possuírem família e amigos, que, igualmente, sofrem as consequências dessa exposição. Portanto, ainda que de forma inconsciente, ou como um explicável *mecanismo de defesa* alguns Ministros evitavam o choque com o Relator, inclinando-se mais para as suas fundamentações de voto.

Nesse ponto, um debate importante se deu a respeito da prova a ser utilizado no caso em julgamento, se os *indícios* existentes bastariam para uma condenação. Uma passagem, no mínimo, polêmica do Ministro Luiz Fux, parecia relativizar a presunção de inocência ao permitir uma flexibilização do ônus probatório, ao referir: *“Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da “dúvida razoável” em “certeza absoluta”.*”<sup>1176</sup> Se percebe, nesse ponto, marca

---

<sup>1174</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág. 5552.

<sup>1175</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág. 6754.

<sup>1176</sup> MINISTRO LUIZ FUX - Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um peso em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem

daquilo que fora explorado em tópicos anteriores, no que tange às *expectativas probatórias*, na medida em que o encontro de respaldo na prova, a partir de análises que relativizem, inclusive, o ônus de provar pertencente à acusação.

O Ministro Dias Toffoli, em manifestação, divergiu do ponto que fora trazido pelo Ministro Fux: “*Senhor Presidente, com a devida vênia do Ministro Fux, a acusação - pelo menos no nosso sistema constitucional, desde 1988 - é que tem que fazer prova. Não vamos inverter isso, pois muita gente lutou para que tivéssemos essa garantia constitucional. A defesa não é obrigada a comprovar as suas versões. É a acusação que tem que comprovar e trazer provas sobre o seu libelo acusatório. Isso é das maiores garantias que a humanidade alcançou, e penso ser necessário que esse Supremo Tribunal Federal as resguarde.*” Mas destacou que não se tratava de uma afirmação em relação ao caso concreto, mas como uma premissa, rebatendo a premissa lançada pelo Ministro Fux.<sup>1177</sup>

O Ministro Cesar Peluso, endossou a fala do Ministro Fux, ao considerar a necessidade de que a defesa traga a prova do fato por ela alegado: “*Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.*”<sup>1178</sup> Em linha semelhante a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, que citou a doutrina de Frederico Marques e precedentes do STF, para sustentar que: “*Essa premissa, contudo, ao contrário do que se sustentou subliminarmente, não desobriga a defesa do ônus processual da prova. Como expresso na primeira parte do caput do art. 156 do CPP, “de um modo geral, o onus probandi é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que*

---

a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, no conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório. O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para “além da dúvida razoável” não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da “dúvida razoável” em “certeza absoluta”. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág.1503

<sup>1177</sup> Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág.1766.

<sup>1178</sup> MINISTRO CESAR PELUSO: Então, digo que, se por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado - cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário. Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág.2158.

*‘incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são a base da norma que lhes é favorável’*”.<sup>1179</sup>

Em linha, um pouco diversa, o Ministro Marco Aurélio rechaça a transposição de categorias próprias do processo civil para dentro do processo penal: *“Não podemos transportar para o processo criminal as noções próprias ao Processo Civil e ao Processo Civil Eleitoral e entender que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do Direito e ao réu a prova dos fatos extintivos e modificativos. Muito menos caminhar para a inversão, que é própria, repito, ao Processo Civil do Trabalho”*. Destacando que não cabe ao réu a produção de prova de sua defesa. No entanto, em relação aos elementos colhidos em sede de investigação preliminar refere que o inquérito não pode ser tratado como um mero penduricalho sentido, pois seus elementos podem ser valorados pelo julgador: *“Se, de um lado, é certo que não se pode chegar à condenação a partir das peças coligidas, de outro lado, não menos correto é que essas podem compor a formação de ideia sobre a procedência ou a improcedência da acusação”*. E destaca: *“Afirmo, Presidente, que indícios não merecem a apoteose maior, mas também não merecem a excomunhão. Não é dado alijar os indícios quando julgamos um processo-crime.”*<sup>1180</sup>

O Ministro Celso de Mello ecoa o entendimento trazido pelo Ministro Marco Aurélio, frisando que as condenações não podem se basear, unicamente, em elementos produzidos de modo unilateral, no curso de inquéritos policiais ou parlamentares, sob pena de ofensa ao contraditório. Mas, destaca que, conforme jurisprudência da Corte, os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento e desataca: *“Essa observação se faz necessária porque a questão da eficácia da prova penal, consideradas as prerrogativas e garantias que a ordem constitucional confere a qualquer acusado, está intimamente associada à própria ideia de Estado Democrático de Direito, que não admite condenações criminais apoiadas, unicamente, exclusivamente, em elementos de informação produzidos de modo inquisitivo no curso de procedimentos extrajudiciais.”*<sup>1181</sup> Se percebe, assim, a partir desse destaque dado pelo Ministro, a importância de e aproveitar o momento do julgamento, as discussões importantes que o caso suscitava e, principalmente, sua repercussão na mídia para fixar as bases a respeito do tema.

---

<sup>1179</sup> MINISTRO GILMAR MENDES - Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág.2298.

<sup>1180</sup> MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág.2415 – 2416.

<sup>1181</sup> MINISTRO CELSO DE MELLO - Ação Penal n. 470 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pág.2437

Foram, portanto, muitos os debates e muita a repercussão acerca do caso Mensalão e inúmeras as controvérsias suscitadas em todas as longas sessões de julgamento. Desde o recebimento da denúncia, onde, segundo o Ministro Lewandowski, *o supremo julgou com a faca no pescoço*<sup>1182</sup> até o julgamento de todos os réus, chegando a complexa discussão sobre a possibilidade ou não de recebimento dos recursos de embargos infringentes por parte dos Acusados que não tiveram condenações unânimes.

Sem adentrar nos detalhes técnicos envolvendo a previsão legal ou regimental dos recursos de embargos infringentes, a celeuma se dava no sentido de que o recurso que tem previsão legal para casos em que haja uma decisão não unânime desfavorável ao réu e visa encaminhar a discussão sobre o voto vencido e o voto vencedor a outros julgadores. Contudo, no caso do Mensalão, a decisão fora proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e, portanto, não haveria julgadores distintos para proferir o julgamento. De outro lado, ao não conceder a possibilidade de um recurso, o Supremo Tribunal Federal estaria negando aos Acusados a convencional garantia ao *duplo grau de jurisdição*. Entretanto, obviamente, que o debate técnico fora encoberto pela crítica reducionista de enxergar uma estratégia para *livrar os políticos corruptos*.

A discussão sobre os recursos postergou a vida do Caso Mensalão, mas havia um importante componente. Pelo regimento, os recursos não podem ser relatados pelo mesmo ministro que relatou o processo original. O sorteado foi o Ministro Luiz Fux. Então tido como garantista nos tempos em que esteve no Superior Tribunal de Justiça, tornara-se um punitivista no Supremo, acompanhando o Ministro Joaquim Barbosa em todos os seus votos.<sup>1183</sup>

O Ministro Luiz Fux, dava sinais de sensibilidade à pressão pública. Quando da decisão sobre a aplicação da Lei da Ficha Limpa, no ano de 2010, o Ministro decidiu por postergá-la para o ano de 2012, o que repercutiu na grande mídia. Uma manchete do jornal *O Globo*, destacava: “Novo Ministro surpreende e joga Ficha Limpa para 2012”. Na seção de cartas dos leitores, as ferrenhas críticas: “Foi para nós uma suprema desilusão ver o ministro Luiz Fux juntar-se à metade que defendeu com eloquência o direito dos bandidos, tornando assim ineficaz a manifestação do povo brasileiro. E, o pior, perder a

---

<sup>1182</sup> Em um restaurante em Brasília, o Ministro Lewandowski foi flagrado ao telefone em 2007, por uma aguda colunista da Folha de São Paulo, reclamando da imprensa, que, segundo ele, havia interferido no julgamento do mensalão. “A imprensa acuou o Supremo”, disse Lewandowski para um interlocutor. “Todo mundo votou com a faca no pescoço”. (in RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 65.)

<sup>1183</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 203.

esperança ao ver mais um “douto” desprezar a opinião pública.” Sobre o episódio o Ministro Fux teria contado: “*Eu sofri desprezo das pessoas que jogam vôlei onde eu vou à praia...(...) Quando eu fui aprovado no Supremo, eles pararam a rede, foram lá, me abraçaram e tal. Quando eu julguei o Ficha Limpa, passavam ali, nem cumprimentavam, iam direto. (...) Minha mãe me ligou chorando quando leu a carta aos leitores.*”<sup>1184</sup> Isso, por si só, pode explicar o posicionamento do Ministro durante o julgamento do Mensalão e em tantos outros debates e casos? Nunca haverá elementos suficientes para a construção empírica desta hipótese, mas não se pode negar os elementos que circundam estes fatos e colocam, de forma, inegável a atuação jurisdicional conduzida por supostas expectativas sociais como, extremamente, problemática.

A discussão que marcou o final do debate sobre o caso Mensalão, se deu, muito mais pela admissão ou não dos famigerados *embargos infringentes*, do que pela votação do mérito recursal. Quando do debate sobre a possibilidade de aceitação de um recurso, que retardaria a execução da pena e a finalização do caso, a mídia repercutiu, de forma implacável. Artigo publicado no site da revista *Veja*, em 18 de setembro de 2013, estampava o título: “*Vitória dos corruptos: mensaleiros podem se livrar da condenação por quadrilha – e da cadeia.*” Se, percebe, novamente, a simplificação populista ao tratar como *vitória dos corruptos*, todo debate técnico torna-se desimportante. O artigo segue referindo que a decisão: “*expôs a face mais perversa da Justiça brasileira: a infinidade de recursos que, a pretexto de garantir amplo direito à defesa, fazem a delícia dos criminosos e a fortuna dos criminalistas*”. Apostando na reprodução dos jargões que tanto deleite causam a opinião pública. E segue com amplo comentário sobre os votos dos Ministros, referindo que para Joaquim Barbosa: “*Admiti-los no caso do mensalão seria o mesmo que “eternizar” o julgamento.*” O Ministro Luiz Fux, novamente, acompanhou Joaquim Barbosa, comparando o fato o recurso no caso a uma “*revisão criminal dissimulada*”, por fazer com que o plenário “*se debruce sobre as mesmas provas e decida novamente sobre o mesmo caso*”. O artigo ainda destaca o voto da Ministra Carmen Lúcia, que entendeu que a admissibilidade daqueles recursos geraria uma situação de desigualdade se comparado ao procedimento em outras cortes, como o STJ. Mas o texto segue avaliando, em tom crítico e, por vezes, pejorativo, os votos favoráveis a admissão dos Embargos. O texto trata como *brecha* o arazoado do “*novato da Corte*”, Ministro Luis Roberto Barroso, que amparado na Lei de Introdução das

---

<sup>1184</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 73.

Normas do Direito Brasileiro, não havia revogação da norma que permitiria a oposição dos Embargos Infringentes. Rosa Weber, seguiu o voto do Ministro Barroso. Ao comentar o voto desempate do Ministro Celso de Mello<sup>1185</sup>, a matéria frisava que o Ministro: “*ao desempatar o julgamento nesta quarta-feira, iniciou seu voto com longas digressões garantistas, rejeitando a “pressão das multidões” e defendendo o direito ao recurso contra o “arbítrio” e a “opressão” – como se as acusações contra os mensaleiros tivessem partido de um estado tirânico ou como se os defensores dos réus não tivessem exercido à exaustão o direito à defesa, incluindo as mais variadas chicanas.*” Não bastasse toda essa visão deturpada do caso que, em momento algum, se presta a avaliar os fundamentos dos votos, a previsão exercida pelos jornalistas, já dá o tom da *pressão midiática* sobre o julgamento do recurso: “*Será, de fato, um novo julgamento, uma vez que a composição da corte mudou. Os votos dos ministros Ayres Britto e Cezar Peluso, nos casos que serão reavaliados, serão na prática descartados. Em seu lugar valerão as decisões de Barroso e Teori Zavascki. Os novatos são a grande esperança dos mensaleiros.*”<sup>1186</sup>

A pressão midiática que caiu sobre o Decano Celso de Mello foi enorme e não se limitou às matérias jornalísticas, em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, deu o recado, que repercutiu na mídia: “*Sinalizamos para a sociedade brasileira uma correção de rumos visando um Brasil melhor pelo menos para nossos bisnetos, mas essa sinalização está muito próxima de ser afastada. Cresceu o Supremo, órgão de cúpula do Judiciário, junto aos cidadãos, numa época em que as instituições estão fragilizadas, mas estamos a um passo, ou melhor, a um voto – que responsabilidade, hein, ministro Celso de Mello.*”<sup>1187</sup>

E de fato, foi uma enorme pressão depositada sob os ombros do Decano da Corte, talvez, outros integrantes não teriam condições de não se deixar curvar no seu entendimento diante de tanta pressão. O Ministro Celso de Mello, sempre demonstrou despreço pelo cortejo da grande mídia. Às vésperas do julgamento sobre a admissibilidade dos embargos infringentes, estampou a capa da revista *Veja*, com a

---

<sup>1185</sup> Votaram pela admissão dos Embargos Infringentes: O Ministro Luís Roberto Barroso, Ministro Teori Zavascki, Ministra Rosa Weber, Ministro Dias Toffoli, Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Celso de Mello. Votaram contra a admissão dos Embargos Infringentes: Ministro Marco Aurélio, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Carmen Lúcia, Ministro Luiz Fux e Ministro Joaquim Barbosa.

<sup>1186</sup> Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/vitoria-dos-corruptos-mensaleiros-podem-se-livrar-da-condenacao-por-quadrilha-e-da-cadeia/>

<sup>1187</sup> <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2013/09/saiba-como-votou-cada-ministro-do-stf-sobre-os-embargos-infringentes.html>

seguinte manchete: “*Eis o homem: ele condenou os réus do mensalão, mas agora tem de decidir entre a tecnicidade e a impunidade. Não pode lavar as mãos como Pilatos, mas corre o risco de ser crucificado.*”<sup>1188</sup> Como isso reverbera na sociedade, a opção por negar o recurso seria decidir com tecnicidade ao passo em que permitir a admissão de um recurso seria decidir favorável a impunidade? E mais, o *risco de ser crucificado* criando no imaginário social aquilo que deveria ser exigido do posicionamento do Ministro.

Novamente, a sociedade seria ouvida, porém, não necessariamente obedecida. Nesse contexto, o Ministro Celso de Mello narrou o seu voto. Nesse momento, negar a influência e o papel da opinião pública no julgamento não teria mais sentido, negar os ouvidos às “vozes das ruas”, seria impossível diante de tantas evidências e repetidas falas de Ministros e Ministras. Em artigo publicado no jornal *O Globo*, no dia 19 de setembro de 2013, intitulado, *A Diferença entre ouvir e obedecer*, inicia referindo que: “*ao longo das últimas semanas, enquanto alguns ministros disseram explicitamente se preocupar com as repercussões das suas falas, outros afirmaram sequer dar ouvidos ao que sai ou poderia sair nos jornais. Na quarta, se a sociedade esperava ser ouvida, ela recebeu uma resposta*”. Analisa o texto a pressão suportada pelo Decano da Corte e o impasse entre *ter que ouvir e ter que obedecer* as pressões da opinião pública. Em grande parte do seu voto o Ministro fez essa ressalva, de que é possível falar para a opinião pública sem necessariamente submeter-se a ela. E conclui o texto:” *O fôlego dedicado pelo decano da Corte ao enfrentamento do assunto foi grande. Sua audiência naquele momento não eram os seus colegas ou os advogados das partes, mas a sociedade em geral. Isso só mostra que, ainda que o discurso de muitos ministros afirme um distanciamento dos desejos da maioria, a opinião pública se faz presente nas sessões do Tribunal. No mínimo, os ministros se preocupam em lhe dizer alguma coisa.*”<sup>1189</sup>

Mas, após a decisão pela admissão dos embargos infringentes, a repercussão foi negativa, uma verdadeira *ressaca* inundou as redes sociais. Conforme repercutiu o artigo publicado no *Blog* do jornalista Anselmo Goes, no mesmo dia 19 de setembro de 2013, destacava: “*Artistas insatisfeitos, comentários sobre ministros do Supremo e*

---

<sup>1188</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 85.

<sup>1189</sup> LEAL, Fernando. *A Diferença entre Ouvir e Obedecer*. Publicado no jornal *o Globo* em 19 de setembro de 2013. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 347.

*cidadãos revoltados invadiram as redes sociais e já expõem a ressaca popular que vem tomando espaço após o julgamento dos embargos infringentes do mensalão.*” Comentando o resultado e a enorme repercussão do tema nas redes sociais, o jornalista destaca que: o teor das manifestações nas redes sociais não é dos mais amigáveis. “*Alguns comentários com mais energia, outros com menos, mas a regra é a reprovação ao resultado do julgamento, como era de se esperar.*” Fazendo menção que apenas alguns juristas se arriscam entre aqueles que defendem a aceitação dos embargos.<sup>1190</sup>

Realmente, diante de tudo o que fora possível extrair dos debates, dos votos e da repercussão midiática sobre os desdobramentos da Ação Penal n. 470 demonstram o quão permeado pelas expectativas sociais esteve o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O quanto o aspecto midiático acaba por intervir em posturas, posicionamentos e julgamentos. Certamente, não se pode incidir no prepotente equívoco de crer que toda e qualquer decisão que seja contrária a visão mais garantista da aplicação do Direito seja fruto de uma falta de senso de jurisdição ou de ausência de uma, fundamental, coragem para o exercício deste mister. Fazer isso, seria ignorar a possibilidade de entendimentos diversos e de distintas concepções sobre o Direito, além de, incidir no equívoco tão denunciado de reduzir a complexidade. Entretanto, do que pode se extrair da análise aqui desenhada fora o quanto os aspectos midiáticos e a reprovação ou aprovação pública pautaram os debates, o que resta indubitável diante de tantas manifestações dos Ministros e pela constante cobertura midiática. Fato incontestável, também, foi o quadro traçado por estas expectativas que clamavam por medidas punitivistas, mais severas e mais céleres e não aceitavam, sequer ouvir debates que pusessem isso em questão. Quadro de expectativas preenchido, em muitas passagens do julgamento, pelo Relator Ministro Joaquim Barbosa.

Certamente, o julgamento foi um marco importantíssimo na vida política e, também, no judiciário brasileiro. Os efeitos que dali surgiram a partir do julgamento orquestrado com a grande mídia e da discussão do processo penal pelas folhas dos jornais ou pelas telas da televisão, se tornaram uma prática, muito utilizada em outra grande operação que marcou e ainda marca a vida política e jurídica no Brasil. Com outros atores

---

<sup>1190</sup> BELCHIOR, Pedro. A Resposta das Redes Sociais ao Mensalão. Artigo publicado no Blog de Ancelmo Gois em 19 de setembro de 2013 – 349. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015. P: 349.

e com outras jogadas, a operação Lava Jato potencializou essa relação e os efeitos disso tudo ainda são incertos, porém, graves demais para não serem percebidos.

## 5.2 – Operação Lava Jato – Habeas Corpus *Caso Lula*:

Não há como mensurar o impacto no processo penal e, até mesmo, no modelo político do país sem avaliar, ainda que superficialmente, a operação *Lava Jato*. Na mesma esteira do que se deu no caso do Mensalão, esta operação atingiu diretamente altos escalões dos poderes nacionais, dirigentes de estatais, mega empresários que há décadas vinham decidindo os rumos políticos do país, transitando por diversos partidos e habitando variados ambientes políticos. Todos os elementos avaliados nos capítulos anteriores se efetivaram ao longo das diversas fases e inúmeros desdobramentos da operação que virou mais do que isso, passando a ser uma espécie de entidade, um símbolo, um conjunto de significantes que, por vezes, parece ter justificado a adoção de modelos processuais penais de *exceção*.

A repercussão dos atos da operação e suas consequências para a vida política do país, para a economia da nação e para a relação entre os poderes constituídos são enormes e seus efeitos ainda incertos. Mas fato é que a população acompanhou de perto, a mídia festejava cada nova fase e a população se via defendida pelos *heróis da lava jato*. Contudo, em termos de processo penal se criou um ambiente perigosamente volátil. Um estado utilitarista, de uma lógica de “vale-tudo” no combate ao inimigo. O discurso populista, de *justiça = condenação pesada e rápida* se fez presente em decisões, manifestações dos atores judiciais, reportagens e em inúmeras manifestações do grande público.

A operação ainda segue<sup>1191</sup>, seus desdobramentos tiveram uma enorme consequência para o futuro político do país. Seja pela prisão do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva que, com isso, fora impossibilitado de disputar as eleições de 2018, seja pela grande quantidade de políticos e partidos que se viram afetados pelas investigações e decisões judiciais, seja por elementos obscuros que se fizeram presentes nos bastidores

---

<sup>1191</sup> Para ter acesso ao trajeto histórico e todos os desdobramentos e fases da operação, consultar o site <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>

da operação ou, seja, ainda, pelo impacto que a *defesa da Lava Jato* teve perante o eleitorado no ano de 2018.

Se posicionar de forma favorável à operação era como um mantra definidor da honestidade do candidato. Ser a favor da operação era característica indispensável a todo *cidadão de bem*. Questionar os desmandos e eventuais abusos e ilegalidades praticadas no âmbito da operação, representaria a defesa de corruptos, o interesse escuso de advogados e professores que lucram com a corrupção e mais uma série de adjetivações que não permitem o debate sério. *Declarou-se guerra a quem não está em guerra contra a corrupção*.<sup>1192</sup> A polarização do *favor* ou *contra* a Lava Jato marcou o debate público e político nos últimos anos. A tentativa de superar a polarização extrema e reconhecer méritos e avanços na operação sem deixar de se preocupar com os efeitos de seus abusos e os riscos dos precedentes que se estava a criar.

Nessa onda, o governo Jair Bolsonaro se elegeu tendo como bandeira o combate à corrupção a partir de um discurso ideológico que vinculava à corrupção apenas aos partidos ditos “de esquerda”, numa reencarnação do combate aos “comunistas”. O discurso populista colou. O presidente fora eleito e trouxe para o seu Ministério da Justiça, o ex-juiz Sérgio Moro, que esteve à frente da Lava Jato e fora o julgador que condenou em primeira instância o, na época principal adversário de Jair Bolsonaro: ex-presidente Lula.

Contudo, após eleito o presidente, além de suportar a saída de Sergio Moro do governo sob acusações de que o presidente estava tentando intervir na Polícia Federal por ocasião de investigações que tinham como alvo os seus filhos<sup>1193</sup>, ainda afirmou ter acabado com a Lava Jato, pois acabou com a corrupção em seu governo.<sup>1194</sup> Contudo,

---

<sup>1192</sup> Como referem Alexandre Morais da Rosa e André Luiz Bermudez: “Declarou-se guerra a quem não está em guerra contra a corrupção. As aspirações expansionistas penais não toleram qualquer modo de vida democrático que tenha o pluralismo das ideias como proessuposto, já que você deve estar em um dos lados: corruptos ou caçadores de corruptos.” In ROSA, Alexandre Morais da., BERMUDEZ, André Luiz. **Para Enteder a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico**. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. P: 25

<sup>1193</sup> O ex-juiz da Lava Jato Sergio Moro deixou o Governo nesta sexta-feira. Moro comunicou sua demissão do Ministério da Justiça e Segurança Pública em um discurso duro, em que acusou o presidente Jair Bolsonaro de interferir politicamente no trabalho da Polícia Federal. A saída dele aconteceu após a exoneração do diretor-geral da Polícia Federal, Maurício Valeixo, oficializada na manhã desta sexta-feira. Moro afirmou que Bolsonaro, desde o ano passado, pede a troca do comando por alguém a quem “pudesse ligar para colher informações” sobre investigações. “O problema não é a troca, mas é permitir que seja feita a interferência política no âmbito da Polícia Federal”. Afirmou ainda que Bolsonaro o informou que tinha “preocupações com investigações” feitas pelo órgão. “Eu não tinha como aceitar essa substituição”, concluiu. <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-04-24/sergio-moro-acusa-bolsonaro-de-interferencia-politica-na-pf-e-deixa-governo.html>

<sup>1194</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/10/bolsonaro-diz-que-lava-jato-acabou-porque-governo-nao-tem-mais-corrupcao.shtml>

isso parece não ter importado para os defensores do *lavajatismo* que vinham no Presidente a defesa da operação. Tampouco, o fato do Presidente ter escolhido para o cargo de Procurador-Geral da República um nome que esteve fora da lista tríplice apresentada pelos membros do Ministério Público Federal em eleição interna.<sup>1195</sup> São episódios, dentre tantos outros, que mostram como a percepção da *lava jato* acabou se apresentando seletiva e com um forte componente político.

A Lava Jato se desdobra em inúmeras fases, possui operações em diversos estados da federação, atingiu diversos políticos de quase todos os partidos e trata de uma variedade muito grande de delitos e de denúncias. Por isso, a análise aqui pretendida não terá como se ocupar da operação em si e de todos os seus desdobramentos, mas se limitará a uma abordagem a partir dos efeitos concretos que uma estrutura processual que fomenta o protagonismo judicial, inserido dentro de um processo penal autoritário e guiado por expectativas que se consolidam a partir da visão populista e espetacularizada do processo penal se demonstraram em algumas decisões e debates sobre a operação e seus desdobramentos.

Como seria impossível a discussão e análise sobre todas as decisões e a eleição de uma ou outra decisão judicial desprovida de um critério metodológico se apresentaria, no mínimo, insuficiente para fins de uma pesquisa acadêmica, a análise avaliará as reações à operação e seu paralelo com a *operação Mani Pulite*, ocorrida na Itália no início da década de 1990, passando pelos bastidores da operação que foram divulgados a partir de dados vazados pelo *The Intercept*, chegando a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus que poderia soltar o ex-presidente Lula, dada a relevância daquela decisão para os rumos do país e para análise do quanto os fundamentos daqueles votos se valeram de uma carga de expectativas depositadas por conta do *fenômeno lava jato*.

O novo Supremo Tribunal Federal pós *mensalão*<sup>1196</sup> experimentou, novamente, o peso da *opinião pública* de forma extremamente forte nas discussões envolvendo a Operação Lava Jato. A interferência do judiciário nos demais poderes foi

---

<sup>1195</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/bolsonaro-ignora-lista-triplice-e-diz-a-augusto-aras-que-o-indicara-a-pgr.shtml>

<sup>1196</sup> Felipe Recondo e Luiz Weber destacam que: Foi um passo decisivo. O Supremo mudou. O garantismo do passado não tem vez no STF de hoje, pós-mensalão, permeável à opinião pública, e que se outorgou o encargo de combater a corrupção no país (mesmo que para isso tenha de mudar sua jurisprudência) e consentar a política. A Lava Jato e as outras operações de combate à corrupção que desaguarão no Supremo são frutos do tribunal que julgou o mensalão. (in RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 205.

uma marca da operação, que cancelou nomeação de ministros, afastou presidente de casa legislativa, dentre tantas outras atuações, no mínimo, polêmicas. Fato é que a operação iniciada em 2013, ganhou enorme popularidade. A opinião pública chancelava as ações tidas *pró-lava jato* e repudiava decisões em favor da garantia dos acusados. O relator da operação no Supremo Tribunal Federal era Teori Zavascki que teve de lidar com a voracidade da opinião pública, antes de cair nas graças dela. No ano de 2014, o Ministro determinou que doze dos primeiros investigados fossem liberados. Zavascki também entendia que o juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba, Sergio Moro, estava usurpando competências do Supremo, pois ao se deparar com investigados com foro privilegiado, o juiz fazia um “recorte” e despachava para Brasília o que julgava ser competência do Supremo. O Ministro do Supremo inverteu a ordem, Sergio Moro deveria remeter tudo ao Supremo para que este analisasse.<sup>1197</sup>

A questão da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba é um ponto de muita polêmica, o que sinaliza um *processo penal de exceção* na Lava Jato, na qual regras processuais foram flexibilizadas, dilatadas para se amoldarem a determinados interesses,<sup>1198</sup> além de deixar o juiz titular com atribuição exclusiva para os processos da operação.<sup>1199</sup>

Sérgio Moro personificou-se com um herói no combate à corrupção. Símbolo nacional de enfrentamento da criminalidade de colarinho branco, toda decisão que contrariasse ou desautorizasse alguma decisão do, então, juiz, era sempre alvo de muitas críticas nas redes sociais e pela população de forma geral. O clima criado acabava por condicionar a atuação de desembargadores e ministros. A *Lava Jato* por meio de seus atores judiciais, soube aproveitar muito bem o apelo da opinião pública. Regras elementares de fixação de competência acabaram sendo desprezadas, em uma ampliação extremamente elástica das atribuições do julgador de Curitiba, se vinculava os fatos a partir de narrativas, muitas delas extraídas de delações premiadas, para deixar o processo *nas mãos do Sergio Moro*, atribuindo a qualquer afastamento dessa competência, um

---

<sup>1197</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 68

<sup>1198</sup> O tema da competência para julgar os casos de Lava Jato de Curitiba encerra o que talvez seja o melhor exemplo de ação estratégica usada para se esquivar da incidência de preceitos legais, em busca dos resultados. (In RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020 . P:222)

<sup>1199</sup> A edição de sucessivos atos normativos pelo TRF4, com efeito a partir de 19 de dezembro de 2014, permitiu que o juiz responsável pela Lava Jato em Curitiba só reebesse processos que tivessem relação com a a operação. (RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.P: 238)

estímulo à impunidade, como que se somente aquele Magistrado fosse capaz de efetivar um julgamento correto, de acordo com aquilo que socialmente (de uma forma geral) se esperava do julgamento.

A cada manifestação pública *contra a corrupção* lá estavam dizeres de apoio à Operação Lava Jato e bonecos, máscaras e faixas de apoio ao juiz Sérgio Moro. Exemplo disso se deu no dia 13 de março de 2016. O site *Consultor Jurídico* avaliou a manifestação e reproduziu o apoio trazido ao juiz, por manifestantes e celebridades: *Nas faixas, frases de apoio ao trabalho dele (“Somos Sergio Moro”), pedidos (“Sergio Moro prenda ‘o cara’, ‘a jararaca’ e o ‘dr. honoris roubus’”) e sonhos (“Moro para presidente”). Algumas pessoas usaram máscaras com o rosto do juiz federal. Em Recife, surgiu até um boneco gigante dele, que também fez sucesso no Carnaval da capital pernambucana. No Rio de Janeiro, celebridades como Suzana Vieira, Marcelo Serrado, Dani Suzuki, Juliana Paes e Márcio Garcia foram ao ato vestindo uma camiseta amarela com a imagem do juiz e a hashtag #morobloco.*<sup>1200</sup> Manifestações similares a essa foram inúmeras em diversas cidades brasileiras. Mas o destaque dado a esta, fora a nota divulgada pelo então Juiz Sérgio Moro, no dia seguinte, onde se disse *tocado pelo apoio às investigações* e emendou ser *importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas e igualmente se comprometam com o combate à corrupção.*<sup>1201</sup>

Assim, o juiz, que para além da discussão se almejou ou não se tornar o personagem que fora transformado, inegável é que usou a opinião pública em seu favor em diversas decisões e em inúmeros momentos da operação Lava Jato. Recebendo diversas críticas pelas suas manifestações públicas acerca da necessidade do apoio da opinião pública para o sucesso da operação e pela convocação da sociedade, apresentando-se como um artífice do combate à corrupção sistêmica do país.<sup>1202</sup>

---

<sup>1200</sup> <https://www.conjur.com.br/2016-mar-13/juiz-federal-sergio-moro-volta-louvido-manifestantes>

<sup>1201</sup> Neste dia 13, o Povo brasileiro foi às ruas. Entre os diversos motivos, para protestar contra a corrupção que se entranhou em parte de nossas instituições e do mercado. Fiquei tocado pelo apoio às investigações da assim denominada Operação Lava Jato. Apesar das referências ao meu nome, tributo a bondade do Povo brasileiro ao êxito até o momento de um trabalho institucional robusto que envolve a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e todas as instâncias do Poder Judiciário. Importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a voz das ruas e igualmente se comprometam com o combate à corrupção, reforçando nossas instituições e cortando, sem exceção, na própria carne, pois atualmente trata-se de iniciativa quase que exclusiva das instâncias de controle. Não há futuro com a corrupção sistêmica que destrói nossa democracia, nosso bem estar econômico e nossa dignidade como País. Divulgada integralmente em MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *Associações de Classe e Vaza Jato. In Relações indecentes.* organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves ... [et al.] ; [ilustração] Eduardo Milek. - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020. P: 72.

<sup>1202</sup> Na Lava Jato, o juiz responsável pelo processo afirma publicamente que o apoio da opinião pública é fundamental para o sucesso da operação, convoca a sociedade a apoiar sua ação e se apresenta como um artífice do combate à corrupção sistêmica no país. *In Relações indecentes.* organização Camila Milek, Ana

Nesse ponto, Sergio Moro comparou a operação Lava Jato, com a operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas) ocorrida na Itália. Dentre diversos paralelos realizados, o *apoio da opinião pública* fora um de maior relevo atribuído pelo Magistrado e posto em prática na sua atuação. Para o Magistrado, processos desta natureza, que atinjam figuras poderosas, necessitam do apoio da opinião pública para que tenham êxito, invocando o exemplo italiano.<sup>1203</sup> Na Itália, o Procurador da República Antônio Di Pietro era exaltado em bandeiras, que estampavam “Di Pietro, você é melhor do que Pelé”, em linha semelhante ao que se vivenciou no Brasil em relação ao juiz Sérgio Moro.<sup>1204</sup> Mas uma diferença parece ser crucial, ainda mais para o que se objetiva analisar na presente pesquisa. Na Itália, as exaltações eram ao Procurador da República e não ao julgador do caso. É verdade que na Itália a carreira da Magistratura é una, mas a função desempenhada é diferente. Ao Magistrado do Ministério Público incumbe a acusação, seria o papel exercido pelos Procuradores da República na Lava Jato. Não há dúvidas de que é muito mais perigoso para um processo penal que se pretenda devido e pautado na garantia da imparcialidade ter a figura do juiz alçada a herói no *combate à corrupção*, pois, certamente, não é essa a sua função.

Sergio Moro, certamente conhece essa diferença do modelo italiano. A semelhança entre as carreiras, inclusive, é objeto de crítica há décadas no país do velho continente<sup>1205</sup>. Entretanto, aqui no Brasil, intencionalmente ou não, por vezes se reportam aos *magistrados* da Mãos Limpas, como se tivessem se referindo aos julgadores do caso. Isso se percebe no próprio artigo de Sergio Moro quando refere que fora importante a renovação da magistratura e a própria imagem positiva dos juízes diante da opinião

---

Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves ... [et al.] ; [ilustração] Eduardo Milek. - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020. P: 147.

<sup>1203</sup> Refere Sérgio Moro que: Na verdade, é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações. Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial. (*in* MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004 disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>)

<sup>1204</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 85.

<sup>1205</sup> Conforme exposto anteriormente: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, trabalhou com o clássico Carneluttiano “*Mettere il Pubblico Ministero al Suo Posto – Ed Anche il Giudice*”, onde o autor italiano reclama existir uma confusão para que o MP encontre o seu lugar, pois alguns o colocam entre as partes, dando-lhe poderes próprios das partes e outros que lhe colocam entre os Magistrados dando deveres que não lhes convém. *In* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mettere Il Pubblico Ministero Al Suo Posto – Ed Anche Il Giudice. In Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P: 9-10

pública, conquistada a duras perdas, *principalmente na luta contra a máfia e o terrorismo*,<sup>1206</sup> ignorando que na Itália, o respeito à luta contra a máfia era creditado a atuação dos magistrados incumbidos da acusação e não do julgamento. Entretanto, conforme se revelou em diálogos vazados, que serão melhor analisados na sequência, o juiz Sérgio Moro, também enxergava uma confusão nas atuações do Ministério Público e da Magistratura no modelo vigente no Brasil.

A cobertura midiática se deu de forma semelhante, guardadas as distinções dos tipos de veículos existentes no início da década de 90 para os da segunda década dos anos 2000. Rodrigo Chamim, que publicou obra fazendo uma análise das similitudes entre as operações<sup>1207</sup>, avalia que na Itália os jornais e revistas de Silvio Berlusconi divulgaram os resultados da Mãos Limpas sem filtrar as notícias enquanto a investigação não se voltou para o empresário. Contudo, em 12 de julho de 1993, o modo de Berlusconi relacionar-se com a operação mudou. Ele enviou um memorando de onze páginas aos diretores de seus jornais, intitulado “Avaliações dos comportamentos dos juízes da Tangentopoli.” Com a intenção de atacar investigadores. A união da imprensa em fortalecer para evitar que paixões políticas e interesses econômicas dos proprietários dos jornais influenciassem na filtragem das notícias não se verificou no Brasil. Ao contrário, por aqui o que se vê é que, além de alguns jornais apresentarem notícias equilibradas, não tendenciosas, apenas relatando o que ocorre, outros meios de comunicação apoiam incondicionalmente a Lava Jato, não admitindo críticas, ao passo que outros tantos só criticam e veem defeitos na operação, sistematicamente taxando-a de abusiva e até mesmo utilizando de adjetivos desrespeitosos, sem muito freio inibitório na verve acusatória.<sup>1208</sup> Realmente, quando se trata de “mídia” é capaz de se encontrar essa variedade colocada pelo autor, ao passo que não há uma definição do que, na era da

---

<sup>1206</sup> MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004 disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>

<sup>1207</sup> Na Itália, a Operação Mãos Limpas nasceu em 1992, dois anos e meio após a queda do muro de Berlim, quando ainda se faziam sentir as tensões e estratégias globais da Guerra Fria no continente europeu, com a discussão política centrada nos interesses norte-americanos em ter a Itália como aliada contra a política dos países recém-surgidos com a dissolução da União Soviética. No Brasil, a Operação Lava Jato ganhou força a partir de 2014, quando o país encaminhava-se para a transição de um período de crescente prosperidade e ampliação de políticas públicas sociais de elevado impacto nas classes sociais mais pobres para outro que começou a desnudar como de realidade econômica diversa daquela que a candidata à reeleição Dilma Rousseff havia propagado em sua campanha eleitoral ao longo do mesmo ano. Mesmo com a vitória eleitoral de Dilma, a partir de 2015 os brasileiros foram aos poucos se deparando com um cenário econômico que o próprio governo passou a admitir que não era tão próspero quanto se propagara um ano antes. (in CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 7/8)

<sup>1208</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 75.

internet, de blogs e etc., possa ser considerado um veículo midiático. Mas, a grande mídia televisiva e os grandes jornais se posicionaram sistematicamente em favor da *operação lava jato*, com amplos editoriais e coberturas constantes das operações.

Um ambiente propício para que a opinião pública apoie a atuação protagonista de Magistrados e dos órgãos de controle no *combate ao crime*, no caso de crimes de corrupção perpassa por um desgaste da classe política. A discussão é, até que certo ponto, o judiciário também não pode ser o responsável por esse desgaste. Sergio Moro, identificou isso e enfatizou em seu artigo, que o Brasil reunia as condições institucionais necessárias para a realização de uma ação judicial semelhante, pois a exemplo da Itália, aqui a classe política não goza de grande prestígio junto à população.<sup>1209</sup> Rodrigo Chemim, avalia pesquisa de 2013 da organização não governamental *Transparência Internacional – Barômetro Global da Corrupção* onde 89% da população italiana acredita que os partidos políticos do país são altamente corruptos. A mesma pesquisa indicou que 81% dos brasileiros pensam o mesmo sobre os seus políticos. Na mesma pesquisa, 77% dos italianos e 72% dos brasileiros afirmaram que seus políticos são corruptos.<sup>1210</sup>

Não se trata, obviamente, de uma defesa da classe política, tampouco de uma negativa de atos de corrupção, mas, apenas, de uma análise a partir da criação deste discurso que coloca o *político sempre como corrupto*, quais as expectativas que se depositam em julgador incumbido de julgar uma acusação desta natureza? O juiz que entende ser importante, aproveitar esse cenário, estará incumbindo-se de qual realização quando da efetivação de seu mister de julgar? Esses são os pontos centrais que precisam ser refletidos, sob pena de esvaziamento total do processo penal.

Rodrigo Chemim em sua obra, de respeitável relevância, acaba por incidir em um problema fruto de uma cultura autoritária e desliza por conceitos populistas ao enxergar as *brechas da legislação como um fator de impunidade*<sup>1211</sup> e ainda refere que a benevolência das leis e a discricionariedade dos julgadores em interpretar as leis, são fatores que atrasaram o combate a corrupção tanto na Itália como no Brasil.<sup>1212</sup> Ora,

---

<sup>1209</sup> MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004 disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>

<sup>1210</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 16.

<sup>1211</sup> Refere o autor: *Boa parte dessa relativa naturalidade da corrupção pode ser debitada a uma legislação débil, permeada de brechas para se escapar da punição. E isso é assim na Itália e no Brasil.* In CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 30.

<sup>1212</sup> Na verdade, não fossem as barreiras legislativas e as oscilações interpretativas, Itália e Brasil poderiam ter antecipado em alguns anos suas grandes investigações de práticas corruptivas. Caso a legislação fosse

parece um tanto contraditório se criticar a capacidade de interpretar leis, quando se está justamente criticando os integrantes dos poderes legislativos e executivos, ao passo que parece outorgar para estes poderes a fundamental atuação no enfrentamento da corrupção. E o autor, ainda incide em um reducionismo leviano, quando adverte que: “*de tudo que foi patrocinado pelo poder político contra a Mãos Limpas e a Lava jato, é preciso ficar atento para o intuito de criar um clima que facilite e legitime mudanças legislativas para proteger os envolvidos em corrupção.*”<sup>1213</sup> Curiosamente, o mesmo autor que critica a visão polarizada, se arvora em uma superioridade e reduz o debate ao ponto de considerar toda e qualquer reforma que venha a buscar ampliar direitos que possam ter sido violados no âmbito destas operações como feitas para *proteger corruptos*, um discurso populista e leviano.

Outro ponto defendido tanto por Sergio Moro em sua obra e na sua atuação, como por Rodrigo Chemim, diz respeito ao uso do mecanismo da delação premiada, já avaliado em tópico anterior e que fora fundamental para as duas operações. Sérgio Moro, inicia destacando a importância da publicidade, que “*teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações*” e com o apoio da opinião pública, impediu-se que figuras públicas obstruíssem o trabalho dos Magistrados.<sup>1214</sup> Sem qualquer pudor, Sergio Moro ainda exalta a utilização do *dilema do prisioneiro*<sup>1215</sup>, com o uso de estratégias que levassem o Acusado a confessar, quando pensasse que os demais iriam agir da mesma forma.<sup>1216</sup>

---

menos benevolente e os julgadores tivessem menos discricionariedade na interpretação das leis, os dois países poderiam ter estancado a sangria do dinheiro público e diminuído os impactos econômicos negativos que seguidos desfalques vinham provocando bem antes de 1992 (mãos limpas) e 2014 (Lava Jato). In CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 45.

<sup>1213</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 162.

<sup>1214</sup> MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004 disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>

<sup>1215</sup> Sobre o tema, ver ROSA, Alexandre Morais da. BERMUDEZ, André Luiz. **Para Entender a Deleção Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico**. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. P: 76 e ss.

<sup>1216</sup> A estratégia de ação adotada pelos magistrados incentivava os investigados a colaborar com a Justiça: A estratégia de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão (uma situação análoga do arquétipo do famoso “dilema do prisioneiro”). Além do mais, havia a disseminação de informações sobre uma corrente de confissões ocorrendo atrás das portas fechadas dos gabinetes dos magistrados. Para um prisioneiro, a confissão pode aparentar ser a decisão mais conveniente quando outros acusados em potencial já confessaram ou quando ele desconhece o que os outros fizeram e for do seu interesse precedê-

A delação se apresenta problemática, por tudo que já fora exposto anteriormente, principalmente, pelo fato de poder ser construído um roteiro a partir do interesse do delator e do agrado do ouvinte. Como definem Alexandre Morais da Rosa e André Luiz Bermudez: “o trabalho depois será o de preencher a história com fatos capazes de sustentar, por indícios e alguma prova material, o desenvolvimento do trajeto vendido.”<sup>1217</sup> Ilusório pensar, como sustenta Sergio Moro, que há a necessidade de comprovação do alegado pelo delator,<sup>1218</sup> seja pela insuficiência de se falar em *provar* (conforme avaliado em tópico específico sobre as expectativas probatórias), seja pelo fato de que existirá um roteiro, existindo personagens interessantes, os elementos de prova são delegados a segundo plano, pois o enredo já agradou, havendo um mínimo de indícios a dar um suporte de possibilidade de ocorrência dos fatos, aceita-se o acordo, premia-se o delator e, se vai atrás do delatado. Isto pode evidenciar uma predileção dos agentes públicos por alguns alvos, o que era e será facilmente compreendido pelos delatores, que precisavam construir seus roteiros a partir do interesse do público alvo. Tal como um diretor de cinema que amolda a história para ganhar mais apreço do público, que romantiza, que amplia fatos visando uma maior dramaticidade, tendo em vista o sucesso de seu filme. Da mesma forma age o delator.<sup>1219</sup>

Outro ponto problemático é o uso da prisão como uma ferramenta para forçar delação premiada. Situação que se verificou em diversos casos, como por exemplo, no que envolveu o ex-ministro da Casa Civil, José Dirceu.<sup>1220</sup> Sobre a prisão preventiva,

---

los. Isolamento na prisão era necessário para prevenir que suspeitos soubessem da confissão de outros: dessa forma, acordos da espécie “eu não vou falar se você também não” não eram mais uma possibilidade. (in MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004 disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>)

<sup>1217</sup> ROSA, Alexandre Morais da. BERMUDEZ, André Luiz. **Para Entender a Deleção Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico**. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. P:283.

<sup>1218</sup> Usualmente é ainda levantado outro óbice à delação premiada, qual seja, a sua reduzida confiabilidade. Um investigado ou acusado submetido a uma situação de pressão poderia, para livrar-se dela, mentir a respeito do envolvimento de terceiros em crime. Entretanto, cabível aqui não é a condenação do uso da delação premiada, mas sim tomar-se o devido cuidado para se obter a confirmação dos fatos por ela revelados por meio de fontes independentes de prova. (in MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004 disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>)

<sup>1219</sup> ROSA, Alexandre Morais da, LOPES JR, Aury. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **O Roteiro Delatado e o Processo Penal do Espetáculo**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>.

<sup>1220</sup> O caso José Dirceu exhibe alguns indicativos de uso estratégico da prisão cautelar, possivelmente associado ao potencial explosivo esperado da delação de um ex-ministro da Casa Civil. Ele foi acusado em três ações criminais em Curitiba, uma delas suspensas no recebimento da denúncia porque o Juiz Sérgio Moro entendeu ser prioritária a “efetivação das condenações já exaradas e não novas condenações.” A decisão não apresenta fundamento legal que justifique a suspensão do processo, nem parâmetros objetivos, fornecidos por precedentes jurisprudenciais, para que o juiz determinasse quais os processos eram

Rodrigo Chemim destaca que o Procurador da República, Deltan Dallagnol, referiu que mais de 70% dos acordos de colaboração premiada foram feitos com acusados que nunca foram presos e destaca o procurador que: “a Lava Jato prende quando a prisão é excepcionalmente necessária para proteger a sociedade. Ponto.”<sup>1221</sup> Contudo, o próprio Ministério Federal em mais de uma oportunidade afirmou ser válida a prisão como uma forma de “convencer” o indivíduo a colaborar. Isso se evidenciou em manifestações do Procurador da República, Manoel Pastana<sup>1222</sup>, que em pareceres emitidos nos *habeas corpus* que tramitaram no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sustentou que a prisão preventiva também seria válida para influenciar o ânimo do preso em colaborar, o que revela a pretensão de usar esse instrumento excepcional com finalidade espúria.<sup>1223</sup> Isso é obviamente desarrazoado e ilegal. Se valer da prisão para fins de “incentivar” o Acusado a delatar representa uma violação a basilares princípios processuais penais<sup>1224</sup>. Pois afeta a voluntariedade do acordo, bem como todo regramento que deve nortear uma medida cautelar, além de subverter o processo, ao passo que se prende aquele indivíduo quando se sabe o que ele pode falar e, principalmente, o que se deseja que ele diga, invertendo a ordem dos acontecimentos processuais.

Outro ponto de semelhança apresentado entre as operações Mãos Limpas e Lava Jato se refere a reação da classe política afetada pelas investigações e pelos processos. Rodrigo Chemim atribui isso a uma polarização excessiva que vem marcando a sociedade nos últimos anos e seria prejudicial à apuração do caso, pois muitos acreditam que os investigadores e o juiz possam de fato agir a partir de paixões ideológicas, o que, na visão do Autor, é um evidente disparate.<sup>1225</sup> Rodrigo Chemim ainda compara a reação dos políticos italianos que se diziam vítimas de perseguições por parte dos magistrados do Ministério Público italiano com manifestações de apoiadores do Partido dos

---

prioritários e quais deveriam ser paralisados. (in RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. P:197.)

<sup>1221</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 143.

<sup>1222</sup> <https://www.conjur.com.br/2014-dez-01/manoel-pastana-sustento-prisao-preventiva-lava-jato>

<sup>1223</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 139.

<sup>1224</sup> Algumas características das prisões, das colaborações e do ritmo de tramitação das ações sugerem que a prisão preventiva, associada à agilização seletiva das ações criminais foi utilizada como mecanismo de constrangimento à colaboração premiada, ou ao menos criou expectativa, entre os investigados e seus advogados, de que colaborar com os investigadores seria o meio mais eficaz para evitar uma iminente prisão ou reduzir seu tempo. (in RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. P:177.)

<sup>1225</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 87

Trabalhadores, referindo que: “*O mesmíssimo discurso ecoou por aqui. Várias autoridades do Estado, parlamentares, blogueiros e simpatizantes do PT repetiram o discurso de que a Lava Jato teria como objetivo a “criminalização da política.”*”<sup>1226</sup>

O problema parece estar na polarização realizada também pelo Autor, uma vez que as críticas a operação Lava Jato não partiram apenas de simpatizantes do PT, muitos professores de Direito e profissionais da área se levantam contra alguns atos que consideravam abusivos praticados durante a operação. Rotular a crítica de ideológica e pertencente a um determinado partido, acaba por incidir no mesmo equívoco que visa denunciar. Mas, o Autor, revela isso nos detalhes das manifestações de sua obra, quando, de forma totalmente desconectada dos propósitos que estava sendo avaliado no livro traz uma crítica a juventude *de esquerda*, referido que: “*Não é à toa as bandeiras de mundo ideal socialista, dadas como mortas após a queda do muro de Berlim, estão sendo reerguidas principalmente por uma juventude visivelmente desorientada pela ausência de referência. Ao não mas justificarem sua existência num Deus cristão a seguir, busca num Deus ideologia a nova fonte de vida.*”<sup>1227</sup>

Para além de extremamente intempestiva a manifestação e reducionista em relação as bandeiras defendidas por essa juventude *desorientada*, o parágrafo demonstra nitidamente uma polarização na visão do próprio Autor. Obviamente que o problema não estaria em ter uma preferência ideológica mas, sim, em criticar a politização das críticas realizadas a operação e se valer disso para justificar a defesa da operação. Não foram apenas partidos ditos “de esquerda” que foram alvos da operação Lava Jato e não foram só adeptos, simpatizantes ou integrantes destes partidos, que a criticaram.

Contudo, não se pode negar que muito da crítica a uma atuação seletiva e, no mínimo, indevida de alguns atores judiciais da Lava Jato ganhou força após alguns acontecimentos futuros, a começar pelo que se denominou *Vaza Jato*, que foram conversas extraídas de um aplicativo de mensagens e divulgadas pelo portal *the intercept Brasil*<sup>1228</sup>, que mostraram os bastidores da operação em conversas entre os Procuradores integrantes da Força Tarefa e o próprio Magistrado Sérgio Moro.<sup>1229</sup>

---

<sup>1226</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 156.

<sup>1227</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 232.

<sup>1228</sup> <https://theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/>

<sup>1229</sup> Pode-se dizer que o núcleo curitibano da Lava Jato foi estruturado e conduzido pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, de um lado, e pela Justiça Federal, de outro, para atingir os integrantes do sistema político. E, dentro desse grupo, parece difícil negar que Lula foi o alvo principal desde as fases iniciais das investigações, ao menos desde a assinatura, em 2014, dos acordos de colaboração premiada

Um dos episódios que fortalecesse a crítica à uma atuação seletiva por parte dos integrantes da Operação Lava Jato com um claro propósito político, diz respeito a uma entrevista que o ex-presidente Lula concederia, mesmo preso, às vésperas da eleição de 2018, o que foi autorizado pelo Ministro Ricardo Lewandowski no dia 28 de setembro de 2018.<sup>1230</sup> Entretanto, o Ministro Luiz Fux, em decisão liminar, no mesmo dia 28 de setembro, atendendo a pedido do Partido Novo, suspendeu a decisão anterior, proibindo a entrevista de Lula, sob o fundamento de que poderia confundir os eleitores às vésperas da eleição.<sup>1231</sup>

Afora a situação peculiar (que vem se tornando frequente) de um Ministro cassar decisão de outro Ministro do Supremo, o que chamou a atenção nesse caso fora o fato do quanto esse episódio trouxe de preocupação para os integrantes da Força Tarefa da Lava Jato. Um extenso lote de arquivos secretos revelou uma trama dos integrantes para impedir que o Partido dos Trabalhadores ganhasse a eleição presidencial, bloqueando ou enfraquecendo a entrevista pré-eleitoral com Lula. Independente da efetividade ou não de ações dos integrantes, o que deve se destacar é uma postura nada “técnica” ou “apolítica” por parte destes. A procuradora Laura Tessler, em grupo de mensagens, logo exclamou: *“Que piada!!! Revoltante!!! Lá vai o cara fazer palanque na cadeia. Um verdadeiro circo. E depois de Mônica Bergamo, pela isonomia, devem vir tantos outros jornalistas... e a gente aqui fica só fazendo papel de palhaço com um Supremo desses...”*. Outra procuradora, integrante do grupo, Isabel Groba, respondeu com apenas uma palavra e várias exclamações: *“Mafiosos!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!”*. Após uma hora, Laura Tessler deixou explícito o que deixava os procuradores tão preocupados: *“sei*

---

de Paulo Roberto Costa (27 de agosto), Alberto Youssef (24 de setembro), Augusto Ribeiro Neto (22 de outubro) e Pedro Barusco Filho (19 de outubro), todos ouvidos como testemunhas do caso do triplex do Guarujá. ( *in* RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. P:243.).

<sup>1230</sup> Na decisão, o ministro citou que o Plenário do STF garantiu “a ‘plena’ liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia”. “Não há como se chegar a outra conclusão, senão a de que a decisão da 12ª Vara Federal de Curitiba, ao censurar a imprensa e negar ao preso o direito de contato com o mundo exterior, sob o fundamento de que não há previsão constitucional ou legal que embasa o direito do preso à concessão de entrevistas ou similares violou frontalmente o que já foi decidido pela Corte na ADPF 130/DF”, disse. Lewandowski destacou ainda que atualmente é muito comum diversos meios de comunicação entrevistarem presos por todo o país, sem que isso acarrete problemas maiores ao sistema carcerário. “É necessário lembrar que o custodiado encontra-se na carceragem da Polícia Federal em Curitiba e não em estabelecimento prisional, em que pode existir eventual risco de rebelião. Também não se encontra sob o regime de incomunicabilidade e nem em presídio de segurança máxima”, pontuou. *In* <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/lewandowski-autoriza-lula-dar-entrevistas-prisao>.

<sup>1231</sup> Na liminar que suspendeu a decisão de Lewandowski, Fux concordou com os argumentos do Partido Novo e disse que “há elevado risco de que a divulgação de entrevista com o requerido Luiz Inácio Lula da Silva, que teve seu registro de candidatura indeferido, cause desinformação na véspera do sufrágio, considerando a proximidade do primeiro turno das eleições presidenciais”. *In* <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/fux-concede-liminar-suspendendo-entrevista-lula>

*lá...mas uma coletiva antes do segundo turno pode eleger o Haddad*".<sup>1232</sup> Em referência a Fernando Haddad candidato do Partido dos Trabalhadores que acabou derrotado no segundo turno por Jair Bolsonaro. Em outra conversa, membros do Ministério Público Federal se disseram preocupados com possível volta e estarem rezando para *Deus iluminar nossa população*.<sup>1233</sup> Os integrantes da Força Tarefa criticaram a Procuradora Geral que não ingressou com medida judicial para impedir a entrevista e enalteceram a decisão de Fux e a medida do partido Novo, tendo um dos principais membros, o Procurador Januário Paludo, referido: "*Devemos agradecer à nossa PGR: Partido Novo!!!*".<sup>1234</sup> Obviamente que se trata de conversas privadas, obtidas sem autorização legal e divulgadas pela mídia, no entanto, seu conteúdo nunca fora desmentido pelos envolvidos e revela, claramente, uma preferência política que conduzia a atuação dos envolvidos.

Outro episódio que fortaleceu a crítica por uma atuação política da operação, fora o episódio de vazamento de um áudio de uma conversa entre a então Presidenta Dilma Rousseff e Lula, onde estaria sendo discutida a nomeação de Lula para o cargo de Ministro da Casa Civil. Com o vazamento da conversa e a repercussão midiática, o Supremo Tribunal Federal acabou por suspender a nomeação, em decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, que afirmou ter visto intenção de Lula em fraudar as investigações sobre ele na Operação Lava Jato.<sup>1235</sup> Assim, um ato de livre exercício da chefe do executivo fora cancelado pelo Judiciário. A "fraude" às investigações ocorreriam por conta do foro privilegiado que o ex-presidente Lula alcançaria com o cargo de Ministro, que lhe retiraria do julgamento pelo Juiz Sérgio Moro.

Esse veto à posse de Lula, em um momento em que governo Dilma enfrentava graves dificuldades de articulação política, o que poderia ser suprido com a atuação do ex-presidente, representa uma atuação *voluntarista*<sup>1236</sup> da Lava Jato na arena política,

---

<sup>1232</sup> <https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>

<sup>1233</sup> Carol PGR – 11:22:08 Deltann, meu amigo

Carol PGR – 11:22:33 toda solidariedade do mundo à você nesse episódio da Coger, estamos num trem desgovernado e não sei o que nos espera. Carol PGR – 11:22:44 a única certeza é que estaremos juntos

Carol PGR – 11:24:06 ando muito preocupada com uma possível volta do PT, mas tenho rezado muito para Deus iluminar nossa população para que um milagre nos salve. Deltan Dallagnol – 13:34:22 Valeu Carol! 13:34:27 Reza sim. 13:34:32 Precisamos como país. (in <https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>)

<sup>1234</sup> <https://theintercept.com/2019/06/09/procuradores-tramaram-impedir-entrevista-lula/>

<sup>1235</sup> <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/gilmar-mendes-suspende-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.html>

<sup>1236</sup> Fabiane Alves Rodrigues trabalha com esse conceito e explica: "Do conceito de voluntarismo aproveitasse neste livro, e considera-se especialmente útil, a noção de ação estratégica, isto é, a ação de atores do sistema judicial que põe os fins acima dos meios e calculam seus passos e suas decisões fundados em

contando com apoio do Ministro Gilmar Mendes. Esse fato apenas não teve tanta relevância política como a exclusão de Lula do pleito eleitoral de 2018.<sup>1237</sup>

A questão central dizia respeito a legalidade da escuta, por envolver a Presidenta da República, pelo fato de ter se dado em período posterior ao que havia sido autorizado para a escuta telefônica e, principalmente, pelo levantamento do sigilo, tornando pública uma conversa envolvendo a Presidenta e um ex-presidente da República. Posteriormente, o Ministro Teori Zavascki determinou a remessa dos autos ao Supremo e decretou o sigilo das gravações, deixando evidente uma censura ao Magistrado de primeiro grau. Após isso, manifestantes afixaram faixas no prédio em que o falecido Ministro do Supremo morava, chamando-o de “pelego do PT”. O Supremo teve de reforçar sua segurança.<sup>1238</sup> Sergio Moro enviou um documento para o Ministro Teori Zavascki, após pedido de informações deste, aonde o então juiz, pediu desculpas pelo episódio envolvendo o vazamento dos áudios, afirmando nunca ter desejado os efeitos que causou, tampouco pretendeu criar um fato político-partidário.<sup>1239</sup> Contudo, em conversas particulares afirmou *não se arrepender do levantamento*.<sup>1240</sup> No entanto, o fato fora criado, diversos áudios com conteúdo privado, revelando a intimidade do ex-presidente e de sua família, tiveram um efeito evidente, em que pese não possa se afirmar seguramente seu propósito: desgastaram ainda mais a imagem de Dilma Rousseff e Lula. Para quem afirmava a importância de se ter *opinião pública* a seu favor, não causa estranheza nenhuma o ato *extra autos* buscando a mobilização pública em torno do fato. Após a repercussão gerada, a discussão dentro do processo restou totalmente esvaziada.

Ainda, para além da divulgação considerada ilícita, houve uma divulgação seletiva, o que corrobora com o direcionamento político das atuações da Lava Jato. A divulgação da totalidade das interceptações poderia ter permitido uma mais adequada visão do que ocorria. Segundo José Eduardo Cardozo, ex-Ministro da Justiça do governo

---

resultados que pretendem alcançar. (in RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.)

<sup>1237</sup> RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato**: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. P:247.

<sup>1238</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 68.

<sup>1239</sup> [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459296826\\_155962.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459296826_155962.html)

<sup>1240</sup> " Não me arrependo do levantamento do sigilo. Era melhor decisão". Do juiz Sergio Moro ao procurador Deltan Dallagnol, em 19/3/2016, em chat do Telegram, discutindo a divulgação de uma escuta ilegal para evitar que o ex-presidente Lula assumisse a chefia da Casa Civil de Dilma. Publicamente, o juiz pediu "respeitosas escusas" e disse que sua intenção nunca fora provocar "polêmicas e constrangimentos desnecessários". <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>

Dilma, a divulgação da totalidade demonstraria que não havia nenhum intento de proteger Lula de uma possível prisão, mas *Era uma opção política, legítima, lícita, de um governo eleito na busca de melhorar a sua sustentação parlamentar e social, obstada por meio de uma manobra abusiva de um juiz que, mais tarde, curiosamente, veio a se tornar o ministro da Justiça do governo que, com as suas decisões, ajudou a eleger.*<sup>1241</sup> Para além do caráter político, Jessé de Souza afirmou que a postura de Moro fora criminosa nesse episódio.<sup>1242</sup> Pedro Pulzatto Peruzzo e Vinicius Gomes Casalino, criticam a competência do Juiz Sérgio Moro, algo muito questionado durante a operação, uma vez que houve uma amplitude desarrazoada da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, afirmando que a força tarefa da Lava Jato atuava sob a orientação de Sérgio Moro, um juiz de primeiro grau: *absolutamente incompetente do ponto de vista jurídico, mas absolutamente competente do ponto de vista político.*<sup>1243</sup>

A seletividade parecia tão evidente e a retórica de que se tratava de reclamação por parte dos corruptos que viram chegar ao fim o reino da impunidade se apresentava cada mais insuficiente e incapaz de esconder excessos e abusos na operação que os próprios integrantes passaram a compreender a necessidade de envolver outros políticos, o que se percebeu a partir de uma conversa sobre uma suposta denúncia ao ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, oportunidade em que Sérgio Moro teria advertido aos Procuradores que isso poderia *causar melindre em alguém cujo o apoio pode ser importante.*<sup>1244</sup> Qual melindre causaria uma denúncia? Maior que uma exposição

---

<sup>1241</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. A Imprudência Inconstitucional. in **Relações Indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020. 58-59.

<sup>1242</sup> Os últimos vazamentos mostram o uso intencional de informações seletivas com o intuito de levarem a erro o STF e a sociedade brasileira. Moro decidiu mostrar apenas uma parte das escutas telefônicas, a que supostamente incriminaria Lula, deixando de lado inúmeras outras falas com conteúdo exatamente contrário ao alegado. Como este fato foi decisivo tanto para a queda de Dilma, no “golpeachment” logo a seguir, quanto para a própria prisão de Lula mais tarde, Moro agiu de má-fé e criminosamente desde o início de todo o processo. SOUZA, Jessé de. Como Moro e a Lava Jato Buscaram Destruir Lula e a Democracia Brasileira. in **Relações Indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020. P: 18.

<sup>1243</sup> Que avanços institucionais não deixaria como herança o reconhecimento de que de fato houve, e foi planejado com propósitos políticos bem identificáveis, a unificação das funções de investigação, denúncia e julgamento em um único dispositivo, aparentemente autônomo mas substancialmente coeso, uno, indiscernível, sob comando supremo do “Russo”, isto é, do então juiz de primeiro grau, absolutamente incompetente do ponto de vista jurídico, mas absolutamente competente do ponto de vista político. (in PERUZZO, Pedro Pulzatto e CASALINO, Vinicius Gomes. A Força Tarefa e a Tarefa da Força. In **Relações Indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020. P:41.

<sup>1244</sup> Moro – 09:07:39 – Tem alguma coisa mesmo seria do FHC? O que vi na TV pareceu muito fraco? Moro – 09:08:18 – Caixa 2 de 96? Dallagnol – 10:50:42 – Em pp sim, o que tem é mto fraco. Moro – 11:35:19 – Não estaria mais do que prescrito? Dallagnol – 13:26:42 – Foi enviado pra SP sem se analisar prescrição Dallagnol – 13:27:27 – Suponho que de propósito. Talvez para passar recado de imparcialidade

mediática de conteúdo íntimo? E de que apoio estaria a se tratar? Enfim, são diálogos extremamente graves que demonstram a atuação jurisdicional objetivando propósitos distintos daqueles que deveriam nortear sua prestação.

Os diálogos vazados mostraram para além do propósito político uma relação indevida de extrema proximidade entre juiz e ministério público. Infelizmente tal fato não é exclusividade do Deltan e Moro, sendo uma lamentável realidade em diversas comarcas por todo o país. Entretanto, isso nunca havia sido revelado e escancarado de forma tão evidente, ainda mais em um processo penal em que todos os holofotes estavam voltados e que julgava pessoas do mais alto escalão político, não sendo difícil imaginar o que ocorre nos meandros dos processos penais que atinjam o público preferencial do nosso sistema de justiça criminal.

Em um momento, preocupado, como sempre, com a repercussão midiática e com o manejo da opinião pública, Moro sugeriu que os Procuradores emitissem uma nota, esclarecendo as contradições do depoimento prestado pelo ex-presidente Lula com outras provas do processo, afirmando em tom pejorativo que *a defesa já fez o showzinho dela*.<sup>1245</sup> Como se considerar normal que um Magistrado, em um caso em andamento sugira que a Acusação faça uma nota apontando *contradições* e trate a argumentação da defesa como *showzinho*? Como se falar em um indispensável equilíbrio entre as partes e respeito a paridade de armas? Além de antecipar o seu entendimento a uma das partes, o Magistrado demonstrou como se pautava a sua relação com a defesa. Em outros momentos, Sérgio Moro comentou sobre a atuação de uma Procuradora, sugerindo que a Força Tarefa encaminhasse outro profissional para as audiências<sup>1246</sup> e alertou o Ministério Público Federal a falta de um documento na denúncia.<sup>1247</sup> Lamentável a constatação desse

---

Moro – 13:52:51 – Ah, não sei. Acho questionável pois melindra alguém cujo apoio é importante. <https://theintercept.com/2019/06/18/lava-jato-fingiu-investigar-fhc-apenas-para-criar-percepcao-publica-de-imparcialidade-mas-moro-repreendeu-melindra-alguem-cujo-apoio-e-importante/>

<sup>1245</sup> Moro – 22:12 – Talvez vcs devessem amanhã editar uma nota esclarecendo as contradições do depoimento com o resto das provas ou com o depoimento anterior dele. Moro – 22:13 – Por que a Defesa já fez o showzinho dela. Santos Lima – 22:13 – Podemos fazer. Vou conversar com o pessoal. Santos Lima – 22:16 – Não estarei aqui amanhã. Mas o mais importante foi frustrar a ideia de que ele conseguiria transformar tudo em uma perseguição sua. In <https://theintercept.com/2019/06/14/sergio-moro-enquanto-julgava-lula-sugeriu-a-lava-jato-emitir-uma-nota-oficial-contra-a-defesa-eles-acataram-e-pautaram-a-imprensa/>

<sup>1246</sup> Moro – 12:32:39. – Prezado, a colega Laura Tessler de vcs é excelente profissional, mas para inquirição em audiência, ela não vai muito bem. Desculpe dizer isso, mas com discrição, tente dar uns conselhos a ela, para o próprio bem dela. Um treinamento faria bem. Favor manter reservada essa mensagem. Dallagnol – 12:42:34. – Ok, mantere sim, obrigado! (in <https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>)

<sup>1247</sup> Não seria um escândalo se um magistrado atuasse nas sombras alertando um advogado de que uma prova importante para a defesa de seu cliente havia ficado de fora dos autos? Pois isso aconteceu na Lava-Jato, só que em favor da acusação. Uma conversa de 28 de abril de 2016 mostra que Moro orientou os

episódio e mais lamentável ainda que o pensamento autoritário e utilitarista, relativizou a gravidade de tais fatos, que além de não representarem a anulação do processo passaram ao judiciário o recado claro de validação de tais práticas.

Não resta dúvidas de que tais fatos macularam a atuação jurisdicional. Uma relação tão próxima e desequilibrada torna o processo penal uma disputa injusta, com o protagonismo do juiz a duelar com o Acusado. Entretanto, houve um “fechar de olhos” muito grande, uma flexibilização ainda maior de nulidades e uma validação pelo “apego público”. Rodrigo Chemim, em obra publicada antes dos vazamentos das conversas afirmava que, diante do que já foi tornado público na Lava Jato e de como a participação do juiz no processo penal é disciplinada na legislação brasileira, a tese de parcialidade do juiz Moro e a tese de que ele investigaria junto com os procuradores da República parecem um pouco destoantes do equilíbrio discursivo.<sup>1248</sup> Entretanto, o que fora tornado público apenas evidenciou aquilo que muitos dos críticos da atuação do juiz Sérgio Moro já enfatizavam.

Não bastasse todos esses episódios, o Juiz ainda aceitou o cargo de Ministro da Justiça do governo Bolsonaro, tendo participação direta no processo eleitoral, sendo o responsável pela condenação do principal adversário político do atual presidente e tendo sido estampado em revistas e manifestações públicas como o herói do combate à corrupção, mas, principalmente, como *algoz* de Lula e do Partido dos Trabalhadores. Tal fato fora visto com preocupação, inclusive pelos integrantes da Força Tarefa, haja vista a extrema gravidade do fato, pelo risco de *queimar* a Lava Jato, por dar razão às alegações de falta de imparcialidade, além de assumirem que o ex-juiz violava o sistema acusatório, o que, obviamente, nunca fora problema para a acusação.<sup>1249</sup> Em outro diálogo, os

---

procuradores a tornar mais robusta uma peça. No diálogo, Deltan Dalla-gnol, chefe da força-tarefa em Curitiba, avisa à procuradora Laura Tessler que Moro o havia alertado sobre a falta de uma informação na denúncia de um réu — Zwi Skornicki, representante da Keppel Fels, estaleiro que tinha contratos com a Petrobras para a construção de plataformas de petróleo, e um dos principais operadores de propina no esquema de corrupção da Petrobras. In.: <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/>

<sup>1248</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 212.

<sup>1249</sup> “Moro viola sempre o sistema acusatório e é tolerado por seus resultados”, disse a procuradora Monique Chaker em 1º de novembro, uma hora antes de o ex-juiz anunciar ter aceito o convite de Jair Bolsonaro para se tornar ministro da Justiça. Integrantes da força-tarefa da Lava Jato lamentavam que, ao aceitar o cargo (algo que ele havia prometido jamais fazer), Moro colocou em eterna dúvida a legitimidade e o legado da operação. Os óbvios questionamentos éticos envolvidos na ida do juiz ao ministério poderiam, afinal, dar maior credibilidade às alegações de que a Lava Jato teria motivações políticas. Um dia antes do anúncio de Moro, em 31 de outubro, quando circulavam fortes boatos de que Moro participaria do governo Bolsonaro, a procuradora Jerusa Viaceli, integrante da força-tarefa em Curitiba, escreveu no grupo **Filhos do Janeiro 3**: “Acho péssimo. Só dá ênfase às alegações de parcialidade e partidarismo.” A procuradora Laura Tessler, também da força-tarefa, concordou com a avaliação: “Tb acho péssimo. MJ nem pensar...

membros do Ministério Público Federal afirmaram *não confiar em Moro* e que pela atuação do Juiz, sequer seria necessária a existência do Ministério Público, ao passo que ele seria *inquisitivo, só manda para o MP quando quer corroborar suas ideias, decide sem pedido do MP (variasssss vezes) e respeitosamente o MPF do PR sempre tolerou isso pelos ótimos resultados alcançados pela lava jato.*<sup>1250</sup>

Retomando a comparação com a Operação Mãos Limpas, como será que a justiça italiana se posicionaria diante de acontecimentos desta gravidade? Vale lembrar que após deixar as investigações, Di Pietro sofreu muito assédio para ingressar na política, inclusive por parte de Berlusconi. Inicialmente resistiu, alegando proximidade com a magistratura. Dois anos depois acabou aceitando assumir o Ministério dos Trabalhos Públicos, ficando apenas seis meses e tendo deixado o cargo para se defender de acusações de abuso ainda do tempo da operação.<sup>1251</sup> Mas, é importante destacar as diferenças, primeiro, Di Pietro era acusador e não julgador do processo. Segundo, ainda assim, esperou dois anos, ao passo que Sérgio Moro se exonerou da Magistratura, meses depois de ter condenado o principal adversário político do presidente ao qual aceitou ser Ministro.

A Força Tarefa da Lava Jato chefiada ou em conjunto com o Magistrado Sergio Moro protagonizaram um processo penal de exceção, um processo penal guiado e conduzido a partir de uma flexibilização enorme de garantias, de uma validação dos atos a partir da aprovação pública, de uma *lavanderia de provas*<sup>1252</sup> e de um monólogo

---

além de ele não ter poder para fazer mudanças positivas, vai queimar a LJ. Já tem gente falando que isso mostraria a parcialidade dele ao julgar o PT. E o discurso vai pegar. Péssimo. E Bozo é muito mal visto... se juntar a ele vai queimar o Moro.” Viecili completou: “E queimando o moro queima a LJ”. Outro procurador da operação, Antônio Carlos Welter, enfatizou que a postura de Moro era “incompatível com a de Juiz”. (*In <https://theintercept.com/2019/06/29/chats-violacoes-moro-credibilidade-bolsonaro/>*)

<sup>1250</sup> Ângelo – 10:00:07 – Cara, eu não confio no Moro, não. Em breve vamos nos receber cota de delegado mandando acrescentar fatos à denúncia. E, se não cumprirmos, o próprio juiz resolve. Rs. Monique – 10:00:30 – Olha, penso igual. Monique – 10:01:36 – Moro é inquisitivo, só manda para o MP quando quer corroborar suas ideias, decide sem pedido do MP (variasssss vezes) e respeitosamente o MPF do PR sempre tolerou isso pelos ótimos resultados alcançados pela lava jato. Ângelo – 10:02:13 – Ele nos vê como “mal constitucionalmente necessário”, um desperdício de dinheiro. Monique – 10:02:30 – Se depender dele, seremos ignorados. Ângelo – 10:03:02 – Afinal, se já tem juiz, por que outro sujeito processual com as mesmas garantias e a mesma independência? Duplicação inútil. E ainda podendo encher o saco. Monique – 10:03:43 – E essa fama do Moro é antiga. Desde que eu estava no Paraná, em 2008, ele já atuava assim. Alguns colegas do MPF do PR diziam que gostavam da pro atividade dele, que inclusive aprendiam com isso. Ângelo – 10:04:30 – Fez umas tabelinhas lá, absolvendo aqui para a gente recorrer ali, mas na investigação criminal – a única coisa que interessa -, opa, a dupla polícia/ juiz eh senhora. Monique – 10:04:31 – Moro viola sempre o sistema acusatório e é tolerado por seus resultados. (*In <https://theintercept.com/2019/06/29/chats-violacoes-moro-credibilidade-bolsonaro/>*)

<sup>1251</sup> CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. P: 203.

<sup>1252</sup> Para Lênio Streck: os diálogos revelaram uma verdadeira “lavanderia de provas”, como bem denominou a imprensa, na medida em que provas adquiridas, primeiramente, por vias informais e ilegais, eram

processual que não permitia a defesa falar e, muito menos, ser ouvida. Aproveitando o momento e evadido de medidas *populistas*, o Ministério Público Federal tentou emplacar o pacote de “10 Medidas Contra a Corrupção”<sup>1253</sup>, que demonstrava um conjunto de reformas no sistema de justiça criminal para amoldar a legislação aos interesses da acusação. Sobre o tema, o Ministro Gilmar Mendes destacou que *achava graça*, que haviam coisas *completamente nazifascistas*, frisando: *É coisa de gente que não pode estar em um jardim de infância de Direito Constitucional, sabe? Que não tem formação cívica. Que está muito focado em uma missão...é coisa de tarado institucional. Um sujeito desses é um perigo.*<sup>1254</sup>

O projeto fora emendado no Congresso Nacional, incluindo a possibilidade de punição de Magistrados e membros do Ministério Público por abuso de autoridade. Eduardo Bolsonaro ingressou com pedido no Supremo Tribunal Federal e o Ministro Luiz Fux concedera a liminar, sob o fundamento de que a Câmara havia violado a essência do pacote. O Procurador Deltan Dallagnol havia ido às redes sociais afirmar que o Congresso acabara por destruir o pacote. A decisão de Luiz Fux fora inédita, até mesmo para o plenário do Supremo. Não havia precedentes que justificasse a paralisação de um projeto de lei de iniciativa popular porque fora emendado. O Ministro invadia a seara do congresso, mas estava em sintonia com a Lava Jato e jogando para a torcida, de acordo com as expectativas dos *amigos do vôlei*.<sup>1255</sup> Obviamente, que as medidas contavam com grande apoio popular, o uso da expressão *contra a corrupção* era um conveniente redutor de complexidades e seduzia pela simplicidade: como ser contra algo que visa combater a corrupção? Isso explica o elevado número de assinaturas.<sup>1256</sup> Sobre as 10 medidas e,

---

utilizadas como impulso para a deflagração de prisões e investigações, para só após, se necessário fosse, requerer oficialmente as mesmas informações ilicitamente obtidas aos órgãos internacionais competentes. Isto tudo, é claro, sem esquecer do acesso clandestino ao sistema de pagamentos de propinas da Odebrecht. STRECK, Lenio Luiz. Diálogos promíscuos: a vazajato, o duplipensamento e o ato de tentar enganar-se a si mesmo ou de como  $2 + 2 = 5!$  **Relações Indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mirian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020. P: 48.

<sup>1253</sup> Seriam elas: 1 - Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; 2 - Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; 3 - Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; 4 - Eficiência dos recursos no processo penal; 5 - Celeridade nas ações de improbidade administrativa; 6 - Reforma no sistema de prescrição penal; 7 - Ajustes nas nulidades penais; 8 - Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; 9 - Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; 10 - Recuperação do lucro derivado do crime. Fonte: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>.

<sup>1254</sup> Entrevista ao jornal O Estado de São Paulo em 10 de junho de 2018. <https://brasil.estadao.com.br/blogs/mario-vitor-rodrigues/entrevista-gilmar-mendes/>

<sup>1255</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 76.

<sup>1256</sup> A iniciativa contou com mais de 2 milhões de assinatura: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/campanha-10-medidas-contra-a-corrupcao-supera-2-milhoes-de-assinaturas>

principalmente, sobre a decisão do Ministro Fux, o Ministro Gilmar Mendes destacou: “*Nós estamos fazendo o que os militares não tiveram condições de fazer. Eles foram mais reticentes em fechar o congresso do que nós*”, em entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo*, na ocasião. E emendou: “*Melhor fechar o congresso logo e entregar as chaves ao Dallagnol*”<sup>1257</sup>

Portanto, aspecto político, seja no campo de política criminal, legislativa ou partidária ecoou durante a operação Lava Jato. As consequências dos desdobramentos das inúmeras fases da operação foram enormes na vida política do país, partidos foram “renomeados”, políticos tradicionais foram presos ou tiveram suas carreiras políticas devastadas, outros foram impedidos de disputarem as eleições, enfim, os efeitos sociais e econômicos da operação foram muitos e graves, cabendo a avaliação do balanço positivo ou negativo para a história, pois ainda é cedo, a operação segue em curso, em que pese, desabastecida, de modo que é prematura qualquer análise mais determinante.

No entanto, para os fins pretendidos no presente estudo não se pode ignorar os efeitos de toda essa exposição midiática, de todo o populismo penal que marcou a atuação dos atores judiciais e, principalmente, dos efeitos da polarização política que adentrou o judiciário, em reflexões binárias a partir do ser *a favor ou contra à Lava Jato*, em visão como se fosse sinônimo de se afirmar *a favor ou contra a corrupção*. Estando o Partido dos Trabalhadores no governo do Brasil durante a eclosão dos principais casos, Mensalão e Lava Jato, resultou em uma associação muito grande deste partido e de seus integrantes à corrupção. A mais alta cúpula do Partido fora investigada, denunciada, presa e condenada. Fato incontestável é que políticos de quase todos os partidos foram envolvidos nos casos de corrupção apurados no interior da operação Lava Jato, no entanto, nenhum deles se viu tão atingido pelos efeitos extrajurídicos da operação como o Partido dos Trabalhadores. Não caberá aqui avaliação acerca da justiça ou injustiça disso, tampouco, uma análise mais aprofundada de todos os políticos envolvidos, mas apenas, ilustrar como a polarização que associou este partido à corrupção, minorando a participação de outras entidades partidárias, certamente, moldou um quadro de expectativas à ser preenchida por julgadores nos casos concretos.

Inegável que a figura de protagonismo, a personificação do partido e de todas as suas bandeiras estava na pessoa do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Presidente eleito em 2002 e reeleito em 2006, com recorde de aprovação, mesmo durante o *terremoto*

---

<sup>1257</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 75.

causado pelo Mensalão conseguiu eleger Dilma Rousseff como sua sucessora em 2010 e, posteriormente, mesmo no meio dos desdobramentos da operação Lava Jato, emplacar a reeleição de Dilma Rousseff, no ano de 2014, em um cenário que dividiu o país, haja vista a pequena margem de diferença da presidenta eleita para o candidato Aécio Neves, do PSDB.<sup>1258</sup>

Esse clima de divisão obviamente que não se *contentou* com o resultado das urnas e a divisão do país acabou chegando ao processo de *impeachment* da Presidenta Eleita, que acabou sendo afastada do cargo em 31 de agosto de 2016. Todo esse processo desde a votação na Câmara dos Deputados até a aprovação pelo Senado Federal fora, como são os processos desta natureza, muito mais políticos do que jurídicos. No entanto, a cada manifestação de parlamentar pelo *impeachment* da Presidenta, se percebia o voto *contra a corrupção e a favor da lava jato*, como marcas centrais das manifestações parlamentares, em sessão transmitida ao vivo em rede de televisão aberta para todo o país. O uso de justificativas como *pela moralidade*, pelo *combate à corrupção* ou mesmo pela família dos parlamentares marcou a votação que abria caminho para o afastamento da Presidenta reeleita havia menos de 2 anos.

Mesmo que posteriormente, muitos daqueles que protagonizaram votos moralistas tenham sido envolvidos em escândalos de corrupção e alvos de algumas das operações da Lava Jato, a pecha maior, até mesmo pela posição que ocupava e pelo tamanho do partido, decaiu sobre o Partido dos Trabalhadores e, mais especificamente, sobre o seu líder maior: Lula. O episódio do cancelamento de sua posse e o vazamento de conversas íntimas dele, fomentou ainda mais a sua imagem negativa perante o imaginário social. Nesse cenário, após o mandato exercido pelo vice-presidente eleito, Michel Temer, o país se aproximava das eleições presidenciais de 2018 e Lula aparecia muito à frente em todas as pesquisas, mesmo depois da condenação em primeiro e segundo grau, no âmbito da Lava Jato.<sup>1259</sup> Nesse cenário, reinava a incerteza, poderia o ex-presidente ser candidato. Apoiadores deste, afirmavam ser ele vítima de um golpe que teria tido o *impeachment* como um dos elementos centrais e a sua prisão, com afastamento

---

<sup>1258</sup> Dilma Rousseff foi eleita com 51,6% dos votos válidos contra 48,3% de Aécio Neves. Fonte: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/10/dilma-e-reeleita-presidente-e-amplia-para-16-anos-ciclo-do-pt-no-poder.html>

<sup>1259</sup> 31 de Janeiro de 2018, pesquisa apontava Lula com 34% dos votos e Jair Bolsonaro com 16%. Fonte: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/31/politica/1517399782\\_176018.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/31/politica/1517399782_176018.html) Já em março de 2018, com o trânsito em julgado em segundo grau se aproximando, Lula aparecia com 33,4% e Jair Bolsonaro com 16,8%. Fonte: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/03/06/lula-lidera-pesquisa-aponta-entmda-sem-petista-bolsonaro-fica-em-1.htm>.

das eleições como o *golpe final*. A defesa dos ex-presidente tentou ir à Organização das Nações Unidas denunciando graves violações na condução do processo. Um advogado australiano cobriu o julgamento de Lula no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e referiu que “*Lula não teve um julgamento justo diante de Moro. Não tem a ver com ser culpado ou não, mas com os procedimentos*”<sup>1260</sup> Nesse clima, bonecos de Lula vestido de presidiário se faziam presentes em todas as manifestações populares, ladeando fotografias e imagens que retratava, Sergio Moro como herói, bem como frases e faixas de apoio à operação Lava Jato.

Nesse contexto, com uma denúncia apresentada publicamente, com um *powerpoint* que colocava Lula no centro do esquema de corrupção,<sup>1261</sup> posteriormente fora estampado em revistas em um ringue diante de Sérgio Moro, às vésperas de seu interrogatório, que fora amplamente analisado pela mídia, com comentários acerca de cada palavra ou expressão utilizada<sup>1262</sup>. Condenado em primeiro grau, após a manutenção da condenação em segunda instância, a prisão de Luis Inácio Lula da Silva era um risco iminente. Temido por grande parcela da população e esperado euforicamente por outra tão grande quanto ou, ainda, maior. O risco se apresentava a partir do entendimento, do Supremo Tribunal Federal que permitia a *execução provisória da pena*, isto é, que a pena pudesse ser executada a partir do julgamento em segundo grau. Tal entendimento fora fixado quando do julgamento do Habeas Corpus 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em fevereiro de 2016. Com esse entendimento, a Corte alterou o entendimento que vigorava desde 2009, a partir do julgamento da HC 84078, que condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva.

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade,

---

<sup>1260</sup> <https://veja.abril.com.br/blog/rio-grande-do-sul/defesa-de-lula-vai-a-onu-por-direitos-humanos-do-ex-presidente/>

<sup>1261</sup> Alexandre Morais da Rosa analisa essa estratégia: “O procurador da República Deltan Dallagnol, um dos responsáveis pela operação Lava Jato, apresentou o famoso *power point* em que apontava o ex-presidente Lula como sendo o chefe da organização criminosa. Entretanto, não formulou a denúncia à época imputando a conduta. Boa parte dos articulistas e dos juristas entendeu a “jogada” como fora de propósito. Arrisco uma hipótese alternativa, reconhecendo os méritos do leilão de informações, via delação premiada.” In ROSA, Alexandre Morais da. BERMUDEZ, André Luiz. **Para Entender a Deleção Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico**. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. P: 138.

<sup>1262</sup> <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/09/13/leia-a-integra-do-depoimento-de-lula-a-moro.htm>

até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito: “*Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado*”<sup>1263</sup> Acompanharam o entendimento os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, presidente da Corte, ficaram vencidos.

Desde a publicação desta decisão inúmeras foram as críticas realizadas ao entendimento que, no sentir dos críticos, ignorava a literalidade do texto constitucional que exigia o *trânsito em julgado de sentença penal condenatória* para que o alguém fosse considerado culpado e, portanto, pudesse vir a cumprir pena.<sup>1264</sup> Bem como o texto claro do Art. 283 do Código de Processo Penal que, igualmente, autorizava a prisão, ressalvadas as hipóteses de prisão preventiva, ao trânsito em julgado.<sup>1265</sup> Posteriormente a isso, ainda em 2016, o Partido Ecológico Nacional – PEN (hoje, PATRIOTA) ingressou com ação de declaração de constitucionalidade (ADC 43) e a Ordem dos Advogados do Brasil, ingressou com outra medida no mesmo sentido (ADC 44), para que o Supremo declarasse o art. 283 do Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição.<sup>1266</sup>

---

<sup>1263</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>

<sup>1264</sup> Para Aury Lopes Jr: É preciso compreender que os conceitos no processo penal tem fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’. Não pode o STF imaginar — e aqui valho-me de Lenio Streck — que pode reinventar conceitos processuais assentados em — literalmente — séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo (sigo com Streck) e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. O STF não pode “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática. (*in* <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>)

<sup>1265</sup> Para Lênio Streck: Ou seja: para dizer que era cabível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, não basta que o STF se refira a uma redefinição da interpretação do inciso LVII do artigo 5º da CF (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Por que o constituinte teria posto esse inciso? Se não fosse para, exatamente, dizer o que depois foi posto no artigo 283, não precisaria tê-lo feito. Por que a expressão “trânsito em julgado”? O que é trânsito em julgado? Ora, enquanto couber qualquer tipo de recurso, uma decisão não transita. Então temos a holding — princípio constitucional — e o enunciado que explicita isso no plano de uma regra (artigo 283). Tão claro como colocar água em cima. (*in* <https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>)

<sup>1266</sup> Na ADC 43, o Patriota sustenta que a jurisprudência de 2016 é incompatível com a norma do CPP e que, para admitir que a condenação seja objeto de execução provisória, o Plenário teria de ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo, o que não ocorreu. No mesmo sentido, a OAB sustenta na ADC 44 que, apesar de a decisão no HC 126292 não ter efeito vinculante, os tribunais de todo o país passaram a

Retomando ao caso do ex-presidente Lula, após o trânsito em julgado no Tribunal Regional Federal, aonde o recurso de Lula fora improvido e o recurso do Ministério Público Federal provido, em unanimidade, para majorar a pena para 12 anos e 1 mês.<sup>1267</sup> No Acórdão, já se determinava a execução da pena após o trânsito daquela decisão: “*Em observância ao quanto decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292/SP, tão logo decorridos os prazos para interposição de recursos dotados de efeito suspensivo, ou julgados estes, deverá ser oficiado à origem para dar início à execução das penas.*” Assim defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça objetivando que não fosse determinada a sua prisão.<sup>1268</sup> O Superior Tribunal de Justiça negou a liminar, oportunidade em que a defesa impetrou ordem de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, na qual a liminar fora indeferida, também, pelo Ministro Luiz Edson Fachin, que remeteu o feito ao plenário do Supremo.<sup>1269</sup> Posteriormente, antes do julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem de *habeas corpus*, estando, portanto, nas mãos do Supremo, novamente, o enfretamento daquele tema e todos os efeitos que poderiam advir da autorização da prisão de um ex-presidente da república que ainda liderava as pesquisas para as eleições presidenciais que ocorreriam naquele ano.

Havia muita expectativa em torno do julgamento do *habeas corpus* em favor do ex-presidente pelo Supremo Tribunal Federal, houve, como já referido, mensagem de General no *twitter*, dando um recado ao Supremo<sup>1270</sup> e, até mesmo, jejum do Procurador Chefe da Força-Tarefa da Lava Jato,<sup>1271</sup> considerando o julgamento como o *Dia D contra*

---

seguir esse posicionamento sem que o STF tenha se pronunciado sobre a constitucionalidade do artigo 283 do CPP. In <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=426931>

<sup>1267</sup> <https://migelhas.uol.com.br/quentes/272983/3x0--trf-aumenta-pena-de-lula-na-lava-jato>

<sup>1268</sup> <https://g1.globo.com/politica/noticia/defesa-pede-para-stj-para-impedir-prisao-de-lula-apos-condenacao.ghtml>

<sup>1269</sup> Decidiu o Ministro Fachin que: “Como é notório, pende de julgamento o mérito das ADCs 43 e 44, da relatoria do ministro Marco Aurélio, cujo tema precede, abarca e coincide com a matéria de fundo versada no presente writ. Há, portanto, relevante questão jurídica e necessidade de prevenir divergência entre as Turmas quanto à questão relativa à possibilidade de execução criminal após condenação assentada em segundo grau de jurisdição”

<sup>1270</sup> O Comandante do Exército, General Eduardo Villas Bôas, escreveu em sua página no *twitter*: *Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais.* (in <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/na-vespera-de-julgamento-sobre-lula-comandante-do-exercito-diz-repudiar-impunidade.shtml>)

<sup>1271</sup> O procurador da República Deltan Dallagnol afirmou no Twitter que estará em jejum no dia do julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Dallagnol afirma que o julgamento, marcado para o dia 4 de abril, é o “dia D da luta contra a corrupção” e que, caso Lula não seja preso, “significará que a maior parte dos corruptos de diferentes partidos, por todo país, jamais serão

a corrupção no Brasil. Todos estes elementos evidenciam o porquê da importância da análise minuciosa destes votos a corroborar com tudo o que fora objeto da presente pesquisa. Assim, no dia 22 de março de 2018 o Supremo iniciou o julgamento do *habeas corpus* que visava impedir a prisão do ex-presidente Lula após o exaurimento da segunda instância de julgamento. Se discutia, também, a ausência de colocação em pauta das ADCs, o que obrigava o Supremo a julgar a questão em sede de *Habeas Corpus* e depois ter de decidir a matéria em ações declaratórias que discutiam a mesma coisa.

A Presidente da Corte, era a Ministra Carmen Lúcia, que possuía um potente radar de captações de humores públicos e tinha como uma de suas marcas, evitar confrontar as opiniões e tendências dos principais veículos noticiosos. Com essa habilidosa conexão com a opinião pública, muitas vezes construída à custa do esgarçamento das suas relações com ministros (fosse expondo os colegas em plenário, fosse descumprindo acordos firmados nos bastidores), fragilizou sua liderança interna, o que se percebeu algumas discussões durante o julgamento. Mas garantiu-lhe o respaldo da mídia quando decidiu jogar com o regimento debaixo do braço e impedir o julgamento das ações (ADCs 43 e 44) que poderiam provocar uma mudança da jurisprudência do tribunal sobre a execução da pena após condenação em segunda instância, um legado de Zavascki e Barroso. Um momento crucial para a Lava Jato e que, como será analisado, evitou a libertação de Lula antes das eleições de 2018.<sup>1272</sup>

Esse fato fora lançado pelo Ministro Gilmar Mendes, que referiu que, havendo a pauta do *habeas corpus* anteriormente às ADCs, o Supremo deveria entender que estaria julgando ali um dado *objetivo*, ou seja, a matéria de fundo, para além da questão meramente *subjativa* de um *habeas corpus* em individual. Pois não teria lógica decidir de uma forma o *habeas corpus* e depois de outra, a mesma matéria quando das ADCs.<sup>1273</sup> O Ministro Marco Aurélio, foi um dos principais críticos da postura da

---

responsabilizados". (in <https://noticias.r7.com/brasil/dallagnol-diz-que-vai-fazer-jejum-em-nome-da-prisao-de-lula-02042018>.)

<sup>1272</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 120.

<sup>1273</sup> Ministro Gilmar Mendes: Nessa assentada, para aqueles que aqui estavam, encerrado o julgamento, dissemos: "agora autorizemos cada relator a decidir, monocraticamente, assumindo, portanto, a objetivação do caso". Portanto, a mim me parece, com todas as vênias de estilo, Presidente, absolutamente irrelevante que, por uma decisão de Vossa Excelência - sempre sábia -, se colocou em pauta o *habeas corpus* de Lula da Silva, e não a ADC. Estamos decidindo o caso, com certeza, mas estamos decidindo o tema, e estamos decidindo do Plenário. Não há outro espaço para argumentação em termos de processo constitucional. Não há por que denegar o *habeas corpus* e conceder a ADC, não faz nenhum sentido. Não faz nenhum sentido por quê? Porque é o tema que estamos decidindo. É o Plenário do Supremo, por sua completude, por sua unanimidade, que está a deliberar sobre o tema. Há muito se vindicava a necessidade desse debate e essa questão, portanto, agora se pôs. Por acidentalidade do destino, se pôs em sede de *habeas corpus*. Que venha,

Presidente da Corte, questionando isso em diversas oportunidades e referindo que discordava da manifestação da Ministra ao público que pautar as ações declaratórias seria apequenar o Supremo, ao que a Ministra referiu que isso estaria fora do contexto, que ela apenas pautou o julgamento do *habeas corpus* por versar sobre direito subjetivo e ter preferência regimental.<sup>1274</sup>

A discussão, inicial, se deu pelo *conhecimento ou não da ordem de habeas corpus*, que, inicialmente havia sido impetrada em face de uma decisão liminar de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça mas que, no decurso do trâmite da ação perante o Supremo, teve o seu julgamento de mérito. A matéria, também, versava sobre a possibilidade de se falar em ilegalidade ou coação ilegal por uma Corte que apenas decidiu conforme a orientação da Suprema Corte. Nesse sentido, os Ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Carmen Lúcia e Luiz Fux votaram por *não conhecer do Habeas Corpus*. O Ministro Luiz Fux, sustentou que: *Nós julgamos com muita profundidade naquela oportunidade. Teve repercussão geral, inclusive*, ao se referir ao Habeas Corpus 126.292, oportunidade em que o Ministro Marco Aurélio questionou sobre a desnecessidades das ADCs então, ao que o Ministro Fux disse que ficava encantado com a *postura garantista que nós todos apreciamos* do Ministro Marco Aurélio mas que não podia considerar como teratológica uma decisão que obedeceu ao entendimento do Supremo e por isso não conhecia do *habeas corpus*.<sup>1275</sup>

---

portanto, o habeas corpus, e que se decidamos o habeas corpus com a inteireza que estamos a decidir um processo de feição objetiva. Até porque, como sabemos muito bem, é assim que funciona nos sistemas de jurisdição constitucional; as ações vão ganhando esse papel. (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 99)

<sup>1274</sup> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que Vossa Excelência anunciou, ao grande público, que colocar as declaratórias em pauta dirigida, com data designada, seria apequenar o Tribunal. Não penso dessa forma. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, não foi isso! Como dito fica fora de contexto. E não foi nesse contexto que foi dito isso. E continuo dizendo que o Supremo, quando julga, julga exatamente as questões postas e, por isso mesmo, não se apequena diante deste ou daquele caso. O que, portanto, veio a julgamento sem pauta, como manda o art. 83, Ministro, foi o habeas corpus, porque se trata de um direito subjetivo - ainda que se discuta uma tese; o Ministro Gilmar aqui realça esse ponto -, é o caso de uma pessoa, e todo ser humano tem direito, todo cidadão tem o direito a este julgamento. Apenas para verificar porque esse teve essa preferência. E isso foi, aliás, exposto a Vossas Excelências e a todo mundo no início da seção de quarta-feira. Apenas para elucidar, com todo respeito. (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 99)

<sup>1275</sup> O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência quer me poupar serviço – não ter que relatar e votar no julgamento definitivo? O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Não! Eu fico encantado quando Vossa Excelência vem com sua postura garantista que nós todos apreciamos, de forma alguma. Mas eu não consigo caracterizar como teratológica uma decisão de um juiz que obedece à decisão da Suprema Corte. Por essa razão, peço vênias aos entendimentos em contrário. Não conheço do recurso e também não me vejo em condições para conceder a ordem de ofício. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência não conhece do recurso do habeas corpus? O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque o recurso cabível era ordinário constitucional. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Veja, Presidente, até pela terminologia, já se transformou essa ação nobre em recurso. Não se conhece da impetração! O SENHOR MINISTRO LUIZ

Votaram por conhecer do *habeas corpus* a Ministra Rosa Weber, além do Ministro Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski trouxe dados acerca de impetrações de *habeas corpus* pelas Defensorias Públicas, mostrando um percentual considerável de concessões e destacando que o remédio constitucional *é a última esperança daqueles que não têm mais esperança. Portanto, é importante dizer que se trata de um remédio constitucional importantíssimo, que não pode, a meu ver, sofrer nenhum tipo de constrangimento.*<sup>1276</sup> O Ministro Gilmar Mendes destacou: “*Não é preciso dizer que esse tipo de restrição fala mal de nós como órgão de garantia. Fala mal, compromete. Dizer ter orgulho de não conhecer de habeas corpus é um grande problema, grave problema. Criar mecanismos de restrição ao sistema é extremamente grave, é extremamente sério. Isto precisa ser observado.*”<sup>1277</sup>

Portanto, por maioria, o plenário decidiu por conhecer do *habeas corpus*, entretanto, pelo adiantado da hora decidiu por adiar o julgamento para o próximo dia 04 de abril de 2018. Nesse momento, o advogado de defesa requereu a expedição de um salvo conduto, que viesse a impedir a prisão do ex-presidente naqueles dias, até o julgamento do *habeas corpus*. Nesse momento, novo impasse entre os Ministros. O Ministro Luis Roberto Barroso, disse não haver sentido para *abrir essa exceção*, que a vida em um Estado de Direito impõe obrigações de não se desviar do caminho reto e que o papel do Supremo é cumprir a Constituição e a lei, independente do fato de ser o

---

FUX - Vossa Excelência sabe por que se transformou? Por serem reiterados os habeas corpus, assim como sucede com os recursos. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Caminha-se para o campo da autodefesa, pessimamente vista. O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não. Não entendo como jurisprudência defensiva de forma alguma. Na Turma, não conseguimos chegar a um consenso e não será no Plenário que chegaremos. ((in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 27/28)

<sup>1276</sup> Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, então, eu quero, evidentemente - a minha argumentação levava a isso -, dizer que conheço desse HC pela importância da questão envolvida no bojo deste feito. Mas gostaria também, antes de finalizar, de trazer um dado que me parece extremamente importante, que eu colhi numa palestra que fiz até para os Defensores Públicos do Rio de Janeiro. Nos últimos cinco anos, só de HC s impetrados pelas Defensorias Públicas, que foram em número de 8.575, 1.242 lograram êxito, foram concedidas as ordens, portanto, 14%. Tenho outros dados aqui, eles indicam que, somando-se os HCs e os RHCs dos últimos quinze anos, nós tivemos um índice de êxito de 22%. E nós, na Segunda Turma, temos conhecido com muita generosidade destes HCs lá impetrados até de presos que chegam até o Supremo Tribunal Federal veiculando as suas angústias num pedaço de papel de embrulho, no verso de um maço de cigarro. Esta é a última esperança daqueles que não têm mais esperança. Portanto, é importante dizer que se trata de um remédio constitucional importantíssimo, que não pode, a meu ver, sofrer nenhum tipo de constrangimento. Portanto, Senhora Presidente, com essas modestíssimas palavras, conheço do HC. ((in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 38)

<sup>1277</sup> (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 42)

paciente ex-presidente da República.<sup>1278</sup> O de relevo nesse trecho é a ideia de *cidadão de bem*, de trilhar um caminho reto, dando por antecipado o juízo de culpa a que se discutia, em tese, no processo que justificou a impetração do *habeas corpus*. O Ministro Gilmar Mendes destacou que não se poderia conceder direitos indevidos pelo fato de ser ex-presidente, mas, também, não poderia haver perseguição: “*Não deve ser ele privilegiado, mas também não deve ser ele perseguido por ter a condição de ex-presidente. Nós não devemos buscar aqui, por algum tipo de sadismo, um sentimento de exemplaridade, Presidente. Então nós temos que ter muito cuidado com isso. Ele não é mais cidadão, mas também não é menos cidadão. Não deve ficar, por isso, desprotegido. É bom que isso fique bem assente.*”<sup>1279</sup> Assim, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), deferiu liminar para que fosse expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento que se daria no dia 04 de abril de 2018.

Quanto ao mérito do *habeas corpus*, o Relator Ministro Edson Fachin fez questão de ressaltar *que a República Federativa do Brasil tem sido questionada em organismos internacionais quanto à tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos.*<sup>1280</sup> O uso de tal argumentação remetia-se a ausência de defesa dos direitos humanos a partir do controle a ser exercido pelo direito penal, dando como causa disso a impunidade, ocasionada pela morosidade do sistema de justiça, destacando, inclusive condenações do Brasil nas cortes internacionais.

O Ministro Gilmar Mendes mudou o seu entendimento fixado pela ocasião do julgamento do HC 126.292, explicou o Ministro que a mudança se dava no sentido de que a partir daquela decisão os Tribunais passaram a determinar automaticamente a prisão após o julgamento em segunda instância e que, a partir disso, verificou a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos em razão de reforma posterior pelo STJ. Referiu, ainda, que a garantia da presunção de inocência não é absoluta e que, em que pese, a

---

<sup>1278</sup> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu não considero irrelevante o fato de se tratar de um ex-presidente da República - da República. Republicanamente, portanto, acho que ele deve ser tratado como qualquer brasileiro, e não tenho conforto de abrir uma exceção. Nesse caso, há uma jurisprudência em vigor, eu sinceramente não vejo razão para a concessão da medida liminar. O Estado de direito nos impõe algumas obrigações de não desviar de um reto caminho. Portanto, independentemente dos sentimentos pessoais que as pessoas possam ter, o nosso papel é cumprir a Constituição e as leis. Nesse caso, seria abrir uma exceção que eu não gostaria de abrir. (*in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 68)

<sup>1279</sup> (*in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 78)

<sup>1280</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 90.

literalidade do texto constitucional conduzir a ideia de exigência do trânsito em julgado não <sup>1281</sup> O Ministro ainda trouxe os casos graves que embasaram seu voto no julgamento anterior, *casos graves têm ocorrido que comprometem mesmo a efetividade da Justiça*, referindo que *Situações excepcionais, para hipóteses de crimes graves, em que normalmente se impõe o regime fechado, pode-se dar início ao cumprimento da pena a partir do segundo grau de julgamento.*<sup>1282</sup> Entretanto, olvida-se o Ministro que a gravidade do crime não pode representar um elemento a justificar a medida cautelar, por ausência de cautelaridade e, partir disso, pela vagueza do que seria considerado um crime grave poder-se-ia incidir no mesmo problema da prisão automática, o que fora avaliado por ele próprio em seu voto, mas que acabou abrindo o permissivo pela *credibilidade das instituições.*<sup>1283</sup>

O aspecto midiático e político se fez presente no voto de Gilmar Mendes, no campo midiático criticou aquilo que chamou de *mídia opressiva*, referindo nunca ter presenciado, nos mais de 15 anos de Supremo Tribunal Federal um trabalho midiático dessa forma. No entanto, atribuiu a culpa disso tudo ao próprio Partido dos Trabalhadores, que havia *gestado esse germe ruim da violência* a partir das práticas ofensivas e intolerantes contra os seus adversários. No campo midiático, também, criticou matéria da

---

<sup>1281</sup> *Contudo, penso que a conclusão daquele julgamento no HC 126.292, na linha da argumentação que desenvolvi, poderia ter sido outra. Explico: analisadas diversas situações concretas resultantes daquele julgado, em que tribunais, automaticamente, passaram a determinar a antecipação da execução da pena, verifiquei, e acredito que todos os meus pares também, a ocorrência de encarceramentos precoces, indevidos, em razão de reforma posterior da condenação pelo STJ. São situações em que, iniciada a execução antecipada da pena a partir do julgamento de segunda instância, esta vem a ser, em recurso especial ou habeas corpus, reduzida com mudança de regime (para o aberto), ou suplantada pela absolvição ou pela extinção da punibilidade pelo Superior Tribunal de Justiça. Destarte, entendo que, estabelecendo-se marco mais seguro, poderíamos manter as linhas gerais do entendimento instituído no HC 126.292. Antes disso, o progressivo tratamento mais gravoso, de acordo com o estágio do processo, poderia antecipar a execução da pena, segundo análise caso a caso, em situações excepcionais, que serão vistas adiante. Com efeito, o princípio vigente de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, não é absoluto. Estabelece o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, in verbis: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do referido dispositivo prestigia a orientação no sentido da exigência de trânsito em julgado para que se proceda à aplicação da pena, estando no espectro dessa preclusão maior, na linha do que ficou estabelecido no HC 126.292, dispensar-se tratamento mais gravoso ao réu na mesma medida em que avança o processo com a condenação pelas instâncias soberanas de análise dos fatos. Daí ter aderido, em um primeiro momento após o julgamento daquele HC, ao entendimento inaugural do Ministro Dias Toffoli na ADC 43, no sentido de que o início da execução da pena deveria aguardar o julgamento do recurso especial (ou AResp) pelo STJ. ((in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 113).*

<sup>1282</sup> *(in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 120).*

<sup>1283</sup> O STF, como se sabe, tem repellido, de forma reiterada e enfática, a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente. O clamor das ruas não deve orientar as decisões judiciais. O que se quer dizer é que a própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável. *(in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 124).*

Folha de São Paulo que criticava os *88 dias de férias dos Ministros*, dizendo que aquela publicação, em que pese coerente e acertada, vinha no estilo de uma chantagem. Por fim, menciona ter havido uma ampla cobertura do Jornal Nacional mostrando sua incongruência no posicionamento, fruto de sua alteração de entendimento.<sup>1284</sup> Esses aspectos do voto evidenciam o quanto a repercussão midiática seguia influenciando na apreciação exercida pelos Ministros. E, sabedor da polarização que habitava o imaginário social não perdia uma oportunidade de fazer críticas ao PT e referir que não poderiam dizer que ele possuía simpatia pelo Partido.

Como razão de mudança de seu posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes destaca a experiência adquirida com a sua atuação junto ao sistema penitenciário brasileiro, referindo que: *eu falo isso, portanto, com autoridade de quem lida com esse tema na aceção dos direitos humanos, do compromisso que se deve ter, e não com o populismo, com demagogia, com vontade de satisfazer essa onda de punitivismo que está por aí*. E refere que as falhas da justiça em autorizar a prisão automática a partir da segunda instância seriam ainda aumentadas e refere: *Por essa razão, Presidente, as prisões automáticas - e não farei, aqui, a leitura subjacente a isso - empoderam um*

---

<sup>1284</sup> SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu faço até um parêntese para lembrar que eu já estou aqui há quinze anos e já vi quase de tudo. Nunca vi uma mídia tão opressiva como aquela que se tem feito nestes anos, nunca vi. Já vi de tudo. Todos sabem que eu venho do Governo FHC. E aqui até vou fazer uma reflexão que, certamente, não vai agradar aos meus amigos petistas. Creio que nós devemos muito desse quadro hoje de intolerância do País à prática que o PT desenvolveu ao longo dos anos: de intolerância, de ataque às pessoas. Quando eu me lembro, por exemplo, dos ataques que hoje se fazem, nas ruas, às pessoas, eu me lembro dos ataques que fizeram aqueles grevistas de São Paulo a Mário Covas, doente, com câncer. E José Dirceu, líder, então, disse: “Bem-feito, vai apanhar nas ruas e nas urnas”. Esse tipo de intolerância, quer dizer, gestou-se esse germe ruim da violência. Acho que o PT tem uma grande chance, neste momento em que ele se encontra com a realidade, de fazer aquilo que se chama eines Revision sverfahren, um pedido de desculpas público por esse tipo de ataque. Os aprendizes aprenderam na oficina do diabo, essa gente que hoje está aí, fascistoides atacando às pessoas. Isto é extremamente ruim. Mas eu não me lembro, Presidente, em todos esses anos, de uma mídia tão ofensiva, até diria - usando uma palavra forte -, de uma certa forma, chantagista. Eu vi, por exemplo, a matéria da Folha de domingo, dizendo que nós temos 88 dias de férias, e daí toda a causa. Essa matéria deveria já ter sido publicada. De fato, e eu concordo, nós temos de acabar com esses feriados do Judiciário. Nós temos que realmente, e eu já falo sempre: acabar com as férias em dobro do Judiciário. Mas não mediante chantagem, com uma reflexão clara nossa. É como se dissessem assim: “Se vocês se comportassem, a gente não publicaria isso. Mas, como vocês não estão se comportando...” Não dá; num regime democrático, isso não se pode fazer. Veja, e eu falo com a autoridade de quem vem falando isso há muito tempo, temos de acabar com esses penduricalhos, com essas férias em dobro, com o auxílio moradia, o diabo. Falo com a autoridade de quem passou pelo Eleitoral agora recentemente e acabou com 400 Zonas Eleitorais. Os senhores sabem que isso significa “dindim”, dinheiro para promotor, dinheiro para juiz. Muito difícil de se fazer, porque entendi que era para se fazer assim. Mas é preciso, um pouco, acabar essa mídia opressiva que se tem feito. Fez-se ontem um festival no Jornal Nacional, querendo provar minha incoerência. Os senhores verão que não tem incoerência alguma, senão responsabilidade com o País, responsabilidade institucional. (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 126-128)

*estamento que já está por demais empoderado: o estamento dos delegados, dos promotores, dos juízes.*<sup>1285</sup>

E seguiu reverberando fortes críticas às coberturas e pressões midiáticas. Referiu que: *“Há algum tempo, eu andava pelas ruas de Lisboa, como todos sabem, duas senhoras jogaram palavras agressivas. O Globo, em seguida, publicou a seguinte chamada - e disse isso aos responsáveis pelo Globo: Vejam o que duas senhoras fizeram ao encontrar o Ministro Gilmar Mendes nas ruas de Lisboa. O que você faria? É esse o tipo de mídia opressiva que nós desenvolvemos. É preciso dizer não a isso!”* E prossegue o Ministro frisando um ponto nevrálgico de tudo que fora avaliado ao longo da presente pesquisa, em relação às pressões sofridas e suportadas pelos julgadores, referindo que: *“Se tivermos que decidir causas como essa, porque a mídia quer este ou aquele resultado, melhor nos demitirmos e irmos para casa. Vejam, eu não sei o que é apreender o sentimento social. Não sei! Ah, é o sentimento da mídia. À época, Pinheiro Machado falava que não havia opinião pública, senão a opinião publicada. Eu não sei, é até bom saber. Mas se um tribunal for se curvar a isso, é melhor que ele desapareça, é melhor que deixe de existir. Em matéria criminal, a coisa mais sensível é julgar segundo o sentimento da rua. E segue invocando que os nazistas já defenderam isso a partir da ideia do *volksgeist* e frisando que: Não se pode falar nisso, sob pena de comprometer a democracia.”*<sup>1286</sup>

O Ministro de fato é daqueles que, aparentemente, não se importa com as “brigas” compradas com a opinião pública, sendo o seu nome, seguidamente, mencionado nas críticas aos Ministros do Supremo. Em setembro de 2017, o site da Veja divulgou uma pesquisa realizada pelo instituto Paraná Pesquisas, que mostrava que 84% dos brasileiros discordavam do comportamento do Ministro no tribunal. Obviamente que a aprovação da arquibancada não é (ou não deveria ser) um critério de avaliação para nenhum juiz. Mas a mensagem era clara: Ministro Gilmar Mendes era uma celebridade odiada.<sup>1287</sup> Após sua virada de posicionamento, certamente fora alvo de muitas críticas. Em uma matéria intitulada *O Vaivém das opiniões de Gilmar Mendes sobre a Prisão em Segunda Instância*, publicado no site da UOL, faz um apanhado das mudanças do Ministro, que em 2009 votou contra a possibilidade de prisão em segunda instância, em

---

<sup>1285</sup> (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 129/130)

<sup>1286</sup> (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 131).

<sup>1287</sup> RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 99.

2016 votou favorável e em 2017 voltou a se posicionar contra a prisão, o que foi ratificado em 2019. Chama a atenção os comentários dos leitores à matéria, o leitor de nome *Julimar1*, disse que se a Constituição não mudou, não havia como mudar o entendimento, referindo que: *Sempre criticamos políticos, mas agora vemos que nosso país possui um mal pior, que é o STF*. Outro perfil, *numrola*, referiu que: *O STF assassinou o Brasil. Estamos na fila aguardando o sepultamento; depois da Venezuela, é a nossa vez...* Outros pediam o fechamento do Supremo em menção ao “*cabo, soldado e jipe*”,<sup>1288</sup> referência ao posicionamento no *twitter* do Procurador da República Adriano Barros Fernandes, que referiu que *basta um jipe, um soldado e um cabo pra fechar a corte*<sup>1289</sup>, bem como ao que fora dito pelo filho do Presidente Bolsonaro no sentido que um cabo e um soldado fechariam o Supremo.<sup>1290</sup>

Retomando aos votos, o Ministro Alexandre de Moraes, iniciou seu voto com uma digressão histórica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à prisão em segunda instância, que durante os 29 anos e 6 meses que a Constituição Federal esteve em vigor, por 22 anos e 6 meses, o Supremo admitiu a prisão em segunda instância.<sup>1291</sup> E referiu, se valendo de argumentos populistas e que não dispunham de elementos concretos e, pior, contrariando informações que evidenciam o crescimento da população carcerária ano após ano no Brasil<sup>1292</sup>, que: *Durante todos esses anos, quase 30, as alterações de posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não*

---

<sup>1288</sup> <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/07/o-voto-de-gilmar-mendes.htm>

<sup>1289</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/12/procurador-diz-que-jipe-cabo-e-soldado-fecham-supremo.shtml>

<sup>1290</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>

<sup>1291</sup> É importante ressaltar que, durante os 29 anos e 6 meses de vigência da Constituição, esse posicionamento – possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação – foi amplamente majoritário em 22 anos e 6 meses. Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo Ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje. Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado. Da mesma maneira, durante esses quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, dos 34 (trinta e quatro) Ministros que atuaram na Corte, somente 9 (nove) Ministros se posicionaram contrariamente à possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. E, mesmo entre esses nove Ministros, quatro deles haviam, em posicionamento anterior, considerado constitucional a possibilidade de execução provisória. A grande maioria, vinte e dois, sempre defendeu a atual jurisprudência da CORTE (três Ministros não chegaram a se posicionar sobre o assunto: Rafael Mayer – aposentadoria em 14/5/89, Oscar Corrêa, aposentadoria em 17/1/89 e Carlos Madeira, aposentadoria em 1990) *in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 137/138)

<sup>1292</sup> Em 2005 o Brasil contava com 294 mil presos. Em junho de 2016 esse número chegou em 727 mil presos. Fonte: [https://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-encarcera-pessoas-no-mundo?gclid=Cj0KCQiA7qP9BRCLARIsABDaZz3iC0FrEKIEIfRAI\\_RSs0v50SRy7Qkcm-BVFpwiOjHWQ8neofWyQQaArkYEALw\\_wcB](https://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-encarcera-pessoas-no-mundo?gclid=Cj0KCQiA7qP9BRCLARIsABDaZz3iC0FrEKIEIfRAI_RSs0v50SRy7Qkcm-BVFpwiOjHWQ8neofWyQQaArkYEALw_wcB)

*produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos dois anos, produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil.*<sup>1293</sup> Portanto, o Ministro sustentou que ignorar a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância: *seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional.*<sup>1294</sup>

Se denota, claramente, a ideia de vinculação de justiça com medidas restritivas e punitivas, bem como uma leitura reducionista do princípio da presunção de inocência que restou esvaziado em nome de uma suposta “aplicação desproporcional”. Nesse momento, houve uma discussão quando o Ministro Marco Aurélio advertiu que a Constituição Federal vedava a execução da pena, ao que foi respondido pelo Ministro Alexandre de Moraes que isso seria na opinião do colega. O Ministro Marco Aurélio insistiu afirmando que: *“O principal, que é a liberdade de ir e vir, pode ser perdido!”* Ao que fora surpreendido com a resposta do colega que votava, que afirmou categoricamente que: *“pode e deve.”* Diante disso, o Ministro Alexandre de Moraes referiu que, mesmo se não discutissem a execução provisória da pena, não tinha como entender ilegal a decisão do Superior Tribunal de Justiça de respeitar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.<sup>1295</sup> Mostrando, mais uma vez, como o uso da pauta das ADCs, pode ter sido determinante para que a decisão em relação ao *habeas corpus* em julgamento fosse mais limitada.

O Ministro Luis Roberto Barroso, iniciou seu voto enfatizando o fato de estarem julgando um ex-presidente da república, que deixou o cargo com elevados índices de aprovação e destacando a importância daquele momento, onde o Supremo não julgaria um legado político mas sim se deveria ou não ser aplicada ao caso a jurisprudência fixada pela Corte. Destacou o momento como: *um teste importante para o sentimento*

---

<sup>1293</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 138/139.

<sup>1294</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 143.

<sup>1295</sup> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas a Constituição brasileira impede a execução. O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ao seu ver, Ministro. O SENHOR MINISTRO MARCO – O principal, que é a liberdade de ir e vir, pode ser perdido! O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Pode e deve. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E deve? O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A meu ver, deve. Conclusão. A decisão do Superior Tribunal de Justiça independentemente de discutirmos a possibilidade de execução provisória da pena, com o devido respeito às posições em contrário, não é possível nós entendermos que há ilegalidade numa decisão que tão somente repetiu e atendeu o comando constitucional do Supremo Tribunal Federal. Nesses termos, pedindo vênias ao Ministro Gilmar Mendes, eu acompanho integralmente o Relator, votando pela denegação da ordem. *In* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 146/147

*republicano, para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional, que é a capacidade de assegurar que todas as pessoas sejam tratadas com respeito, consideração e igualdade.*<sup>1296</sup> Novamente, se limitava à discussão ao aspecto individual, se reforçava a questão subjetiva do enfrentamento da matéria e se destacava a figura do ex-presidente Lula, como um argumento para justificar a manutenção de um entendimento que, se fosse em sede de ações declaratórias anteriores, seria revisto. Não se trata de um tratamento prioritário ao ex-presidente, mas, nenhum outro *habeas corpus* iria ter significado tão importante para a vida política da nação. A condução do processo e do julgamento fora revestido de excepcionalidades, negar isso sob o fundamento de que deveria se dar um trato igualitário a todos os jurisdicionados, foi argumento retórico, que não quis ou não desejou enxergar o tema e o fato na sua exata dimensão. O Ministro sustentou em seu voto a ocorrência de *mudança constitucional*, reforçando a ideia de ser o Supremo não intérprete, tampouco defensor, mas como um verdadeiro *dono* da Constituição, podendo conceder os sentidos que desejasse aos textos constitucionais: *As normas constitucionais, elas têm, em última análise, o sentido e o alcance que lhes dá o Supremo Tribunal Federal. Se o Supremo Tribunal Federal muda a sua interpretação, ele, em última análise, está mudando o sentido e o alcance daquela norma constitucional.*<sup>1297</sup>

---

<sup>1296</sup> Eu gostaria de dizer, logo de início, como disse na sessão passada, que não me é indiferente o fato de se tratar aqui de um *habeas corpus* impetrado por um ex-Presidente da República - por Luiz Inácio Lula da Silva - e, mais do que isso, por um político que deixou o cargo com elevados índices de aprovação popular e que presidiu o país em um período de relevante crescimento econômico e de expressiva inclusão social. Não é, no entanto, o legado político do Presidente que está aqui em discussão. O que se vai decidir é se se aplica a ele, ou não, a jurisprudência que este Tribunal fixou e que, em tese, deve se aplicar a todas as pessoas. Portanto, eu acho que este julgamento é, na verdade, um teste importante para o sentimento republicano, para a democracia brasileira e para o amadurecimento institucional, que é a capacidade de assegurar que todas as pessoas sejam tratadas com respeito, consideração e igualdade. O nosso papel aqui, árduo como possa ser e muito acima de sentimentos pessoais, é o de assegurar a razão - a razão pública e a razão da Constituição - por sobre as paixões políticas. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 161.

<sup>1297</sup> Na ocasião em que nós mudamos a jurisprudência, com meu apoio e minha participação intensa, eu sustentei a tese, que é a que me parece doutrinariamente correta, de que ocorreu uma mudança constitucional, que é a tese que eu penso, em boa teoria constitucional, justifica uma mudança de interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal. As normas constitucionais, elas têm, em última análise, o sentido e o alcance que lhes dá o Supremo Tribunal Federal. Se o Supremo Tribunal Federal muda a sua interpretação, ele, em última análise, está mudando o sentido e o alcance daquela norma constitucional. Essa é a figura que, em doutrina, se denomina mudança constitucional. Quando é que se tem uma mudança constitucional? Quando: 1) houve uma mudança relevante na realidade social; 2) houve uma mudança na compreensão do Direito; 3) pelos impactos negativos que uma determinada interpretação tenha produzido no mundo real. E é muito fácil identificar pelo menos três impactos devastadoramente negativos que a interpretação do Supremo Tribunal Federal, a partir de 2009, com diversos votos vencidos, inclusive da Ministra-Presidente, produziu sobre a realidade fática. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 164)

Tais fundamentos são sintomas claros de um protagonismo judicial que confere poderes criativos ao julgador, que aposta em sua centralidade e que desconhece os limites impostos pelo próprio texto. Tal fenômeno associado a uma atuação imbuída de propósitos de preenchimento de expectativas sociais é o que justifica e torna válida (aos olhos dos julgadores) tal fundamentação.

O voto do Ministro Luis Roberto Barroso, seguiu, repleto de argumentações que extrapolavam a questão de centrar-se no texto da norma constitucional em discussão. Referiu o Ministro que o que acontecia no processo penal brasileiro era uma *interposição infundável de recursos*, referindo que isso fez um mal à advocacia criminal que foi condenada a um papel de impedir a conclusão de um processo buscando prescrições. Afirmando que: *É um erro achar que o Direito Penal deve ter esse papel de fazer processo durar 5, 10, 15, 20, 30 anos. Em nenhum lugar do mundo é assim! E não deveria ser o papel da advocacia!* Prosseguiu o Ministro afirmando que o entendimento (da prisão apenas após o trânsito em julgado) criava um sistema seletivo, no qual é mais fácil prender um menino acusado de tráfico do que um grande corrupto, afirmando que: *O desvio mata as pessoas: gente que morre na fila da saúde, gente que não recebe educação, gente que morre na estrada que não sofreu a reforma, gente que anda enlatada em transportes públicos de má qualidade, tudo dinheiro desviado pela corrupção! E não se consegue pegar essas pessoas, e não vai se conseguir se nós mudarmos isso hoje.* E, por fim, concluindo com sua fundamentação amparada em pressupostos populistas, refere o Ministro: *Em terceiro lugar, a consequência negativa da decisão de 2009 é o descrédito do sistema de Justiça penal junto à sociedade pela demora quase perene nas punições e pelas frequentes prescrições, gerando não uma sensação de impunidade, é impunidade mesmo.*<sup>1298</sup>

Ora, num primeiro aspecto atribuir à advocacia criminal a prescrição de processos é de um comodismo seletivo, além de uma falta de aprofundamento na matéria. Os recursos em matéria processual penal são escassos, o que justifica a impetração de inúmeros *habeas corpus*, diante da inexistência de meio recursal válido. Portanto, o número de recursos é pequeno e, por mais mal intencionado que esteja um profissional da advocacia visando atingir uma prescrição, isso nunca será possível se ele contar com uma “ajuda” fundamental das estruturas judiciais. Ou seja, a demora no andamento dos processos, na designação de audiências e julgamentos é o fator que determina a

---

<sup>1298</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 165.

prescrição, até mesmo porque a admissibilidade de recursos nos tribunais superiores está cada vez mais restrita. No segundo ponto trazido pelo Ministro Barroso, a seletividade do sistema é histórica e buscando corrigir esta a partir de realização de mais decisões arbitrárias e injustas é tornar o processo penal igualmente injusto em relação a todos os acusados, isto é, deixa de ser seletivo para se tornar válida uma atuação ilegal e arbitrária, quando, o trabalho deveria ser o inverso, no sentido de evitar abusos contra o público alvo preferencial do sistema penal. E, no terceiro fundamento, todo argumento no estilo de *jogo para a torcida*, como se a decisão naquele momento fosse o elemento para resgatar o crédito do judiciário e fomentando o sedutor discurso da impunidade.

O Ministro Luis Roberto Barroso prosseguiu sustentando que não houve uma mudança na realidade fática no período entre a decisão que entendeu pela constitucionalidade da prisão em segunda instância e a data do julgamento do *habeas corpus* do ex-presidente Lula. Referindo que, sem essa mudança fática, não haveria razão para se mudar o entendimento. E destacando que: “*Não houve aumento do índice de encarceramento por causa da nossa decisão, absolutamente nenhum. E, portanto, por que razão nós mudaríamos isso agora, se não houve mudança na realidade fática, se não houve mudança na compreensão do direito, se não houve impacto negativo na vida real? Mudar para quê? Pior: mudar para quem?*”<sup>1299</sup>

Se verifica, novamente, uma incongruência, pois se a mudança do entendimento do Supremo teria se justificado (lá em 2016) para que houvesse punição mais célere, evitando prescrições e isso não trouxe um aumento no número de encarceramento, a medida pode ser considerada inócua. De outro lado, tal fato apenas evidencia que se prende muito no país e muito por conta do abuso da prisão preventiva. Dessa forma, não se justificaria o argumento de enfrentamento da impunidade a partir da decisão de possibilitar a execução antecipada da pena. Ainda, se percebe, novamente, a redução da discussão ao aspecto personalista (até mesmo pelo objeto em discussão ser um *habeas corpus*), com a necessidade de frisar que não se estaria a mudar o entendimento em relação a uma pessoa, ignorando os sinais de mudança no entendimento que seria realizado quando do julgamento das ADCs.

Por fim, o Ministro ainda sustentou ser contra todo e qualquer punitivismo exacerbado e destacou: “*Mas é muito importante que se estabeleça isso no Brasil, porque palavras perderam o sentido: devido processo legal não é o que não acaba nunca e*

---

<sup>1299</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 166.

*garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito. Portanto, é preciso restabelecer o sentido de devido processo legal e o sentido do que seja garantismo.*”<sup>1300</sup> Se percebe nesse trecho, a redução da complexidade de temas extremamente caros. A lógica reducionista para que o fundamento caiba dentro da compreensão dos leigos, mas, não preocupado com o sentido e com a didática de uma explicação mais clara e sim, amparada em elementos populistas, em jargões baratos, que associam a defesa de direitos à impunidade, em distorções baratas que, comumente, ocupam manchetes de jornais e manifestações em redes sociais, mas que não podem ser admitidas como razões de decidir de um juiz, muito menos de um ministro da Suprema Corte. Mas, o Ministro prosseguiu, com fundamentos da mesma estirpe, referindo que: *“Presidente, se nós voltarmos atrás, essas transformações que nós finalmente estamos conseguindo no Brasil - com atraso, mas não tarde demais - vão regredir e o crime vai voltar a compensar.”* E referiu, se valendo do fundamento de que sem a prisão em segunda instância não haverá *estímulo à colaboração premiada*, evidenciando o sintoma, anteriormente apresentado, de crença no processo premial, de busca pela confissão e de conformidade sistemática à este fim: *“Portanto, acabar com o estímulo à colaboração premiada é dar um incentivo à corrupção, é voltar a ser como sempre fora: vai ser a renovação do pacto oligárquico de saque ao Estado brasileiro, que foi celebrado entre parte da classe política, parte da classe empresarial e parte da burocracia estatal.”*<sup>1301</sup>

O Ministro Luis Roberto Barroso, seguidamente, faz seus votos com fundamentações que denotam claro propósito de buscar uma aprovação popular, com jargões e frases que, popularmente, habitam discussões não técnicas sobre problemas envoltos em criminalidade e justiça. Em um trecho destaca o importante papel do Supremo na mudança ocorrida no país, que era o país da impunidade dos ricos: *“E este quadro só começou a se alterar pela mudança de atitude na sociedade, na imprensa, nas redes sociais, nas instituições e na própria jurisprudência do Supremo, com esta mudança que nós fizemos em 2016. Vamos voltar a ser muito parecidos com o que éramos antes, um País feio e desonesto que dá os incentivos errados e extrai o pior das pessoas.”*<sup>1302</sup>

Não se ocupará aqui, por óbvio de um enfrentamento dos argumentos, visando tentar demonstrar o erro ou acerto dos votos dos Ministros, mas, tão somente,

---

<sup>1300</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 168.

<sup>1301</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 172.

<sup>1302</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 173.

evidenciar o uso de razões de decidir que demonstram os sintomas analisados nos capítulos anteriores a partir de um determinado preenchimento de expectativas. O Ministro Luis Roberto Barroso, por exemplo, trouxe comparações com a prisão preventiva, sob o fundamento de que esta não exigia o trânsito em julgado,<sup>1303</sup> ignorando que é justamente esse o argumento daqueles que criticam a prisão após a segunda instância, na medida em que há elemento legal para se autorizar a prisão de alguém antes do trânsito em julgado, mas que essa prisão (diferente da que decorre da execução provisória da pena), não é automática. E evidenciando sua crença no protagonismo judicial e, também, na sacralidade do julgar, refere: *“Nenhuma interpretação jurídica que leve ao absurdo pode ser uma interpretação jurídica legítima e sustentável. Prefiro outra: interpretar de uma forma que conduza ao que é justo, correto e legítimo.”*<sup>1304</sup> Ainda, evidenciando seu entendimento de ter o judiciário na função do juiz um papel importante de *combate à criminalidade*, cria um choque de princípios para justificar o porquê da relativização da presunção de inocência, afirmando que: *“Quais são os princípios que estão em jogo na nossa discussão aqui? De um lado, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, que é muito importante e está lá na Constituição. De outro lado, está um outro valor constitucional que é a efetividade mínima do sistema penal. Porque a efetividade mínima do sistema penal abriga valores importantes como a realização da justiça, a proteção de direitos fundamentais, a proteção do patrimônio público, a proteção do patrimônio privado, a probidade administrativa.”*<sup>1305</sup> Sem adentrar no aspecto de questionar o embasamento legal e constitucional de tal princípio, se denota a necessidade de se crer em uma possibilidade interpretativa a partir de valores e sentimentos pessoais para que se possa realizar essa relação em face do princípio da presunção de inocência, pautando-se em elementos vagos que servem de alimentos às vozes que clamavam por um ode ao punitivismo. Mesmo o próprio Ministro destacando que não se interpreta à Constituição de acordo com o clamor

---

<sup>1303</sup> MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO: Portanto, um diz que "ninguém será considerado culpado", e o outro diz "ninguém será preso". Logo, o pressuposto para a decretação da prisão do sistema constitucional brasileiro não é o esgotamento dos recursos com o trânsito em julgado; o pressuposto é a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. O que a Constituição diz é que prisão é uma matéria de reserva de jurisdição. Só o Poder Judiciário, salvo exceções especialíssimas, é que pode decretar a prisão. Tanto é assim que o sistema admite as prisões processuais sem trânsito em julgado, aliás, sem julgamento nenhum. Pode-se prender antes do julgamento de primeiro grau. Tem prisão cautelar e tem prisão preventiva. E tem prisão para fins de extradição, prisão para fins de deportação. Nenhuma delas exige trânsito em julgado. Nenhuma delas exige sequer decisão condenatória de primeiro grau. *In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 174.*

<sup>1304</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 175.

<sup>1305</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 176.

público, faz questão de amoldar suas razões de decidir à estas expectativas, tidas como *sociais*.<sup>1306</sup>

Quando do seu voto a Ministra Rosa Weber entendeu pelo *principio da colegialidade* acompanhar a maioria que se firmaram em 2016 e que vinha decidindo pelo possibilidade da prisão em segunda instância. Nesse momento, o Ministro Marco Aurélio interrompeu, referindo que: “*Se a apreciação dos pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade fosse hoje, haveria maioria para deferir a liminar, ante a evolução, no entendimento, do ministro Gilmar Mendes.*” Nessa oportunidade, a Ministra destacou que aplicava os entendimentos do plenário de forma horizontal, quando o Ministro Ricardo Lewandowski interrompeu: “*Então a Corte não pode evoluir jamais, porque fica vinculada a um precedente que foi tomado por uma maioria muito restrita, e, quando a matéria for retomada para decisão em Plenário, fica adstrita a uma decisão, a meu ver, tomada provisoriamente e ainda pendente de uma discussão mais ampla nas ações declaratórias de constitucionalidade.*” O Ministro Marco Aurélio ainda enfatizou sua perplexidade, referindo que se o feito fosse julgado por uma turma, como normalmente deveria ser, a ordem seria concedida. Nesse momento, a presidente, Ministra Carmen Lúcia partiu em defesa da Ministra Rosa Weber, afirmando que ela apresentara as suas razões de decidir.<sup>1307</sup> Logo após, o Ministro Marco Aurélio pede

---

<sup>1306</sup> E, portanto, apesar das mudanças, apesar da sociedade brasileira mobilizada, essas pessoas ainda não se deram conta de que a gente precisa de um outro país, e que a gente está vivendo um momento de refundação, e que nós vamos frustrar a sociedade brasileira se nós dissermos que o modelo antigo é que bom. Ninguém interpreta a Constituição e muito menos o Direito Penal para atender clamor público. Nisso estamos todos de acordo. Mas uma interpretação que produz consequências absurdas e frustra sentimentos mínimos de justiça da sociedade não pode ser a interpretação adequada do texto constitucional. *In SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 179.*

<sup>1307</sup> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministra Rosa Weber, Vossa Excelência me permite um aparte? A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Pois não, Ministro Marco Aurélio, com muito gosto. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se a apreciação dos pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade fosse hoje, haveria maioria para deferir a liminar, ante a evolução, no entendimento, do ministro Gilmar Mendes. A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - E nós teríamos, lá, efeito vinculante. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exato. A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu aplico horizontalmente as decisões do Plenário, mesmo quando não tem efeito vinculante. É uma questão... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De convicção de cada qual. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite? Então a Corte não pode evoluir jamais, porque fica vinculada a um precedente que foi tomado por uma maioria muito restrita, e, quando a matéria for retomada para decisão em Plenário, fica adstrita a uma decisão, a meu ver, tomada provisoriamente e ainda pendente de uma discussão mais ampla nas ações declaratórias de constitucionalidade. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o mais interessante é que, se este habeas fosse julgado no órgão fracionado, como ocorreria normalmente, a ordem seria concedida. A perplexidade é grande. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, a Ministra Rosa Weber justificou muito bem, exatamente dentro da opinião dela. Então, acho que há de se respeitar. Ela tem o direito até porque ela poderia também evoluir. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No colegiado, a troca de ideias é cabível. A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu gosto muito de ouvílos, mas há um detalhe, eu estabeleci premissas teóricas. Todavia, eu compreendo, às vezes, na leitura, não se acompanha... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No início, confesso

que: *Em síntese, Presidente, e que isto fique nos anais do Tribunal: vence a estratégia, o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as declaratórias de constitucionalidade. É esta a conclusão.*<sup>1308</sup>

E de fato, como se verá adiante, estava correto o Ministro Marco Aurélio. A estratégia de realizar a discussão em sede de *habeas corpus* antes do enfrentamento da matéria nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, fora determinante para a manutenção do entendimento que culminou na prisão do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Isso levou o Ministro Marco Aurélio a referir que estava arrependido, pois iria suscitar uma questão de ordem (para designar data para o julgamento das ADCS, mas para preservar a cadeira de presidente do Supremo não o fez e adiantou: *O Tribunal indeferirá a ordem neste habeas para, posteriormente – por maioria escassa, é certo, considerados os dois votos, do ministro Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber –, julgar no sentido da constitucionalidade, pelo menos parcial, do artigo 283 do Código Processo Penal.* E afirmou o Ministro, mostrando o quanto a polarização política do país adentrava às discussões no plenário do Supremo: *“O único risco é acharem que sou petista!”*<sup>1309</sup>

---

que não sabia o sentido do voto de Vossa Excelência. Olha que tenho alguma experiência no colegiado. A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Meu voto é tão claro! Quem me acompanha nesses 42 anos de magistratura não poderia ter a menor dúvida com relação a ele. Tenho critérios de julgamento e procuro manter a coerência nas minhas decisões. Embora, claro, as compreensões sejam diversas. E isso é normal, saudável, faz bem, faz evoluir. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O colegiado é exatamente para isso. A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Procurei explicitar tudo isso, dizendo que as vozes individuais são muito importantes, devem se fazer presentes no debate. Mas, uma vez estabelecida uma voz coletiva por meio de decisões majoritárias ou – melhor seria – unânimes, essa passa a ser a voz da instituição. Pode-se alterar? Pode sim! Eu disse com todas as letras, nem precisaria dizer, hoje o Código de Processo Civil é expresso a respeito. Mas essa é a minha compreensão, não necessariamente a de Vossa Excelência. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Reconheço que há um "gancho" – o julgamento de um processo subjetivo, quando deveríamos estar apreciando os objetivos. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministra Rosa, Vossa Excelência prossegue. (*in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 217.*)

<sup>1308</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 219.

<sup>1309</sup> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me perdoe, devo dar um testemunho. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Se arrependimento matasse, seria hoje um homem morto. Estava preparado para suscitar a questão de ordem. Anunciei-a inclusive, na quarta-feira, dia 22, mas recuei quanto à proposta que faria, porque Vossa Excelência sinalizou.... A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu coloquei o habeas corpus. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ...sinalizou o julgamento deste habeas, e presumi o que normalmente ocorre, não o extraordinário: que cada qual dos integrantes se pronunciará de acordo com o convencimento formado. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso não levantei, para preservar não Vossa Excelência, mas essa cadeira que Vossa Excelência ocupa, a de Presidente. Porque a questão de ordem era para colocar, em votação, a inserção, a designação de dia para julgamento das duas declaratórias, julgamento que já tarda, tendo em conta as implicações da apreciação deste habeas . E nos deparamos com quadro conflitante. O Tribunal indeferirá a ordem neste habeas para, posteriormente – por maioria escassa, é certo, considerados os dois votos, do ministro Gilmar Mendes e da ministra Rosa

A questão do *poder de pauta*, é sempre um poder muito grande nas mãos do ou da Presidente da Corte. Nesse caso, a Ministra Carmen Lucia, sempre preocupada com as repercussões perante a opinião pública temia em pautar as ADCs, mas, também, temia em pautar o *Habeas Corpus* do ex-presidente, pois não queria estar vinculada a uma eventual soltura de Lula. Por isso, pediu que o Ministro Fachin, relator, expressasse publicamente a inclusão em pauta.<sup>1310</sup> De fato, como referiu o Ministro Marco Aurélio, a estratégia deu certo.

Em outro voto eivado de conjecturas reducionistas e interpretações amparadas em fundamentos populistas, o Ministro Luiz Fux inicia destacando que a Constituição Federal não impede, em momento algum a prisão antes do trânsito em julgado, pois se fosse essa a intenção do constituinte deveria fazê-lo de forma expressa.<sup>1311</sup> Entretanto, o *não será considerado culpado*, do texto constitucional em vigor, parece ser de clareza suficiente, embora o Ministro divirja. Ainda, o Ministro refere que o princípio da presunção de inocência assegura, apenas, o direito de não necessitar produzir prova de sua inocência, incumbindo à acusação o ônus probatório, mas nada falando em relação à não produção de prova.<sup>1312</sup> E, por fim, amparando-se nas premissas

---

Weber –, julgar no sentido da constitucionalidade, pelo menos parcial, do artigo 283 do Código Processo Penal. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então passa-se a julgar o habeas corpus pela capa, não pelo conteúdo. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, como eu disse, na quarta-feira, quinze dias atrás... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O único risco é acharem que sou **petista!** A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - ...quando o Ministro-Relator, na sexta-feira, dia 19, liberou, eu dei cumprimento tanto ao Regimento quanto a legislação no sentido da preferencialidade e urgência. (*in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 358/359)

<sup>1310</sup> Carmen Lúcia se mantinha intransigente. Se não queria julgar as ações declaratórias, disse Mello, que ao menos pautasse o julgamento do habeas corpus impetrado por Lula. A presidente também se negava a isto. Era como se quisesse mostrar à opinião pública que fora forçada a levar ao assunto ao plenário. Por isso, insistia que Fachin, como relator do processo, expressasse publicamente seu desejo de julgar o caso. Assim, tão ciosa de sua imagem junto à opinião pública e à imprensa, Carmen Lúcia não poderia depois de ser cobrada por eventual decisão favorável à Lula. (...) No dia marcado, julgou-se o caso Lula e manteve-se sua prisão. Ficou claro para todos que, se o tribunal tivesse julgado as ações declaratórias de constitucionalidade, Lula estaria solto, pois a tese de prisão em segunda instância teria sido alterada. (*in* RECONDO, Felipe e WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. P: 324/325.)

<sup>1311</sup> Portanto, pode-se, inicialmente, considerar que se a Constituição impedisse a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a norma deveria estatuí-lo expressamente (“enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação, não será iniciada a execução da pena”). Resta plausível, portanto, concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado. (*in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 236.)

<sup>1312</sup> Concluiu-se, a partir das citações que informaram o julgamento do HC 126.292, que para a proteção dos direitos fundamentais do homem e defesa dos valores democráticos, o princípio da presunção de inocência, ou de não-culpabilidade, demanda, tão somente, que sejam produzidas provas da culpa do acusado, como condição para sua condenação, não significando, portanto, que alguém, somente por ser presumido inocente, não possa ser submetido à privação de liberdade. (*in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 258)

populistas, referiu que presunção de inocência precisa ser compreendida dentro daquilo que a sociedade espera: *“Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência.”*<sup>1313</sup>

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli questionou como admitir um sistema penitenciário ilegal e ainda decidir, contrário ao expresso texto do art. 283 do Código de Processo Penal sobre a prisão de alguém.<sup>1314</sup> O Ministro Ricardo Lewandowski enfatizou que não se pode falar em mutação constitucional quando esta ameaça romper uma das cláusulas pétreas da Constituição.<sup>1315</sup> No voto o Ministro ainda destaca que, esse ódio à corrupção se pode compreender mas a que custo, estaríamos dispostos a enfrentar esse mal: *“Afigura-se até compreensível que alguns magistrados queiram flexibilizar essa tradicional garantia para combater a corrupção endêmica que assola o país. Mas, nem sempre emprestam a mesma ênfase a outros problemas igualmente graves, como o inadmissível crescimento da exclusão social, o lamentável avanço do desemprego, o inaceitável sucateamento da saúde pública e o deplorável esfacelamento da educação estatal, para citar apenas alguns exemplos.”* Destaca ainda que a clareza do texto constitucional impede a mudança da constituição para afetar à presunção de inocência e que, por óbvio não competiria aos julgadores tal possibilidade, justamente, por força das cláusulas pétreas, concebidas como pilares das instituições democráticas.<sup>1316</sup> E afirma, defendendo o valor do texto constitucional: *Como se sabe, a nossa Constituição não é*

---

<sup>1313</sup> (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 263)

<sup>1314</sup> Ora, admitida a execução provisória da pena, onde seriam recolhidos os presos a ela submetidos? Em meu sentir, constituiria flagrante injustiça permitir que o preso submetido à execução provisória de pena permanecesse recolhido em cadeias públicas ou delegacias. O quadro é dramático, haja vista que o Estado, ao não cumprir a exigências legais de alojamento do condenado em cela individual e os requisitos mínimos de salubridade da unidade celular (art. 88 da Lei nº 7.210/84), acaba por fomentar a atuação de organizações criminosas no sistema prisional. Feito esse registro, observo que o art. 283 do Código de Processo Penal contempla as três modalidades de prisão constitucionalmente previstas no âmbito do processo penal: i) prisão em flagrante, ii) prisão cautelar (temporária ou preventiva) e iii) prisão-pena ou sanção. (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 299.)

<sup>1315</sup> Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, este jamais poderá vulnerar os valores fundamentais que lhe dão sustentação. A Constituição Federal de 1988 definiu tais barreiras, em seu art. 60, § 4º, denominadas de cláusulas pétreas, a saber: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais. A presunção de inocência integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão. (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 319)

<sup>1316</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 326.

*uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento.*<sup>1317</sup>

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, também destacou a importância do texto constitucional e de sua prevalência sobre supostos interesses de determinadas maiorias: *“Meu dever maior não é atender a maioria indignada. O meu dever maior – porque somente assim se avança culturalmente – é tornar prevalecente a Lei das leis, a Constituição Federal, que precisa – se é que queremos melhores dias no Brasil – ser amada um pouco mais por todos os brasileiros.”*<sup>1318</sup>

O Ministro Celso de Mello, enfatizou em seu voto, o risco para a democracia a partir de ameaças, veladas ou não, por parte de militares às decisões da Suprema Corte, em referência ao já mencionado episódio de uma postagem do General Eduardo Villas Bôas às vésperas do julgamento.<sup>1319</sup> E frisou que: *“Torna-se essencial proclamar, por isso mesmo, que a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias.”* E ainda destacou, a importância de que as decisões não sejam guiadas por pretensões de atendimento ao clamor público, referindo que: *“julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis*

---

<sup>1317</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 327.

<sup>1318</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 357.

<sup>1319</sup> Em situações tão graves assim, costumam insinuar-se pronunciamentos ou registrar-se movimentos que parecem prenunciar a retomada, de todo inadmissível, de práticas estranhas (e lesivas) à ortodoxia constitucional, típicas de um pretorianismo que cumpre repelir, qualquer que seja a modalidade que assuma: pretorianismo oligárquico, pretorianismo radical ou pretorianismo de massa (SAMUEL P. HUNTINGTON, “Pretorianismo e Decadência Política”, 1969, Yale University Press). A nossa própria experiência histórica revela-nos – e também nos adverte – que insurgências de natureza pretoriana, à semelhança da ideia metafórica do ovo da serpente (República de Weimar), descaracterizam a legitimidade do poder civil instituído e fragilizam as instituições democráticas, ao mesmo tempo em que desrespeitam a autoridade suprema da Constituição e das leis da República! Já se distanciam no tempo histórico os dias sombrios que recaíram sobre o processo democrático em nosso País, em momento declinante das liberdades fundamentais, quando a vontade hegemônica dos curadores do regime político então instaurado sufocou, de modo irresistível, o exercício do poder civil. É preciso ressaltar que a experiência concreta a que se submeteu o Brasil no período de vigência do regime de exceção (1964/1985) constitui, para esta e para as próximas gerações, marcante advertência que não pode ser ignorada: as intervenções pretorianas no domínio político-institucional têm representado momentos de grave inflexão no processo de desenvolvimento e de consolidação das liberdades fundamentais. Intervenções castrenses, quando efetivadas e tornadas vitoriosas, tendem, na lógica do regime supressor das liberdades que se lhes segue, a diminuir (quando não a eliminar) o espaço institucional reservado ao dissenso, limitando, desse modo, com danos irreversíveis ao sistema democrático, a possibilidade de livre expansão da atividade política e do exercício pleno da cidadania. Tudo isso é inaceitável, Senhora Presidente, porque o respeito indeclinável à Constituição e às leis da República representa limite inultrapassável a que se devem submeter os agentes do Estado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 362-364).

*prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.*”<sup>1320</sup>

Das precisas lições do voto do, hoje, ex-ministro Celso de Mello, se percebe uma preocupação com os rumos dos fundamentos das decisões, amparados em elementos estatísticos e fundadas no clamor público estando a autorizar a inaceitável hermenêutica a transgredir o direito à presunção de inocência.<sup>1321</sup> Bem como uma defesa de que as decisões não se pautem por aspectos estranhos aos autos, redundando, na tão denunciada, inversão de presunções, tratando como culpado, todo e qualquer acusado: “*É preciso repelir, desse modo, a tentativa autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.*”<sup>1322</sup>

A última a votar fora a presidente da Corte, a Ministra Carmen Lúcia que manteve seu posicionamento, denegando a ordem da *habeas corpus*. Após o julgamento, houve um pedido da defesa para que fosse impedida a prisão do paciente enquanto não fosse julgado o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Tal pleito fora indeferido pelo Relator Ministro Edson Fachin. O Ministro Marco Aurélio enfatizou que havia uma *maioria temporária* e votou no sentido de que fosse preservada a cautelar (em vigor até o julgamento) para o momento de publicação do acórdão e eventual oposição de embargos declaratórios.<sup>1323</sup> O Ministro Ricardo Lewandowski fora no mesmo sentido: *Senhora Presidente, eu entendi que, na assentada passada, nós concedemos uma liminar até o término do julgamento deste habeas corpus. E pelo que eu sei, um julgamento só termina com a publicação do acórdão e o transcurso do prazo para interposição de eventuais embargos declaratórios. Eu até imagino que esses embargos virão, dada a*

---

<sup>1320</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 365/366.

<sup>1321</sup> Tenho-me indagado, por isso mesmo, Senhora Presidente, quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescondível pragmatismo de ordem penal? Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente? (in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 385).

<sup>1322</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 386.

<sup>1323</sup> Presidente, diria que há uma maioria temporária, porque, tendo em conta a ressalva de entendimento implementada pela ministra Rosa Weber, visando votar nas declaratórias, essa decisão não é, por enquanto, uma decisão definitiva do Supremo. Por isso vou continuar atuando como venho fazendo, afastando sempre a execução provisória, isso no campo individual, até que julgadas as declaratórias. O que penso, ante esse contexto, é que devemos preservar a medida acauteladora até a publicação do acórdão. E, digo, até o esgotamento do prazo para a protocolação de embargos declaratórios, consideradas, inclusive, as discussões que foram travadas no Plenário. Vossa Excelência já ia proclamar sem ouvir o Colegiado, tendo ouvido o Relator, como se Sua Excelência falasse pelos demais integrantes, já que a liminar foi deferida pelo Colegiado. ((in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 453)

*complexidade deste julgamento, que durou cerca de onze horas, se não me engano.*<sup>1324</sup>  
Ao que a Presidente, Ministra Carmen Lúcia, respondeu: *Ministro, apenas para acentuar que estamos aqui a tomar voto sobre a liminar, mas não estamos decretando o trânsito em julgado.*<sup>1325</sup>

A liminar fora negada e mesmo sem a publicação da decisão, mesmo sem aguardo de qualquer oposição de embargos declaratórios, no dia seguinte ao julgamento do *habeas corpus*, no dia 05 de abril de 2018, o então juiz de primeiro grau, Sérgio Moro, expediu mandado de prisão à Luis Inácio Lula da Silva.<sup>1326</sup> O ex-presidente recebeu uma ordem para se apresentar espontaneamente, até as 17h da sexta-feira, dia 06 de abril de 2018, mas se negou, para participar de uma missa em homenagem à sua ex-mulher, já falecida e se entregou à polícia federal no dia 07 de abril de 2018. Lula permaneceu preso 580 dias, tendo sido solto em 08 de novembro de 2019, um dia após o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, rever, por maioria, seu posicionamento e voltar à condicionar o trânsito em julgado para o cumprimento de pena.<sup>1327</sup>

Os bastidores dessa decisão, as razões que levaram cada um dos Ministros e Ministras a tomarem suas decisões são inalcançáveis para qualquer pesquisa, mas a influência de aspectos midiáticos e da polarização política que estava mergulhado o país são claros demais e facilmente perceptíveis em diversas passagens das decisões. A validade de uma fundamentação não pode estar mensurada pela aprovação pública daquele resultado, mas esse segue sendo um fator preponderante a operar na formação do convencimento de um juiz, independente do grau de jurisdição. Reconhecer isso, é o primeiro passo para que seja possível lidar e enfrentar esse problema que pode apresentar um elevado custo em termos de fortalecimento das instituições democráticas.

A estruturação autoritária cria no imaginário social uma compreensão do processo penal como um instrumento a favor da “justiça” compreendida como uma punição efetiva. Essa lógica de pensamento está enraizada na cultura jurídica e penetra

---

<sup>1324</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 460.

<sup>1325</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HABEAS CORPUS 152.752 PARANÁ – P: 461.

<sup>1326</sup> <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/moro-determina-prisao-de-lula-para-cumprir-pena-no-caso-do-triplex-em-guaruja.ghtml>

<sup>1327</sup> Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, presidente do STF. Ficaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que entendiam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>

na atuação dos atores judiciais. Todos os sintomas disso, a partir de uma lógica efficientista, de flexibilização de formas, de restrições de direitos, de desvalorização à pautas garantistas se percebem, de forma clara em julgamentos todos os dias. Um desequilíbrio injusto e evidente entre Acusação e Defesa, colocam em xeque a imparcialidade do julgador, diante da evidente proximidade com aquela e do, seguido, fechar de olhos para argumentos desta. Se isso nasceu no Judiciário e atingiu o senso comum ou se veio da sociedade (e da mídia) a influenciar o Judiciário é uma pergunta de difícil resposta. No entanto, claro está que há um quadro de expectativas a guiar a atuação jurisdicional e estas se distanciam de uma atuação em conformidade com os quadros constitucionalmente definidos. As críticas aqui realizadas, por mais que possam pecar por ausência de respostas efetivas aos problemas apresentados, busca permitir os devidos questionamentos, com amplas reflexões acerca de uma estrutura processual que caminha a passos largos para o rompimento com a base garantista que o texto constitucional de 1988 tentou, sem sucesso, impor. É preciso escancarar esses problemas para que soluções possam ser enxergadas. O momento é de luta pela efetivação democrática e garantista. É preciso, sempre e mais do que nunca, resistir!

## CONCLUSÃO:

O encerramento de uma pesquisa é um ato de liberdade. O “livrar-se” da pesquisa, exige que, em um determinado momento, o fim seja alcançado ainda que restem mais incertezas do que, propriamente, conclusões a fecharem o texto. A busca pelo conhecimento deve ser constante e sempre é perturbadora. A cada novo conhecimento adquirido se projetam inúmeros outros a serem alcançados e novas dúvidas nos são apresentadas. Encerrar um trabalho não é, obviamente, encerrar um tema ou um estudo. Pôr fim a uma pesquisa ciente de nossas limitações é reconhecer os pontos que foram possíveis de análise, apresentar outros que podem ser objetos de novas reflexões e avaliar os novos questionamentos inquietantes que a busca por respostas nos levou. Nem sempre é possível encontrar as respostas, mas são as perguntas que nos movem, então, que saibamos identificá-las.

A pergunta propulsora desta pesquisa permanecerá sem resposta. Não é tarefa fácil nem possível de ser atingida sem uma boa dose de reducionismo e, até mesmo, arbitrariedade, uma clara resposta sobre “a que expectativas deve corresponder um juiz criminal?”. Entretanto, a busca por resposta aproximativa, apresentou uma série de respostas parciais a definir um problema estrutural na sistemática processual penal brasileira. A busca por satisfação de expectativas de qualquer ordem se apresenta problemática e os riscos disso são graves e verificados em diversos sintomas, seja na legislação vigente, na doutrina e, principalmente, na jurisprudência.

O que hoje é vivenciado em termos de *protagonismo judicial*, a partir de uma crença na infalibilidade do julgador deita suas origens em centenas de anos, sendo uma *cultura* impregnada na forma de compreensão do ato de julgar. A sacralização deste ato, a elevação da figura daquele investido do poder de julgar seus semelhantes, eleva a atuação jurisdicional a um patamar que desconhece limites e que se legitima pela sua própria autoridade. O imaginário social que, nos dias de hoje, associa um ideal de justiça com condenação, se valendo do adágio autoritário da defesa do coletivo em detrimento do individual não é algo que possa ser imputado com exclusividade à modernidade e aos avanços tecnológicos que tanto mudaram as relações sociais, sendo uma marca enraizada na tradição jurídica brasileira.

O ideal *justiceiro* que hoje deixa em êxtase a massa e seduz os atores judiciais, mormente os magistrados, está presente na cultura nacional desde os tempos do Brasil colônia. Dom Pedro I ostentava tal fama e dela se valia para adquirir prestígio social

através da punição de delinquentes. Certamente, o prestígio era obtido mediante punições céleres e severas que tinham como alvos pessoas selecionadas como *indesejáveis* ou *invisíveis* e, portanto, despidas do mesmo rol de Direitos estendidos àqueles que clamam e festejam por atuações punitivistas desta natureza. Como seria o prestígio do Imperador/Julgador ao absolver pessoas acusadas de crimes contra a nobreza? Como se sustentaria na defesa de direitos daqueles tidos como criminosos? A solução era ouvir o “povo”, certamente, uma parcela dessa população que legitimaria a decisão a ser tomada. Isso evidencia que a cultura autoritária, a permissividade das ilegalidades contra determinadas pessoas, o protagonismo judicial e a conformação de expectativas sociais, acompanham desde há muito o poder jurisdicional no Brasil, em especial em matéria criminal.

Há, portanto, não somente uma *tradição jurídica*, ou uma *cultura* forjada em bases inquisitoriais. É possível, sim, falar em um autoritarismo estrutural que se reverbera nas manifestações sociais, que em plena democracia, se apresentam saudosas de tempos de arbítrio. Isso porque, o destinatário da violência arbitrária estatal já está escolhido e os defensores de tais práticas são sabedores (ou ao menos acreditam nisso) que não suportarão os efeitos daquilo que defendem. A lógica do *nós e eles*, da defesa do coletivo, da eliminação dos inimigos sociais pelas vias dos processos criminais impera e influencia a percepção do juiz sobre as questões trazidas no ambiente processual penal. O autoritarismo se reflete não apenas em personalidades ou em instituições, mas está enraizado na estrutura social que clama por um maior poder estatal em detrimento dos direitos individuais, que culpa a observância dos direitos e garantias pelos problemas sociais. Nesse cenário, o poder estatal precisa ser fortemente exercido e sendo o processo penal o elemento no qual se constata com maior clareza esse conflito Estado x Indivíduo, será fortemente marcado por essas premissas de pensamento. E, mais, em um modelo processual que potencializa e fomenta a centralidade do julgador, este será o protagonista desse espetáculo e atuará condicionado a uma cultura de defesa social em detrimento do individual, o que esvazia o processo penal e o transfigura em um mero ritual protocolar de exercício punitivo.

Isso se verifica pela incapacidade de oxigenação constitucional na legislação brasileira, bem como na doutrina e na prática forense. As promessas insculpidas no texto constitucional de 1988 que pretendiam inaugurar uma nova era no país, amparada em elementares valores democráticos restaram descumpridas. A cultura doutrinária nacional que formava a visão dos juristas na década de 1980, prosseguiu com as mesmas

avaliações após o advento da Constituição em 1988. Isso evidencia que não houve a oxigenação constitucional da legislação e a doutrina que deveria buscar a efetivação desta, ficou-se inerte, chancelando a sobrevivência autoritária da legislação e das práticas forenses. Não se está a generalizar, apenas destacando que tal situação fora constatada em muitos dos principais expoentes doutrinários, que estiveram presentes na consolidação da cultura jurídica de diversos profissionais que, certamente, carregaram e difundiram essa percepção do processo penal. As críticas doutrinárias vindas com mais forças em anos posteriores, conseguiram estabelecer importantes reflexões críticas mas não o suficiente para abalar de forma substancial as bases que sustentaram a cultura doutrinária nacional por tantas décadas.

Como uma marca clara dessa cultura autoritária se percebe a indevida importação de categorias da processualística civil para o processo penal. Desrespeitar o processo penal enquanto detentor de categorias próprias é não enxergar a dimensão de sua importância como garantia fundamental e desumanizar as relações postas dentro da situação processual. Elemento chave para a proliferação de todo esse ideal autoritário é a visão do Estado como detentor de um *direito de punir*, o que encaixa perfeitamente nas visões equivocadas e simplistas de uma teoria geral do processo, a partir de diversos conceitos civilistas introduzidos no processo penal, como *relação jurídica, lide*, dentre outros que apenas potencializam a visão autoritária e inserem o julgador como *defensor deste direito estatal*, ignorando a missão garantista do processo penal e a função garantidora do julgador.

O julgador como representante do poder estatal, incumbido da satisfação dos direitos deste, terá como antagonista aquele que atentou contra o Estado (na perspectiva de que o Estado é sujeito passivo de todo e qualquer crime). Portanto, o Réu não será visto como sujeito de direitos na medida em que colocado diante de um julgador infalível, incumbido de revelar sua culpa e de extirpar-lhe o mal que resultou no crime. Essa sistemática inquisitorial não repousa nas longínquas quadras da história, mas insiste em habitar as práticas forenses atuais. A inquisitorialidade, também, possui sua temporalidade e se manifesta nos dias atuais com práticas diferentes das fogueiras de outrora, mas que seguem refletindo a mesma lógica de busca pela confissão, de coisificação do acusado, de satisfação do “direito” punitivo do Estado e de confusão nas atividades de acusar e julgar. A superação de centenas de anos de inquisição não é algo a ser obtido de um dia para o outro, muito menos em uma estrutura processual permeada por essa visão autoritária. No entanto, os exemplos vindos de diversos países da América Latina são de

fundamental observância para que o Brasil não se distancie de um ideal de superação dos grilhões inquisitoriais, mas que aprenda com os equívocos que os países vizinhos acabaram por incidir. Dentre eles a crença demasiada em modelo *adversarial* como suficiente para amoldar o processo penal aos ditames acusatórios. O que redundou em um amplo e problemático uso do consenso no processo penal. De igual forma, a crença na *oralidade* como instrumento capaz de, por si só, superar os problemas do modelo inquisitorial é uma perigosa armadilha, ao passo que inserido dentro de uma estrutura autoritária, a oralidade pode se apresentar como importante elemento propagador do autoritarismo, sendo necessária que sua implantação venha acompanhada de outros elementos a efetivar seu uso em sintonia com os ideais constitucionais.

Essa marca inquisitorial se apresenta sempre envolta da problemática questão da verdade. A ambição de verdade no processo penal retira limites da atuação estatal, pois tudo se legitima em nome da revelação desta. Discutir a verdade no campo do processo penal é extremamente problemático pois se pode incidir no equívoco utilitarista de depositar tal missão no processo penal e, por conseguinte, incumbir o julgador desta realização ou, por outro lado, incidir em um relativismo que, não crendo na verdade, admitiria qualquer decisão judicial como válida. Nesse contexto, há de se reconhecer que entre os extremos há uma construção importante ser realizada, que consiste em, num primeiro momento, não negar a existência de uma verdade enquanto um fato histórico ocorrido, mas, somente, de não ver com bons olhos a crença de que deva ser missão do processo penal a sua revelação. Isso porque, em uma sistemática que acredita na centralidade do julgador e que potencializa a sua atuação protagonista, depositar tal grau de expectativas em sua atuação, conduzirá a um nível de preenchimento que desconhecerá limites, tendendo a arbitrariedade, ao abuso e ao desrespeito dos direitos individuais, crendo na lógica utilitarista de justificativa dos meios eleitos pelo fim almejado. Dessa forma, as premissas que orientam um modelo acusatório, não podem conviver com nenhuma “busca” pelo juiz, desimportando se a “verdade” será adjetivada de real, processual ou formal, pois o problema está em perseguir essa verdade e o que isso representa em termos de um processo penal democrático.

Isso porque, colocar a atuação do julgador imbuída deste propósito de revelação da verdade é legitimizar toda a problemática percepção da atuação sacralizada e infalível daquele investido no poder de julgar. Assim, a questão central passa a ser a análise acerca de qual(is) expectativas deve corresponder o juiz? Se não a revelação da verdade a sua atuação estará legitimada a partir de quais expectativas? Como os

juízes introjetam essa carga de expectativas neles depositadas e quais os efeitos disso para o processo penal? Primeiramente, não se pode negar que, enquanto ser humano, o juiz será influenciado por determinadas expectativas que lhe apresentam uma possibilidade de preenchimento e, com isso, guiam a atuação jurisdicional.

As *expectativas sociais* são, talvez, as mais problemáticas. Seja pela sua natural indefinição, diante da incapacidade de se definir o que uma sociedade espera, ainda mais uma sociedade tão diversificada como a brasileira. Ou, seja ainda pela dificuldade de se constatar com dados empíricos o quanto aquela “pressão social” acabou por influenciar na atuação do juiz. Em épocas de redes sociais, de televisionamento e de espetacularização do processo penal, toda essa cultura autoritária denunciada anteriormente se revela no imaginário social a cobrar atuações dos juízes. Quantos destes conseguirão passar imune a tudo isso e desempenhar, quando necessário, seu papel contramajoritário? Se o Judiciário com sua atuação moldou o que a sociedade dele espera ou se fora a sociedade com suas expectativas que moldaram a atuação do judiciário é pergunta, talvez, impossível de se responder, mas o fato é que hoje estes dois pontos se complementam e isso se percebe de forma clara em casos de grande repercussão.

O imaginário social detém um evidente *fetichismo autoritário* que idolatra personagens fortes e autoritários a se valer de ilegalidades para o fim almejado, qual seja, a punição. Na velha redução da complexidade a códigos binários enfatiza o papel do mocinho (Estado) na luta contra o bandido (indivíduo), sem dar-se conta da perigosa abertura autoritária que se apresenta a partir dessa concepção. E isso habita a mentalidade dos juízes, o que se percebe em diversas manifestações, em notas de associações de magistrados contrariando avanços acusatórios e fomentando práticas punitivas, bem como quando um grande número de Magistrados, em pesquisa que objetivou traçar o perfil da Magistratura, elegeram pautas repressivas como sendo o papel de um juiz, além de defender o ativismo. Ou seja, um prato cheio para uma atuação condicionada por uma estruturação autoritária. Ativismo e punição, o juiz atuando sem limites na realização daquilo que o pensamento social, permeado pelo autoritarismo, dele espera.

Nessa questão política em que está envolto o processo penal e, por conseguinte, a jurisdição é inevitável o questionamento acerca das expectativas políticas a serem alcançadas pelo juiz. Isto é, se não há uma legitimação na busca por atender às expectativas sociais, seriam os interesses de Estado, de governo, a serem alcançados pelo juiz? Os problemas históricos de se colocar o judiciário a serviço de outros poderes são inúmeros e somente se verificam em períodos ditatoriais. O judiciário legitimando

práticas abusivas e restritivas de direitos individuais subverte a atuação deste poder, potencializa o autoritarismo ou o totalitarismo e sepulta a fundamental atuação judiciária na defesa dos direitos individuais. Portanto, um Estado Democrático de Direito exige um judiciário livre das amarras dos outros poderes, o que não significa um Poder que não encontre limites em sua atuação. Movimentos clássicos da magistratura, como o *direito alternativo*, visaram uma ampliação do papel do judiciário, incentivando um papel transformador, para além dos limites impostos pelo poder legislativo, pois era (naquele momento) necessário fazer valer a luta pelos mais fracos, sendo esse o papel do Judiciário. Entretanto, essa abertura interpretativa, pode ser usada para fins opostos, pois com um exercício hermenêutico (ainda que equivocado e indevido) se subverte o interesse e, facilmente, se imprime uma pauta repressiva nessa atuação ampliada e (quase) ilimitada.

Portanto, o ponto mais seguro parece ser a vinculação do juiz às provas do processo. O julgador deverá estar adstrito às provas que são, legalmente, produzidas nos autos, sendo essa a única expectativa a que deva corresponder. Certamente, a complementação do aspecto probatório a partir da conformidade legal e constitucional será o caminho mais seguro a ser percorrido pelo juiz, sendo as expectativas mais adequadas às premissas que embasam o ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a própria questão probatória pode ser facilmente manipulada a partir de expectativas outras, tornando-se uma mera justificativa para uma decisão tomada amparada em elementos estranhos ao conjunto probatório. Daí porque, se falar em prova no processo penal, também, não é tão claro e evidente como parece, haja vista que há uma relativização no que efetivamente a prova está refletindo, bem como na observância de princípios processuais básicos na produção e valoração probatória.

Todas essas expectativas apresentam sintomas no processo penal brasileiro. Para que se busque a efetivação de uma atuação jurisdicional que respeite (o máximo possível) aquilo que poderia se apresentar de forma adequada a uma atuação que tenha como marca central os direitos individuais e que conceba o processo como uma garantia a serviço destes. Pois a jurisdição deve ser compreendida como um direito do cidadão e, por isso, precisa estar amparada em elementos que permitam esse exercício. Entretanto, ter um juiz não é o bastante. A jurisdicionalidade para ser devidamente exercida precisa estar amparada entre outros elementos, sendo o principal, a *imparcialidade*. Sem um juiz imparcial não há processo que se apresente devido. A imparcialidade precisa ser compreendida como uma categoria jurídica, para que possa ser efetivamente defendida. Enquanto a imparcialidade se ampara em elementos subjetivos, que perpassam por

discussões psíquicas a partir de um envolvimento psicológico ou não por parte do julgador, a discussão se dará com elementos morais e pessoais de cada profissional, isto é, a discussão fica relegada a um plano de ter ou não o juiz capacidade de ser imparcial diante de algum envolvimento psicológico com o caso ou com algum dos atores judiciais. No entanto, isso esvazia a discussão, relativiza um princípio supremo do processo penal que necessita ser compreendido como uma categoria jurídica para que, a partir de alguma ameaça a imparcialidade do julgador, de algum risco de atuação desprovida de imparcialidade, seja aquele julgador impedido de julgar o feito. Um sistema de justiça não se consolida como válido quando não oferece elementos seguros de garantia da eficácia da imparcialidade.

Uma atuação imparcial, obviamente, não convive com atuações de ofício. O julgador que atua atrás de uma prova, já sabe o que deseja encontrar e, com isso, faz as vezes de parte, o que lhe afasta de sua atuação imparcial. A preservação da imparcialidade do juiz, portanto, precisa evitar situações nas quais está restará profundamente ameaçada. A começar pela atuação na fase pré-processual. Imaginar que um julgador possa atuar na fase de investigação preliminar, deferir medidas cautelares e depois julgar de forma imparcial o processo é ignorar as próprias limitações humanas e exigir uma atuação sobre humana do julgador. O juiz (como qualquer ser humano) se apega a primeira impressão e buscará formas de evitar o angustiante conflito psicológico que se instalará quando alguma nova informação for capaz de gerar questionamentos, passando, consciente ou inconscientemente, a negar aquilo que venha a gerar uma dissonância com suas crenças prévias e valorizar aquilo que resulte em uma ressonância cognitiva. Assim, todas as medidas necessárias a preservar a imparcialidade jurisdicional precisam ser efetivas, desde a proibição de atuação de ofício até a implantação do juiz de garantias, permitindo a atuação de juízes diferentes na fase de investigação preliminar e na fase processual.

No entanto, o argumento economicista acaba por justificar o adiamento de algumas mudanças, como o juiz de garantias. A lógica econômica que guia a sociedade, buscando o eficientismo, com o maior resultado possível tendo menor custo, não deixa ileso o processo penal. Nesse cenário, a partir da cultura autoritária, o melhor resultado é a punição e quanto menor o custo melhor. Nessa lógica, se flexibilizam as nulidades, se subvertem as formas processuais, concebidas como entraves, como obstáculos que atrasam o desfecho “justo” do processo. A forma como uma garantia, cede, como cedem as garantias todas em nome do alcance rápido ao resultado almejado. Por isso, a teoria das nulidades precisa ser reformada, não sendo compatível com um modelo devido de

processo penal o tamanho grau de relativização das nulidades que hoje se verifica. Ademais, no que tange a prova ilícita, é de se buscar a devida efetivação dos *momentos probatórios*, não sendo possível que a análise da legalidade se dê simultaneamente à valoração do conteúdo da prova, pois isso ignora a impossibilidade que o julgador não se deixe influenciar pelo conteúdo da prova e tente, a partir disso, flexibilizar seu critério de validade.

Coroando esse pensamento econômico-eficientista, a sedutora ideia de ampliação dos mecanismos de consenso. O julgador se livra do peso de decidir, inúmeros processos são resolvidos de forma rápida e o melhor: o réu é punido! O juiz vira um mero homologador de acordos e essa retirada de poderes parece não causar tanto incômodo, afinal, o fim (punição) segue sendo atingido. E ainda acrescido da expiação, mediante o ritual da confissão. O réu confessa, todos aceitam e a pena está imediatamente cumprida. Reduzem os custos e se mantém a punição, de forma mais barata e confortável para todos, menos para o réu. A tendência negocial é uma realidade, mas é preciso lutar o quanto possível para que se aplique com critérios e regras mais claras. Pena sem processo é o trunfo da subversão do processo em instrumento punitivo ao invés de uma garantia fundamental. E a busca pela confissão é o retorno dos mais sombrios e ameaçadores pressupostos inquisitoriais.

De uma forma ou de outra grande parte desses elementos apontados se refletem em atuações jurisdicionais. O Supremo Tribunal Federal é um bom parâmetro de mensuração destes aspectos. Seja pela exposição a que são submetidos os Ministros, em julgamentos televisionados, seja pela sensibilidade dos temas enfrentados ou, ainda, pelos efeitos de suas decisões não somente nas vidas das pessoas, como em decisões judiciais em instâncias inferiores. Por isso, a pesquisa, objetivou uma análise em dois casos de grande repercussão, na qual poderia se avaliar o autoritarismo estrutural a condicionar as expectativas de atuação jurisdicional e os efeitos disso.

Assim, analisando o julgamento do *Mensalão*, foi claramente possível perceber o quanto um voto absolutório necessitava de muito mais justificativa em comparação com um que optasse pela condenação. Isso evidencia uma inversão de lógica na concepção do processo penal e naquilo que se espera do julgador. O custo social de decisões que “beneficiaram” os Acusados eram altos e percebidos através dos debates midiáticos, da cobertura opressiva da mídia que condicionava a atuação dos Ministros e os rotulavam de acordo com suas percepções e interesses. A eleição dos Ministros que eram *a favor do povo* ou daqueles que *insistiam em não ouvir os apelos populares*, a

defesa dos *corruptos* entoadas em cada decisão que reduzia pena ou absolvía acusados. Fora uma repercussão enorme e uma carga de expectativas muito grande depositada em cada julgador, o que, certamente, influenciou muitas das decisões judiciais. Uma sociedade ansiada por punições de poderosos, encontrou um Supremo Tribunal exposto e aberto às pressões populares, o que resultou em um palco perfeito para o triunfo das expectativas sociais permeadas pelo autoritarismo que tanto marca a sociedade brasileira até os dias atuais.

Na sequência do *Mensalão* a Operação Lava Jato também criou seus heróis, um deles na figura de um juiz, posteriormente alçado a Ministro da Justiça que tentou, mas não emplacou, uma versão século XXI de Francisco Campos. A heroicização de Sérgio Moro fez com que grande parte da sociedade se manifestasse em apoio à Lava Jato, ao juiz responsável e a força-tarefa responsável pela operação. Comparações com a operação *Mani Pulite* da Itália serviam como embasamento para diversas práticas, no mínimo, discutíveis, mas o uso do apoio popular foi um inteligente recurso usado pelo Magistrado que atuava, para muito além de sua função judicial. Essa atuação fora escancarada no vazamento de conversas em aplicativo de mensagens que demonstraram uma relação totalmente indevida entre o Magistrado e os membros da Procuradoria. Mas tudo fora ignorado e nada anulado, o prestígio social da operação, mesmo abalado posteriormente, foi suficiente para que os diversos abusos praticados no âmbito da operação fossem validados.

Um dos pontos altos da operação, inserida num contexto de polarização política que marca o país desde as vésperas da eleição de 2014, fora a prisão do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, quando liderava as pesquisas para a corrida presencial de 2018. Após a sua condenação em segundo grau, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar se ele deveria ser preso, haja vista o então entendimento da Corte sobre a prisão em segunda instância. Com diversos argumentos populistas que escancaravam o receio de serem acusados de mudarem o entendimento para beneficiar o ex-presidente, o Supremo por maioria decidiu por denegar a ordem de *habeas corpus*, o que resultou na prisão do ex-presidente, três dias depois. Passada a eleição, vencida por Jair Bolsonaro, o juiz responsável por expedir o mandado de prisão de Lula, vira ministro da Justiça e, tempo depois, o Supremo revê o seu posicionamento, voltando a proibir a execução antecipada da pena. Todos esses ingredientes são fundamentais para uma análise de quantos fatores estranhos puderam influenciar as decisões tomadas nesses casos.

Não há como precisar quais serão os efeitos da Lava Jato para o futuro político e jurídico do Brasil. Hoje a operação não goza mais de tanto prestígio social, o que apenas corrobora com a crítica de que fora uma operação politizada e seletiva, em grande parte. Como se hoje, já tivesse alcançado seus principais objetivos. Ficará a cargo da história mostrar os erros e acertos da operação e os resultados de tudo isso. No entanto, não se pode negar que foram duas operações que escancaram o quanto a atuação jurisdicional se apresenta guiada por cargas de expectativas que lhe são direcionadas e o quanto estas restam amparadas em concepções autoritárias, do que resulta o populismo judicial, tão presente em decisões judiciais em todos os níveis.

Com isso não se está a afirmar que todos os juízes buscam condenações ou que atuam a partir de expectativas sociais autoritárias. O que se compreende é que há uma condicionante de atuação a partir destas. E quando encontram um julgador disposto a ressoar estes ideais, estas expectativas restam potencializadas, permitindo um exercício fácil e sem muita preocupação em justificar para que se possa determinar prisões e condenações. Por outro lado, o julgador disposto a não fazer ecoar esses ideais, encontrará muito mais resistência, interna e externa, o que lhe representará um profundo e constante incômodo, com o qual, nem todos querem ter de lidar.

A pesquisa poderia ter buscado elementos a partir de dados de processos nas corregedorias judiciais para avaliar estes elementos, mas encontraria situações pessoais e sigilosas, com dados sensíveis que não justificariam a análise, entretanto, poderiam demonstrar como há uma espécie de “perseguição” contra Magistrados dispostos a não atuar de forma a preencher as expectativas que lhes são depositadas por esse viés autoritário. De igual forma, uma análise acerca das decisões de corregedoria a respeito da observância ou não da Lei Orgânica da Magistratura é uma abertura a estudos futuros, para fins de avaliar a aplicação realizada nesse tema, dentro dos órgãos responsáveis.

Por fim, nesse revolto mar de expectativas é preciso compreender a como funciona o *jogo processual*<sup>1328</sup>, a partir das expectativas de comportamento<sup>1329</sup> de cada um dos atores judiciais, pois isso será fundamental para a compreensão e efetivação de um processo penal que se apresente adequado aos pressupostos constitucionais e que se

---

<sup>1328</sup> Ver ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2019. E CALAMANDREI, Piero. *O Processo como Jogo*. Trad. Roberto Del Claro. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2002. Vol. 23.

<sup>1329</sup> Sobre o tema: ROSA, Alexandre Morais da. BERMUDEZ, André Luiz. **Para Entender a Deleção Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico**. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. P:44.

aproxime do exercício de sua missão em um Estado Democrático de Direito. Compreender as expectativas que serão capazes a influenciar a decisão jurisdicional é fundamental para que seja possível discutir avanços normativos que permitam estabelecer uma maior previsibilidade processual, tornando um jogo de regras claras e de atuações legalmente determinadas. Enquanto isso não ocorre, é tarefa da doutrina expor tais elementos para que possam ser transformados em importantes mudanças, bem como fornecer aos profissionais do Direito modos de lidar com essas dificuldades. Dentro desse ambiente processual envolto de expectativas, dificilmente, os membros do Ministério Público estarão receosos da atuação jurisdicional, por tudo que fora demonstrado. Cabendo assim, um papel fundamental à advocacia criminal.

Toda essa carga de expectativas projeta um desfecho para o jogo processual. Existem expectativas sobre os comportamentos de cada um dos atores. O processo penal, muitas vezes, decidido de fora para dentro. Só há um dos atores judiciais que poderá mudar essa realidade. Uma atuação que compreenda as expectativas depositadas na autoridade judicial e que saiba lidar com estas. Que consiga impor constrangimentos acusatórios e buscar a efetivação das garantias individuais, mesmo nadando contra a maré, mesmo experimentando a colocação em situação isolada contra a maioria, mas é a atuação que se espera de alguém que não se conforma com as arbitrariedades, que não compactua com o autoritarismo e que não cede, mesmo diante de uma imensa maioria, é aquele jogador que está disposto a mudar o jogo: o *game changer*<sup>1330</sup>. São desses profissionais que deve partir a mudança que será capaz de deixar para trás o autoritarismo processual penal que insiste em se fazer presente no Brasil.

---

<sup>1330</sup> Em determinados esportes, como basquete e beisebol, cunhou-se uma expressão para designar aquele jogador dotado de atributos e atitudes capazes de mudar um jogo, de fazer a diferença, de chamar a responsabilidade para si em momentos decisivos, definindo-o como um *game-changer*. (...) Quantos são os advogados que hoje se debruçam a compreender o jogo processual? Para mudar o jogo, antes de mais nada é preciso compreender e fazer a leitura adequada do processo e dos jogadores. Somente isso fará do advogado um verdadeiro *game-changer*, e não mais um mero coadjuvante a legitimar, com sua mera presença, o jogo processual. LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Faz Diferença o Advogado Game Changer no Jogo Processual Penal. In <https://www.conjur.com.br/2019-jan-18/limite-penal-faz-diferenca-advogado-game-changer-jogo-processual>

## REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Proceso y Derecho Procesal** (Introducción). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação - Racismo e encarceramento em massa**. Tradução de Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALSCHULER, Albert W.. Um Sistema Quase Perfeito Para Condenar Inocentes. *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

ALVIM, Arruda. Constitucionalismo contemporâneo, jurisdição e mecanismos de controle da discricionariedade judicial. **In Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

AMBOS, Kai. **Direito Penal Nacional-Socialista: Continuidade e Radicalização**. Trad. Paulo Cesar Busato. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Coord. e trad. Augusto Jobim do Amaral, Clarice Beatriz Sohngen, Brunna Laporte e Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Origens do Totalitarismo**. Trad. R. Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução José Rubens Siqueira–São Paulo: Companhia das letras, 1999.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. Madrid, 1976.

ARGUELHES, Diego Werneck e CHAVES, Vitor Pinto. O Mensalão e a Paz Social - Artigo publicado no Jornal O Globo em 19 de outubro de 2012. P: 225. **Mensalão: Diário de um Julgamento / organização** Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

\_\_\_\_\_, ARGUELHES, Diogo Werneck e HARTMANN, Ivar A. Artigo publicado no Jornal *O Globo* em 05 de setembro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas Procesales Penales. La justicia penal em Europa y America**. Marcial Pons, Madrid: 2012.

\_\_\_\_\_, **A Prova Ilícita: Um estudo comparado**. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014

ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

ASCH, Solomon E. **Psicologia Social**. 4ª ed. Trad. Dante Moreira Leite; Miriam Moreira Leite. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS – AMB - Pesquisa Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem Somos. A Magistratura que Queremos**. Disponível em [https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf).

AZEVEDO E SOUZA, Bernardo de., OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Entre Justiceiros e Samambaias: Reflexões Constitucionais sobre a Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Penal. **Revista Bonijuris** [Novembro 2012. Ano XXIV, n. 588. V. 24, n. 11.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O princípio da publicidade no processo penal, liberdade de imprensa e a televisão: uma análise transdisciplinar. **Revista dos Tribunais** | vol. 898/2010 | p. 423 - 478 | Ago / 2010 | DTR\2010\253.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre Acusação e Sentença**. V. 3. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_, **Processo penal**. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_, *As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal*. **Boletim IBCCrim**, São Paulo. v. 23, n. 277, p. 17–19, dez., 2015.

BARAK, Aharon. **La dicrezionalità del giudice**. Traduzione di Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè Editore, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_, **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008

BAUMER, Franklin Le Van. **O Pensamento Europeu Moderno: volume II, séculos XIX e XX**. Trad. De Maria Manuela Alberty, Lisboa: Edições 70, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. **Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BELCHIOR, Pedro. A Resposta das Redes Sociais ao Mensalão. Artigo publicado no Blog de Ancelmo Gois em 19 de setembro de 2013 – 349. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Org. Aline Gostinski, Geraldo Prado, Leonel González Postigo; tradução Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_, **O descumprimentos das Formas Processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

\_\_\_\_\_, **El Incumplimiento de Las Formas Procesales**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000

BIZZOTTO, Alexandre. **Lições de Direito Processual Penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

\_\_\_\_\_, **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2015

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. “Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir.” In: **Manual dos Inquisidores**. Nicolau Eymerich. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros. Processo Penal Cautelar: Remédio ou Veneno. In **A Democracia Sequestrada**. Organizador Jose Luis Bolzan de Morais. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo I**. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoría De Las Excepciones Dilatorias Y Los Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964. P. 02-03.

BURKE, Alafair S.. Paixão Acuatória, Viés Cognitivo e Plea Bargaining. *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. **Rivista Di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 1928.

\_\_\_\_\_, **Eles, os Juízes, Vistos, por Nós, os Advogados**. Trad. Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica, 1940.

\_\_\_\_\_, *O Processo como Jogo*. Trad. Roberto Del Claro. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2002. Vol. 23.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. São Paulo: EbooksBrasil, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

\_\_\_\_\_, **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editora, 1993.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A Imprudência Inconstitucional. *in Relações Indecentes*. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições Sobre o Processo Penal**. Tradutor Francisco José Galvão Brubo. Campinas: Bookseller, 2004.

\_\_\_\_\_, **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas, Bookseller, 2002

\_\_\_\_\_, **Cenerentola**. Rivista di diritto processuale. Pádua: CEDAM, 1946.

\_\_\_\_\_, Ancora sulla lite nel processo penale. **Rivista Di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 1930.

\_\_\_\_\_, **Instituições de Processo Civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

\_\_\_\_\_, Verità, dubbio, certeza. **Rivista di Diritto Processuale**. Volume XX. Milano: Padova, 1965.

\_\_\_\_\_, **Lecciones sobre el proceso penal** Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-America. Bosch y Cia. Editores Chile 2970, Buenos Aires, 1950

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. Aspectos Subjetivos da Decisão Penal. *In* **Sistema Penal e Poder Punitivo**. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Niterói, RJ: LUAM Ed., 1999.

\_\_\_\_\_, **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_, **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

\_\_\_\_\_, **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_, **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CHEMIM, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lavo Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017.

CHOUCKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam. Direito, História e Memória: Ainda há Juízes em Berlim (?). *In* **Os Modelos de Juízes: Ensaio de Direito e Literatura**. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

\_\_\_\_\_, **Guida Alla Procedura Penale**, Milão: Editora UTET, 1986

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Para Passar do Sistema Inquisitório ao Acusatório: *Jouissance*. *In* **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

\_\_\_\_\_, Os Sistemas Processuais Penais Agonizam?. *In* **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**.

Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

\_\_\_\_\_, Por Que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Brasileiro? *In* **Observações Sobre os Sistemas Processuais Penais**: Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Org. Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

\_\_\_\_\_, A Linguagem nos Tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). *In* **Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_, O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. (coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho) Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_, **A Lide e o Conteúdo Do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_, **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Nota Dez Editora, n.º 01, 2001.

\_\_\_\_\_, Mettere Il Pubblico Minitero Al Suo Posto – Ed Anche Il Giudice. *In* **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

\_\_\_\_\_, O Lugar do Poder do Juiz em Portas Abertas, de Leonardo Sciascia. *in* **Os Modelos de Juízes: Ensaios de Direito e Literatura**. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015

\_\_\_\_\_, **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito**. *In*: Revista de Estudos Criminais Ano 4 N° 14. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004.

\_\_\_\_\_, Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais no Brasil. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; DE PAULA, Leonardo Costa (org). **Observações sobre os sistemas processuais penais: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho** Vol. 1. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Trad. Mozart Victor Russomano. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAMÁSIO, Antônio. **O Erro de Descartes**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DAVIS, Angela J. *The Power and Discretion of the American Prosecutor*. **Revista Droit et cultures**. França, n. 49, p. 55-66, jan. 2005, p. 55. Disponível em: <https://journals.openedition.org/droitcultures/1580#quotation>>.

DAVIS, Richard. TARAS, David. **Justices and Journalists: The Global Perspective**. Cambridge University Press, 2017. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/books/justices-and-journalists/F8B05870DF401930F80C005518E1E652#fndtn-information>.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DEBRUN, Michel. **A Conciliação e Outras Estratégias**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DEL PINO, Dino. Do Sentido: Entre o Direito e a Mídia. *In Os Modelos de Juízes: Ensaio de Direito e Literatura*. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

\_\_\_\_\_. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais: O julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DOTTI, René Ariel. Princípios do Processo Penal. **Revista dos Tribunais**. vol. 687/1993 | p. 253 – 26.

DUARTE, Leticia. **Vaza Jato: Os Bastidores das reportagens que sacudiram o Brasil**. Rio de Janeiro: Mórula, 2020.

DUCLERC, Elmir. Ensaio para uma Teoria Agnóstica do Processo Penal. *In Sistema Penal e Poder Punitivo*. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DUSSEL, Enrique D. **Caminhos de libertação latino-americana: história, colonialismo e libertação**. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1984.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores: Comentários de Francisco Peña: trad. Maria José Lopes da Silva**. Brasília: Rosa dos Tempos. 1993.

FACCHINI NETO, Eugênio. ‘E o Juiz Não É Só De Direito...’ (ou ‘A Função Jurisdicional e a Subjetividade’). *In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Org:

Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007.

FALCÃO, Joaquim. Artigo publicado no Jornal *Folha de S.Paulo* em 05 de outubro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

FAUSTO, Boris. **O Pensamento Nacionalista Autoritário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEELEY, Malcom M. Plea Bargaining e Estrutura do Processo Criminal. *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREL, Jeff. **Criminologia Cultural: Um convite**. Trad. Álvaro Oxlei da Rocha e Salah H. Khaled Jr. Belo Horizonte: Letramentp; Casa do Direito; Crime Cultura e Resistência; Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural, 2019.

FERRER BELTRAN, Jordi. **Motivacion y racionalidad de la prueba**. Editora y Libreria Jurídica Grijley. 1 ed., 2016.

FESTINGER, Leon. **Teoria da Dissonância Cognitiva**. Trad. de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Rastrear o dinheiro ilegal é o caminho para se chegar ao chefe, diz juz**. Curitiba ,02 mar 2016. Disponível em [www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1597193-combate-a-lavagem-evita-que-politico-honesto-tenha-desvantagem-diz-moro.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1597193-combate-a-lavagem-evita-que-politico-honesto-tenha-desvantagem-diz-moro.shtml).

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

\_\_\_\_\_, **Microfísica do Poder**. 18ª ed. Trad. R. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

FUX, Luiz. Decisão Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6499- DF. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis, **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada. Trad. Mirian Alves de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_, **O Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. P: 312.

GARLAND, David. **La Cultura del Control**. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona, Gedisa, 2005.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e Cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

\_\_\_\_\_, **O Reino da Estupidez e o Reino da Razão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_, Conhecimento e aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_, **A Fundação da Norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre, EDIPUCRS: 2011

GIACOMOLLI, Nereu José. Valoração da Prova no Âmbito da Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Criminal. *In A Prova Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

\_\_\_\_\_, **O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_, O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 102, p. 288-308, março de 2002

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGEZ, Valentín. **Derecho Procesal Penal**. 3ª Edición 1999. Editorial COLEX, 1999.

GIULIANI NETO Ricardo. **Pedaços de Reflexão Pública: Andanças pelo Torto do Direito e da Política**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2018.

\_\_\_\_\_, **Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular**. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2015.

\_\_\_\_\_, Metástases do Sistema Inquisitório. *In Sistemas Processuais Penais*. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_, AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Editora Champagnat – PUC-PR; Porto Alegre, RS: Edipucrs, 2013.

\_\_\_\_\_, Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 23, v. 117, p. 263-286, jan./fev. 2015.

\_\_\_\_\_, O Processo Penal como Complexo de Situações Jurídicas – Uma Necessária Revisitação. *In Sistema Penal e Poder Punitivo*. Estudos em Homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr. Coord. Salah Khaled Jr. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

\_\_\_\_\_, Um “Novo” Liberalismo Processual Penal Autoritário? *In Plea Bargaining*. Organizador Ricardo Jacobsen Goeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935. Buenos Aires: BdeF, 2016.

\_\_\_\_\_, **Derecho, Derecho Penal y Proceso**. Tomo III, El Proceso como situación jurídica: una crítica al pensamiento procesal. Marcial Pons, Madrid, 2015.

GOLDSCHMIDT, Werner. La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso. (La Parcialidad y La Imparcialidad). *In Revista de Derecho Procesal*, n.2, 1950, p. 208 e s. Disponível em [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf)  
Acesso em 02 de junho de 2020

GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático: Caso Mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **El Proceso Penal en el Estado de Derecho**: diez estudios doctrinales. Castellón: Palestra Editores, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GONZALES POSTIGO, Leonel. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. *In Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juízes** (a interpretação/aplicação dos direito e os princípios). 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUASP, Jaime. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Civitas, 1981.

GUIMARÃES ROCHA, Everardo P. **O Que é Etnocentrismo?** 5ª ed. Brasília: Editora Braziliense, 1988.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VAZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica.** Marcial Pons, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública.** . 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARTMANN, Ivar A. Artigo publicado no Blog de Ancelmo Gois em 09 de setembro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

\_\_\_\_\_, HARTMANN, Ivar. Artigo publicado no Jornal O Globo em 06 de outubro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

HOBBS, Thomas. **O Cidadão.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_, **Código de Processo Penal Anotado.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. O Direito a um Julgamento e as Liberdades de Expressão e Informação. **Boletim IBCCRIM**, ano 9, n. 107, São Paulo, out. 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução Luís Carlos Borges. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

KHALED JR., Salah Hassan **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_, **O Juiz e o Historiador na Encruzilhada da Verossimilhança: Ambição de Verdade no Processo Penal.** Porto Alegre: Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito, PUCRS, 2008.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACORDAIRE, Henry. *Conférences de Notre-Dame de Paris.*, éd. Sagnier et Bray, 1848.

LANGBEIN, John H. Tortura e Plea Bargaining. In Sistemas Processuais Penais. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LAUDAN, Larry. **Verdad, Error y Proceso Penal: Un Ensayo sobre Epistemología Jurídica.** Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEAL, Fernando. Artigo publicado no jornal O Globo em 29 de agosto de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento.** organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal.** Vol. 2. Buenos Aires: EJE, 1963.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico/2009.**

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)** [recurso eletrônico] /tradução Paulo César Busato. - 1. ed. - São Paulo : Tirant Lo Blach Teoria, 2019.

LOCKE, John. Tratado sobre Governo. In: **Coleção os Pensadores.** São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Volume 1. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_, **Fundamentos do Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_, **Direito Processual Penal.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_, Sistemas Processuais Penais: Ainda Precisamos Falar a Respeito? *In* **Sistemas Processuais Penais.** Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_, **Introdução Crítica ao Processo Penal. (fundamentos da instrumentalidade constitucional).** 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_, PACZEK, Vitor. O Plea Bargaining no Projeto Anticrime: Remédio ou Veneno? *In* **Plea Bargaining.** Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

\_\_\_\_\_, ROSA, Alexandre Morais da. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Faz Diferença o Advogado Game Changer no Jogo Processual Penal. *In* <https://www.conjur.com.br/2019-jan-18/limite-penal-faz-diferenca-advogado-game-changer-jogo-processual>

LORA, Deise H. K. **Subjetividade e Imparcialidade no Processo Penal**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. Volume 2: O Século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MACHADO, MÁRIO. O que dizem as tabelas e os gráficos da defesa de Delúbio. Artigo publicado no Jornal *O Globo* em 08 de agosto de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

MANZINI, Vincenzo. La Politica Criminale e Il Problema della Lotta Contra la Delinquenza e La Malavita. *In Revista Penale*. N. 73. v. XXXVII, 1911.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. São Paulo: Forense, 1970.

\_\_\_\_\_, **Elementos de Direito Processual Penal**. V.3. Campinas - SP: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_, **Da Competência em Matéria Penal**. Campinas: Millenium, 2000.

\_\_\_\_\_, **O Júri no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**. Conceito, objeto e método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_, **O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão**. In: Revista ANAMATRA. São Paulo, n. 21, 1994.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Constituição e Poder**, Vol. 1: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_, **O Ponto Cego do Direito: the brazilian lessons**. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. *In Revista Novos Estudos*. N. 58, 2000.

MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao Estudo do Pensamento Autoritário Brasileiro 1914/1945. *In Revista de Ciência Política*. N. 17. V. 1. Rio de Janeiro, 1974.

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

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Associações de Classe e Vaza Jato. *In* **Relações indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves ... [et al.] ; [ilustração] Eduardo Milek. - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020.

MENDES, Carlos Helder Furtado. **Tecnoinvestigação Criminal: Entre a proteção de dados e a infiltração por software**. Salvador, Editora Jus Podivm, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOCCIA, Sergio. e IASEVOLI, Clelia. Verdade Substancial e Verdade Processual. *In* **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Goeckner. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: una explicación baeda em la razón**. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**; trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 19, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_,. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004 disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>

MÜLLER, Ingo. **Los Juristas del Horror**. Caracas: ACTUM, 2007.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_,. Prefácio *in* PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica judicial**. 3 ed. Campinas, SP: Millenium, 2005.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: O Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. Belo Horizonte, Del Rey. 2004.

OLIVEIRA VIANA, Francisco José. **O Idealismo e a Constituição**. Rio de Janiero. Ed. Nacional. 1939.

ORLANDI, Renzo. Direitos Individuais e Processo Penal na Itália Republicana. *In* **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: Edusc, 2005.

\_\_\_\_\_, Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Doxa. **Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: [rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf). Acesso em: 23 de abr de 2020.

PERFECTO IBAÑEZ, Andrés. **Los Hechos en La Sentencia Penal**. Coyacán: Fontamara, 2005.

\_\_\_\_\_, Garantismo y Proceso Penal. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, n. 2, Granada, 1999.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PERUZZO, Pedro Pulzatto e CASALINO, Vinicius Gomes. A Força Tarefa e a Tarefa da Força. *In* **Relações Indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas Processuais Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

POPPER, Karl. Public Opinion and Liberal Principles. Em **Conjectures and Refutations** . 2ª edição. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1965.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_, **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**. *In*: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Org: Antônio Carlos Mathias Coltro e David Zimmermann. 2ª Ed. – Campinas – SP: Millenium Editora, 2007.

RAMÍRES, Germán Echeverría. **Imparcialidad del Tribunal Oral en lo Penal**: Tras la conquista de la garantía. Revista de Derecho. v. 23, n. 1, Valdivia, jul. 2010.

RAMOS, João Gualberto. **Curso de Processo Penal Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS MENDEZ, Francisco. **Derecho y Proceso**, Bosch, 1971.

RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo: 2014.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

\_\_\_\_\_, e WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: Aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4 ed. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_, **Decisão Penal: A bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

\_\_\_\_\_, KHALED JR., Salah H.. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

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

\_\_\_\_\_, SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático. Crítica à metástase do controle social**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_, BERMUDEZ, André Luiz. **Para Entender a Deleção Premiada pela Teoria dos Jogos: Táticas e Estratégias do Negócio Jurídico**. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019.

\_\_\_\_\_, MARCELLINO JR, Julio Cesar. O processo eficiente na lógica econômica [recurso eletrônico]: **Desenvolvimento, Aceleração E Direitos Fundamentais**. Itajaí: UNIVALI; FAPESC, 2012.

\_\_\_\_\_, **Para entender a deleção premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018.

\_\_\_\_\_, ROSA, Alexandre Morais da, LOPES JR, Aury. OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **O Roteiro Delatado e o Processo Penal do Espetáculo**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Edipro, 2ª ed. 2007.

SCAFF, Fernando Facury. **A mens legislatoris constituinte no STF: entre royalties e ICMS**. In *Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SCARPINO, Luiz. **Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil**. Ribeirão Preto – SP: Novo Conceito Editora, 2016.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo: Regime Autoritário (1964-1985), democracia e permanências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos da perseverança e aliança. In **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCIASCIA, Leonardo. **Portas Abertas**. Trad. Mário Fondelli, Rio de Janeiro: Rocco, 1990.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. – 1.ed. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. **Jurisdicción, acción y proceso**. Atelier: Barcelona, 2008. P: 248.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 1999.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O Código, as Cautelares e o Juiz das Garantias**. In *Revista de Informação Legislativa, Brasília*, v.46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. In **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Volume . org: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda

Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária**: uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981.

SOUZA, Jessé de. Como Moro e a Lava Jato Buscaram Destruir Lula e a Democracia Brasileira. *in* **Relações Indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020.

SOUZA, José Augusto Garcia de. A Jurisprudência do Supremo Morreu. Viva a Jurisprudência do Supremo. Artigo publicado no Jornal *O Globo* em 29 de novembro de 2012. **Mensalão: Diário de um Julgamento** / organização Joaquim Falcão [coordenação Adriana Lacombe Coiro]. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 11ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2014.

\_\_\_\_\_, O ‘Novo’ Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. *In* **Processo Penal, Constituição e Crítica**. Org. Gilson Bonatto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_, **O Que é Isto – decido conforme minha consciência?**. 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. P: 36/37. Citando Portanova, Rui. Princípios do Processo Civil. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_, Diálogos promíscuos: a vazajato, o duplipensamento e o ato de tentar enganar-se a si mesmo ou de como  $2 + 2 = 5!$  **Relações Indecentes**. organização Camila Milek, Ana Júlia Ribeiro ; coordenação Mírian Gonçalves - 1. ed. – São Paulo : Tirant Lo Blanch, 2020

SUANNES, Adauto. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v.31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: O Juiz e a Construção dos Fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_, **A Prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

TIBURI, Márcia. **Olho de Vidro**: televisão e estado de exceção da imagem. São Paulo: Record, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 6.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1982.
- \_\_\_\_\_, **Processo Penal**. 19.ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TRINDADE, André Karam. O Protagonismo Judicial sob a Perspectiva da Literatura. *In Os Modelos de Juízes: Ensaio de Direito e Literatura*. Org. Lênio Luiz Streck e André Karam Trindade. São Paulo: Atlas, 2015.
- TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Judiciário e Opinião Pública: Os Limites do Marketing Judicial. In PENTEADO, L. F.; PONCIANO, V. F. (organizadores) **Curso Modular de Administração da Justiça**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.
- \_\_\_\_\_, **Jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_, **Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- VELÉZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. Marcos Lerner Editora. Cordoba: 2006.
- VERRI, Pietro. **Observações Sobre A Tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- WACQUANT, Lôic. **As Prisões da Miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995.
- WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatório versus Inquisitório: Reflexões sobre o processo penal*. In **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner – 1 ed.- Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- \_\_\_\_\_, A Justiça Negociada e Coerção: Reflexões à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In **Plea Bargaining**. Organizador Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019
- WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. 18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011.
- WEDY, Miguel Tedesco. **Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos.** Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_, **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_, **Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal.** Buenos Aires: EDIAR, 2004

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:** Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ZIMERMAN, David. **Fundamentos psicanalíticos:** teoria, técnica e clínica – uma abordagem didática. Porto Alegre: Artmed, 1999.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)