



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A FUNÇÃO E A NATUREZA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU COTEJADA COM O
PAPEL DO JULGADOR EM UM SISTEMA POLÍTICO-PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

Talita Barboza da Silva

Rio de Janeiro
2018

TALITA BARBOZA DA SILVA

A FUNÇÃO E A NATUREZA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU COTEJADA COM O
PAPEL DO JULGADOR EM UM SISTEMA POLÍTICO-PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola de Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Orientador:

Prof. Antônio Pedro Melchior

Coorientadora:

Prof^ª. Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

TALITA BARBOZA DA SILVA

A FUNÇÃO E A NATUREZA DO INTERROGATÓRIO DO RÉU COTEJADA COM O
PAPEL DO JULGADOR EM UM SISTEMA POLÍTICO-PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2018. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Bernardo Braga e Silva – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Antônio Pedro Melchior Marques Pinto – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

À Tiça, que me fez tantas vezes trocar esse estudo por uma ida ao veterinário. O que fiz sem qualquer hesitação e sem nenhum arrependimento.

AGRADECIMENTOS

Ao meu querido revisor natural Felipe Laforet, por exigir o meu aprimoramento como ser humano.

Ao meu orientador Antonio Pedro Melchior, pela coerência do pensamento.

A Neli Fetzner, que não me deixou desistir.

A Anna Dina, Mônica, Claudia e Tarsila, pela paciência.

Às Maguetes pelo: “você ainda não terminou isso?”

Às pessoas maravilhosas que teimam em cruzar o meu caminho e me tirar da antropofobia.

Meu Deus! Meu Deus!
Se eu chorar, não leve a mal
Pela luz do candeeiro
Liberte o cativo social

Samba-enredo da Paraíso do Tuiuti.
Escola vice-campeã do Carnaval Carioca 2018.

SÍNTESE

As Leis nº 10.792/03 e nº 11.690/08 contribuíram para reformas significativas no Código de Processo Penal. Referidas alterações foram fruto da demanda dos juristas da área criminal. Uma das modificações de grande relevo e discussão se encontra no artigo 212 do diploma adjetivo. Nele positivou-se determinada ordem e forma de inquirição das testemunhas. A ordem concerne ao que a doutrina delimita como sistema acusatório, em que as funções de acusar e julgar são separadas e bem definidas, enquanto a forma adotada foi a *cross examination*, em que as partes dirigem as questões diretamente à testemunha, sem intermédio do juiz. Contudo, a reforma não abrangeu expressamente o interrogatório do réu, previsto no artigo 185 e seguintes do Código de Processo Penal, o que vem sendo motivo de dissidência entre os teóricos do assunto. Ademais, conforme se demonstrará a jurisprudência ainda se mostra pouco definida quanto à problemática. O presente trabalho visa explicar que o interrogatório é, precipuamente, meio de defesa devendo estar alinhado à diretrizes do sistema acusatório. A par disso, compreender o modo como o magistrado se coloca no processo penal é essencial para se convencer quanto à forma com o que o interrogatório do réu deva ser visto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. ATIVISMO JUDICIAL NO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO: DAS DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS À COTIDIANA APLICAÇÃO DA LEI	11
1.1. A Constituição da República de 1988 e sua relação com o modelo democrático de processo penal	11
1.2. Ativismo judicial no processo penal e o antagonismo com o sistema processual penal adotado pela Constituição de 1988.....	21
1.3. Tensões que conduzem o juiz a abandonar sua função constitucional: demandas por ordem e segurança pública	30
1.4. Demandas por ordem e segurança pública: raízes da constante sensação de insegurança	33
2. O JUIZ E A PRETENSÃO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL. ATIVISMO PROCESSUAL PENAL E REAVIVAMENTO PERSISTENTE DAS TESES DE REVELAÇÃO DA VERDADE	41
2.1. Verdade real: a visão clássica e a crítica contemporânea.....	41
2.2. Verdade e sua relação com a instrução processual: o traço inquisitorial identificado por Salah Khaled Jr.Junior	48
2.3. Verdade e sua relação com a instrução processual: a visão epistêmica do processo segundo Michele Taruffo	56
3. INTERROGATÓRIO E DIREITO DE FALA. O MOMENTO DE EXERCÍCIO DE AUTODEFESA VISTO ERRÔNEAMENTE COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO RESULTADO DO PROCESSO	66
3.1. Natureza jurídica do interrogatório apontada pela doutrina e a necessidade de se entender o ato como meio de defesa.....	66
3.2. A disparidade entre o Código de Processo Penal e o Projeto em aprovação. O novo modelo de manifestação judicial do acusado como corolário do sistema acusatório	72
3.3. A orientação inconstante do Superior Tribunal de Justiça acerca do sistema adequado ao interrogatório do réu	79
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o modo com que é conduzido o interrogatório do acusado no processo penal brasileiro de forma a avaliar sua compatibilidade com os princípios constitucionais atinentes à matéria. Para isso, um exame do interrogatório dentro do sistema que se convencionou chamar acusatório é fundamental a fim de trazer a lume uma compreensão ampla do debate.

A pesquisa envolve, outrossim, o questionamento sobre as funções do julgador no processo. Tema controverso, cujo entendimento vem se modificando nos últimos anos. A abordagem da questão correlaciona o papel do julgador com o lugar do réu no processo e a produção de provas, mais especificamente a incumbência do ônus acusatório.

A conclusão acerca da adequação do modo de inquirição do réu passa pelo cotejo das formas de sistemas processuais e, de maneira mais específica, pelas características do próprio Código de Processo Penal Brasileiro desde sua gênese até o novo balizamento positivado pela Constituição de 1988.

Pretende-se, com isso, demonstrar como a prática forense se mostra equivocada quando reluta em se adaptar à mudança de paradigma trazida com a Carta vigente e, mais recentemente, com as reformas do Código de Processo Penal.

Além disso, analisam-se parâmetros que influenciam o legislador na eleição das modificações de um novo Código.

O primeiro capítulo versa sobre o lugar do julgador no processo acusatório. Para tanto, a perquirição sobre o papel do juiz: se parte ativa na produção probatória ou sentinela da aplicação da lei penal é a questão a ser discutida. E, diante dessa dicotomia, deve-se indagar a função que mais se coaduna com a Carta Política vigente.

O balizamento da atuação do juiz no processo penal é determinante, porque revela a adoção, pelo julgador, de determinado sistema processual penal em linearidade ou não com os preceitos constitucionais. Dito de outro modo, o que se analisa é a dicotomia sistema acusatório versus sistema inquisitório. De forma a contextualizar essa análise, são comentados alguns fatores sociais que influenciam a postura do magistrado.

O segundo capítulo coteja a relação do juiz com a revelação da verdade no processo. O trabalho intenciona responder se esse deve ser o objeto do processo e se o magistrado deve

atuar positivamente em direção à materialização, dentro dos autos, do fato posto a julgamento. Novamente, a questão deve ser respondida tendo-se como norte a Constituição e, agora, a concepção de sistema processual dentro do estado democrático de direito delimitada no primeiro capítulo.

Na terceira parte, a pesquisa se volta para o interrogatório judicial do réu. Nesse capítulo, também se averigua, ainda que de forma perfunctória, a evolução desse ato no direito brasileiro. Essa análise demanda, ainda, uma breve comparação do interrogatório com a oitiva das testemunhas.

Por conseguinte, indaga-se se há justificativa dentro do sistema processual adotado no Brasil para que os atos sejam tratados de forma desigual pelo Código de Processo Penal. Novamente, o exame se orientará pelos resultados obtidos nos capítulos anteriores. Demais disso, é salutar um olhar sobre o projeto do novo CPP com o intuito de cotejar as conclusões desse estudo com as pretensões do legislador.

A metodologia empregada na pesquisa será qualitativa, mista (dedutiva e indutiva) e parcialmente exploratória.

1. ATIVISMO JUDICIAL NO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO: DAS DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS À COTIDIANA APLICAÇÃO DA LEI

As contínuas mudanças legislativas ocorridas nos últimos anos vêm suscitando discussões entre os operadores do direito, tendo como ponto de convergência a insatisfação com reformas pontuais na seara processual penal. Isso se deve ao fato de que o sistema processual penal deve guardar uma coesão interna, além de concretizar os objetivos da Carta Magna, o que dificilmente se consegue obter por meio de modificações em um texto cuja principiologia não mais vigora. Em outras palavras, o Código de Processo Penal vigente – Decreto-Lei nº 3.689/41¹ – foi elaborado sob a égide da Carta Constitucional do Estado Novo, um sistema calcado em valores e princípios opostos aqueles erigidos na Constituição Cidadã. Assim, as reformas legislativas levadas a cabo pós-1988 comportam-se como corpos estranhos no texto do Código.

Além disso, observa-se que as reformas segmentadas no Código de Processo Penal geram controvérsias na aplicação dos institutos. Ora porque se tenta, equivocadamente, compatibilizar normas que não dialogam, ora porque, dada à falta de clareza do texto, as vezes que resistem às alterações conseguem respaldo.

Nesse contexto, busca-se analisar e compreender a atuação dos magistrados na interpretação e aplicação das normas procedimentais tendo-se como orientação, por óbvio, a Lei Maior.

Tendo em vista a limitação temática que o trabalho monográfico demanda, o cotejo das normas procedimentais, volta-se, essencialmente para as regras de condução da oitiva do acusado e, por vezes, pincela argumentativamente outros dispositivos.

1.1. A Constituição da República de 1988 e sua relação com o modelo democrático de processo penal.

O Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/41, elaborado sob a influência Carta Constitucional do Estado Novo, consubstancia um sistema fundado em valores de

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

cunho autoritário². Essa vocação ainda hoje pode ser encontrada em alguns de seus dispositivos, conforme se infere, dentre outros, dos artigos 5º, II; 13, II; 18; 26; 83 e 311 do Código de Processo Penal – adiante retomados. A título ilustrativo, pode-se mencionar também o art. 21 que permitiria ao magistrado determinar a incomunicabilidade do indiciado sob custódia.

A norma adjetiva situa o juiz em uma posição central e ativa no processo criminal, delegando-lhe atribuições típicas de sistemas inquisitórios e não do sistema acusatório acolhido na vigente Constituição³. Dispositivos com essas características ainda permeiam o Código de Processo Penal e, conquanto haja forte crítica por parte substancial da doutrina, são acatados e aplicados pelos juízes sem maiores perquirições.

Cabe mencionar que a própria exposição de motivos do Código, datada de 8/9/1941, foi expressa ao definir o recrudescimento do então sistema de garantias individuais por considerá-lo muito brando:

[...] As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, 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. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. (...) Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.[...]⁴

Retomando-se os exemplos do que se convencionou chamar inclinação antidemocrática, pode-se trabalhar com o art. 13, inciso II do Código de Processo Penal que assim dispõe que “incumbirá ainda à autoridade policial: [...] II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ... ⁵”. Essa é uma amostra evidente de uma situação permitida pelo Código em que se percebe a centralização do comando dos atos processuais na figura do magistrado, sem razão de ser e em desacordo com a Constituição de 1988. Perceba-se que a

² Aramis Nassif explica que o diploma adjetivo brasileiro teve inspiração no Código Rocco, vigente durante o governo de Mussolini na Itália, então um Estado fascista. Alfredo Rocco, que empresta seu nome do CPP do fascismo, foi autor das Leis Fascistíssimas, que outorgou poderes especiais a Mussolini. Essas leis terminam com as liberdades, tornando o Estado o centro de todas as decisões (...). Com isso assegurava-se a ideologia fascista a todos os órgãos e agentes do poder que deviam manter a qualquer custo. V. NASSIF, Aramis. Sistema processual brasileiro: a nostalgia autoritária. In: PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 147.

³ Embora não escrito expressamente na CRFB/88, o sistema acusatório infere-se da Constituição pela interpretação dos princípios atinentes às garantias dos acusados, em especial o da imparcialidade do magistrado. Infere-se, outrossim, da função acusadora do Ministério Público consubstanciada na Carta.

⁴ ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum Rideel* – Concursos e OAB. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2014. p. 392.

⁵ BRASIL. op. cit. nota 1.

requisição de diligências à autoridade policial compete ao Ministério Público consoante delineado no art. 129 da CRFB/88⁶:

Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

[...]

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Aury Lopes Junior,⁷ ao criticar a forma como o Processo Penal brasileiro se estrutura, perfilha essa orientação. Para o autor, é ineficaz e não se adéqua ao sistema acusatório limitar a separação das funções de acusar e julgar ao momento da deflagração da ação penal, tão somente. Explica ele que “a divisão entre as funções de investigar-acusar-julgar é uma importante característica do sistema acusatório, mas não é a única e tampouco pode, por si só, ser um critério determinante, quando não vier aliada a outros (como iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades etc.)”

A conclusão a que ele chega é a de que é irrelevante a observância ao sistema acusatório ocorrida para evitar que o juiz inicie a ação de ofício, se isso não vem acompanhado do estrito cumprimento dos princípios regentes desse sistema ao longo de todo o *iter* processual. O sistema acusatório não se resume a proibição de deflagração da ação penal pelo juiz. A partir do momento em que o magistrado exerce um papel ativo no procedimento, seja participando da produção de provas, seja realizando a função das partes, viola-se o sistema acusatório.

Em suas palavras:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo, não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora [...]⁸

Acrescenta o autor que se trata de preocupação com o binômio sistema acusatório-imparcialidade, visto que no sistema acusatório prioriza-se a imparcialidade enquanto no

⁶ Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014. p.79 e ss.

⁸ Ibid.

inquisitório não há qualquer apreço por ela e, para Aury, somente há se falar em imparcialidade “quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória⁹”.

Com o mesmo escopo, indicam-se outras atribuições permitidas ao juiz pelo CPP: a requisição de instauração do inquérito policial (art. 5º, II), a requisição de diligências à autoridade policial (art. 13, II), a determinação do arquivamento do inquérito policial (art. 18), a portaria de instauração da ação penal nas contravenções penais (art. 26), a possibilidade de atuação do magistrado antes do oferecimento da denúncia/queixa (art. 83), a decretação da prisão preventiva de ofício (art. 311), entre outras¹⁰.

Quanto a esse protagonismo, Antonio Pedro Melchior busca as raízes históricas do fenômeno pelo qual o sistema jurídico coloca o julgador no lugar de senhor do processo, cujo dever fundamental e inescusável é desvelar a real verdade dos fatos postos a julgamento.

Grosso modo, Melchior sustenta que a concentração do poder nas mãos do juiz atende a Estados cuja figura da autoridade também está concentrada em um ente – pessoa ou grupo – despótico. Pode-se encontrar exemplo dessa conformação política nos regimes autoritários de qualquer época. Mas na história – como a conhecemos – a centralização do poder ganha contornos memoráveis com a ascensão política das práticas inquisitórias da Igreja Católica – Santo Ofício –, para quem é conveniente um juiz senhor absoluto, apto a perseguir e descobrir, a qualquer preço, a verdade.

Essa constatação é bem relevante visto que, na atualidade, essa lógica permanece, ou seja, é comum que o magistrado seja alçado ao patamar de onipotência e onisciência em Estados cujo poder político dominante é autocrático¹¹.

Daí porque a crítica dos juristas reside no viés autoritário que norteia a edição do CPP de 1941. Esse sistema foi cunhado para reduzir as garantias do indivíduo em face do poder estatal, tudo em busca de uma alegada prevalência do interesse público em detrimento do particular.

Oportuna a explicação de Aramis Nassif, que pode ser assim sintetizada: ainda que não se viva mais sob a ameaça dos tribunais da Santa Inquisição ou “mesmo que hoje não se

⁹ Ibid.

¹⁰ Aury Lopes Junior na obra citada aponta também os artigos: 310, 242, 127, 196, 156 e 385.

¹¹ MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o *sinthoma* político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 86-93. Cumpre transcrever trecho da obra que traduz o que aqui se defende: A “missão divina” de revelar a verdade no Processo Penal fez, portanto, deslizar para o imaginário do julgador a posição de tomar para si esse mister. E assim lhe foi mesmo exigido nos momentos políticos de inspiração autoritária, e assim o é em alguns Estados contemporâneos, com uma sutileza: atualmente, mais do que revelador da verdade (o que se faz com eficiência pela gestão da prova), o julgador é aquele capaz de dar conta do desamparo e medo do outro produzido pela cultura narcísica (o que se faz dotando-o de poderes ativos na “guerra contra o crime”).

trate de manter o regime fascista ou seu poder, a conduta dos operadores oficiais do direito identifica-se com a da época da elaboração do Código ou posterior, tal como no período ditatorial [...]”¹².

Em síntese, como se vê, é característica comum de sistemas autoritários a centralização de poderes e, no caso do processo penal autoritário, concentra-se poderes no juiz.

Dessa concentração de poder na figura do magistrado emerge outro atributo: a confusão entre os papéis de acusar e julgar, característica ainda presente e muito sugestiva, dado que diretamente relacionada à antidemocraticidade do processo penal.

Geraldo Prado vai explicar que a tradição autoritária espera um juiz investigador e que, mesmo com a Constituição de 1988, a postura dos magistrados é de resistência à nova realidade¹³:

[...] A Constituição de 1988, no seu conjunto de direitos e garantias do processo, no seu reposicionamento do juiz, do Ministério Público, da polícia e da defesa, ainda é um projeto muito distante de estar concluído. No período imediatamente posterior a entrada em vigor da Constituição, o juiz continuava imbuído do mesmo espírito de investigação criminal, da mesma lógica da associação que tinha com a polícia e com o Ministério Público antes da Constituição de 1988. (...) A sociedade queria, e quer, e quase que exige, um juiz investigador [...]

Todavia, há muito se questiona a condução, nesses termos, dessa ferramenta que, na atualidade, serve, entre outros escopos, para legitimar a privação da liberdade¹⁴. Entrementes, nasce a Carta de 1988, trazendo com ela uma quebra de paradigma que alcança de forma radical aquilo que concerne às liberdades individuais.

Não se pensa democracia sem se garantir direitos fundamentais de primeira dimensão, obtidos em larga escala com a Revolução Francesa¹⁵. Esse acervo de direitos

¹² NASSIF, Aramis. Sistema processual brasileiro: a nostalgia autoritária. In: PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 147.

¹³ RODAS, Sérgio. "Quem deveria controlar a atividade do MP não é o Judiciário, mas a sociedade". Entrevista com Geraldo Prado Desembargador aposentado do tribunal de Justiça. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de julho de 2017, 7h24. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-02/entrevista-geraldo-prado-desembargador-aposentado-professor>>. Acesso em: 05.jul.2017.

¹⁴ Outrora já serviu para permitir que fossem impostos variados suplícios ao condenado. V. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 8 ss.

¹⁵ O reconhecimento e a consagração dos direitos humanos é fruto de delongada evolução da humanidade. André de Carvalho Ramos aponta esboços de sua construção ainda na Antiguidade. Mas é com a Revolução Francesa, caracterizada por uma emblemática ruptura social, que se sublima essa noção a ponto de mudar o curso da história do mundo ocidental. Nos dizeres do autor o “desejo de espalhar os ideais revolucionários distinguiu a Revolução Francesa das anteriores revoluções liberais (inglesa e americana, mais interessadas na organização da sociedade local), o que consagrou a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão como sendo a primeira com vocação universal. Esse universalismo será o grande alicerce da futura afirmação dos direitos humanos no século XX, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos.” V. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38-39.

essenciais constitui garantia do indivíduo em face do desmesurado poder estatal. Compreendem desde o direito à livre manifestação do pensamento ao direito de somente ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal¹⁶ oriunda de condenação em que se observou o devido processo legal¹⁷, o contraditório¹⁸ e a ampla defesa¹⁹. Nos dizeres de Melchior²⁰:

Democracia importa em controle do poder estatal. O propósito forte do Estado de Direito é o de sujeitar os poderes públicos à lei, em ultima instância à limites de contenção. O processo penal dentro desse contexto, é o principal dispositivo de que se vale o Estado de direito. Ele é, em suma, um contra poder jurídico; uma espécie de dispositivo criado com o objetivo de exercer a função de evitar o arbítrio público. [...]

O processo penal é importante instrumento de contenção do poder estatal. A limitação do poder é um atributo inerente à democracia. Desse modo, conferir poder discricionário e ilimitado ao juiz não parece se compatibilizar com esse regime político. Seria

¹⁶ Art. 5º da Constituição: “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A prescrição é parte da internacionalização do direito processual penal, a exemplo dos princípios supracitados. No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos fala em seu artigo XI.1 “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada [...]” e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estatui no item 8.2 “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2017. e ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>>. Acesso em: 8 abr. 2017. V. GOMES; PIOVESAN (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 208.

As prescrições são autoexplicativas, toda pessoa é inocente até que se prove o contrário. Pela lógica da presunção de inocência prefere-se um culpado absolvido a um inocente condenado. V. FONTES JUNIOR. João Bosco Araujo. *Liberdades fundamentais e segurança pública – do direito à imagem ao direito à intimidade: a garantia constitucional do efetivo estado de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219.

¹⁷ O devido processo legal, que informa tanto o processo civil quanto o processo penal, tem sede na Constituição da República, o que reforça a sua vocação para pilar do sistema por vontade do legislador constituinte. Esse princípio impõe a observância de formalidades processuais essenciais para que o sujeito seja privado de sua liberdade ou tenha sua esfera de direitos restringida em virtude do cometimento de um ilícito penal. Ressalta-se que a formalidade dele decorrente emana da lei processual em cotejo obrigatório com as diretrizes constitucionais atinentes à espécie.

¹⁸ Como corolário do devido processual legal apresenta-se o contraditório, que se consubstancia na igualdade de oportunidades de atuação entre as partes do processo, principalmente naquilo que concerne a tomar ciência e ter a possibilidade de redarguir a cada manifestação da parte contrária. Encerra uma isonomia também quanto à influência na produção de provas que demandem atos materiais. Fala-se ainda em paridade de armas (*par conditio*). Em outras palavras, “é concessão de oportunidades iguais que permite o contraditório dialético, isto é, o desenvolvimento equitativo do processo, de tal modo a ensejar o nascimento de uma decisão ‘justa’ (fair trial) [...]”. V. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). op. cit. p. 208.

¹⁹ A ampla defesa, por sua vez, compreende uma variada gama de garantias aos acusados, como direito de informação, não cerceamento de defesa, não autoincriminação e, notadamente, autodefesa (direito de ser ouvido) e defesa técnica.

²⁰ MELCHIOR, Antonio Pedro. Direito à prova defensiva e os limites à discricionariedade do julgador. A problemática do poder no Processo Penal democrático. In: PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 123-124.

o mesmo que não conter o *ius imperium* uma vez que o juiz é um dos agentes que apresenta a vontade do estado.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 consubstancia uma tendência dos Estados ocidentais – orientação que chega de forma tardia na América Latina – cujo pilar é antropocêntrico, pautado na primazia de direitos fundamentais individuais e coletivos.

Para Bonavides, esse movimento, essa transição de um estado ditatorial para um em que todo o poder emana do povo é fruto da demanda do próprio povo. Segundo o jurista, embora não exista um marco definido da ruptura com o regime autoritário, ela decorreu do limite a que chegou a Nação, profundamente rebelada contra “o mais longo eclipse das liberdades públicas”²¹. Bonavides enfatiza que a abertura – transição entre o regime militar e o estado democrático – foi um processo lento e gradual, que durou cerca de dez anos e que “não se pode dizer em absoluto que esse processo foi dádiva do Estado”²².

Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior²³ assumem outra orientação sobre esse processo. Para eles, a história das constituições brasileiras não denota uma ruptura, mas uma acomodação “de cima para baixo” das demandas políticas. Grosso modo, dizem, sempre que há uma necessidade popular de mudanças, a elite conservadora adianta-se e faz concessões e conciliações às pautas desses movimentos de modo a manter o *statu quo*. Com a Constituição de 1988 não teria sido diferente, “a transição democrática”, igualmente, consistiria em um processo de concessão supervisionado pelo regime que se pretendia suplantar”.

Há que se considerar que a análise de Casara e Melchior concilia-se a falta de aderência dos operadores do direito a uma cultura processual penal democrática. De fato, se a democracia não derivou necessariamente da demanda popular, é natural que o sistema jurídico não se paute por ela. A constatação desses autores parece explicar a razão pela qual a cultura democrática não esteja incutida no Processo Penal.

De um modo ou de outro, o que tem que ficar registrado nesse momento é que a Carta de 1988 consubstancia uma virada epistêmica nos moldes mencionados, ou seja, ela buscou erigir o indivíduo a ponto central do sistema, fonte e destino primordial das normas, das políticas públicas, do próprio ordenamento jurídico²⁴.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Historia constitucional do Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 451-452.

²² *Ibid.*

²³ MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 17.

²⁴ A propósito, os autores apontam que essa acepção remonta à obra de Kant. Nesse sentido a definição encontrada em Ingo Sarlet: “Embora a obra ‘Fundamentação da Metafísica dos Costumes’ tenha sido dedicada

Por mais que a ideologia nela positivada ainda não respalde cada ato processual, por não ser efetivada pelos operadores do direito, é certo que o jurista deve demandar a sua aplicação, seja reivindicando do legislador a adequação normativa, seja requerendo ao juiz a interpretação constitucional da norma, seja o próprio juiz remodelando vetustos dogmas para aderir e internalizar o Estado Democrático de Direito²⁵.

Como visto, a Constituição fundou um modelo democrático de processo penal que repercute em uma determinada função e local do juiz criminal. As matrizes do Código de Processo Penal não se alinham a esse modelo. Esse descompasso é perceptível também na forma de análise dos institutos processuais penais.

A Teoria Geral do Processo, por exemplo, não se coaduna com o objetivo constitucional de erigir um modelo democrático de processo, uma vez que confunde o papel a ser exercido pelo juiz no âmbito civil e criminal.

A ausência de sistematização das normas processuais penais contribuiu para piorar a organização e aplicação do direito processual penal dentro das balizas democráticas. Nessa linha de intelecção, pode-se trabalhar a invocação corriqueira de princípios e institutos de natureza processual civil com o intuito de aplicá-los *pari passu* às controvérsias penais. Ainda que parte da doutrina trace uma teoria geral única para processo penal e processo civil, é importante notar que a seara penal é dotada de particularidades que demandam uma sistemática própria, ou, ao menos, particularizada.

Em que pese seja ensinado nos cursos de direito que processo civil e processo penal partilham de uma natureza muito semelhante, já que são ciências dotadas de autonomia e abstração e que, historicamente, desapegaram-se de seus respectivos direitos materiais²⁶, essa simplificação é criticada por parte da doutrina.

para abordar a problemática de uma ação moral, o filósofo prussiano, ao notar que a racionalidade era a diferença específica do homem para os outros seres, concluiu que era em virtude da razão que o ser humano deveria ser considerado em fim em si mesmo. A consequência de ser um fim em si mesmo é a de que o homem não pode servir como meio à consecução de algum objetivo, posto ser dotado de dignidade”.

V. MORAES; SARLET apud RIBEIRO, Bruno Quiquinato. *A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>>. Acesso em: 16 ago.2017.

²⁵ Ainda no que toca à intelecção do que seja um Estado Democrático de Direito, Casara e Melchior trabalham com a expressão cunhada por Canotilho de “Estado Constitucional”. Explicam que: “o Estado Constitucional é Estado de Direito, mas também é Estado democrático. Isso significa que o poder, além de limitado, deve exercer-se de forma democrática e direcionado à concretização do projeto constitucional. O Estado democrático de direito, portanto, não se contenta com a democracia meramente formal, identificada com o princípio da maioria, como elemento legitimador do exercício do poder. Para que exista verdadeiro Estado de direito em sua versão democrática, é indispensável que o Estado seja: ‘dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais.’” V. MELCHIOR; CASARA. op. cit. p. 23.

²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48 e ss. Os autores escreveram a obra clássica. Leitura

Aury Lopes Junior²⁷ é um dos críticos da Teoria Geral do Processo. Para o autor, o tratamento comum das espécies de processo acaba por preterir as peculiaridades da esfera criminal, uma vez que a teoria geral é cunhada por civilistas e para se amoldar aos assuntos cíveis. Assim, a parte que cabe ao processo penal na sobredita tese se resumiria à transposição dos institutos cunhados nos moldes do processo civil para o processo penal, o que, muitas das vezes, não se ajusta nem atende às necessidades que emergem desse rito.

Ademais, a defesa da autonomia científica do processo penal não é apenas uma questão de tecnicismo jurídico, mas perpassa valores que concernem a ideologias, grupos sociais e escolhas políticas. Os princípios que regem o processo penal diferenciam-se dos que tocam ao processo civil porque partem de pontos de vista políticos opostos. Nesse aspecto, pondera-se que o estudo desse ramo não deve se fazer de forma fragmentada, apartada de discussões atinentes às ciências sociais, sob pena de se mascarar seus fins. Essa é mais uma razão porque se rechaça a teoria comum processual. O processo penal manifesta singular implicação na gestão social²⁸.

Afrânio Silva Jardim²⁹, contudo, ratifica a teoria geral. Diz ele que, conquanto haja quem veja de malgrado a origem comum dos ramos processuais, ela existe e se mostra idônea, servindo sim para embasar tanto o sistema processual civilista quanto o penalista.

Não se duvida de que existe uma base comum do direito processual, pois, como dito alhures, o reconhecimento da independência do processo em relação ao direito material é fundamental para a evolução da dogmática processual³⁰.

Contudo, a ciência jurídica está em constante aprimoramento e a crítica à transposição irrefletida dos institutos de direito processual civil para o direito processual penal

praticamente obrigatória na graduação. A teoria funda-se principalmente na explicação da independência do processo em relação ao direito material correspondente, sem dúvida, concepção fundamental para a evolução e aprimoramento da noção de processo. Oportuno ressaltar que esses doutrinadores explicam que na atual fase evolutiva do processo a cientificidade que se passou a conferir ao ramo fez florescer inclusive o direito processual constitucional que, segundo afirmam, “favorece o processo científico do processo penal, historicamente muito menos aprimorado que o processo civil”.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de junho de 2014, 8h00. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 21 jul.2017.

²⁸ MELCHIOR; CASARA, op. cit. p. 33.

²⁹ JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe. *Revista Consultor Jurídico*, 4 de julho de 2014, 9h30. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em: 21.jul.2017.

³⁰ Pontue-se, no entanto, que essa independência é criticada por Rubens Casara para quem “o próprio reconhecimento da autonomia do processo frente ao direito material desenvolveu-se dentro da lógica do paradigma cartesiano e atende à estratégia de aproximar o processo das ciências objetivas”. V. CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212.

é salutar. Por óbvio, se nas relações de direito civil o que está em debate é, como regra, o patrimônio enquanto que nas relações de direito criminal, a liberdade, torna-se difícil dizer que é viável conceber um processo equivalente para ambos.

Em outras palavras, pode-se afirmar que, em um estado democrático de direito, enquanto o processo civil é um instrumento de solução de conflitos³¹, o processo penal vai além, sendo eminentemente um instrumento de defesa do cidadão em face do Estado. Por isso, repete-se aqui a passagem já transcrita de Melchior “o propósito forte do Estado de Direito é o de sujeitar os poderes públicos à lei, em última instância, a limites de contenção, o processo penal, dentro deste contexto, é o principal dispositivo de que se vale o Estado de Direito para conter o poder do Próprio Estado.”³²

Por óbvio, não se está a questionar a cientificidade da obra de balizada doutrina como a de Ada Pellegrini Grinover e de Afrânio Silva Jardim. O que se pretende nesta digressão é contextualizar a função da ritualística processual penal, inserindo-a na conjuntura política e social da nação brasileira. Essa reflexão é fundamental para se entender as relações dos sujeitos do processo penal e o que se espera da postura do magistrado.

Nesse sentido, Casara e Melchior³³:

Ao que parece a importação acrítica de conceitos forjados para as necessidades do processo civil revela-se inadequada à construção de uma teoria crítica do processo penal, em especial de uma dogmática sem dogmatismos e comprometida com uma sociedade fraternal, com respeito à alteridade e com valores que se diferenciam daqueles encontrados em conflitos patrimoniais ou na lógica de mercado.

Em derradeiro, pondera-se que a especificidade desse ramo jurídico vem sendo cada vez mais reconhecida, tanto é assim que a Lei n. 11.719/08, por exemplo, inseriu no artigo 395, III do CPP como motivo de rejeição da denúncia a falta de justa causa para o exercício da ação penal, conceito esse que não faz parte dos institutos processuais civis.

Logo, é pretensão pouco razoável desprezar as particularidades dos institutos processuais criminais e trabalhar esse ramo jurídico sob a ótica do processo civil. O que se espera do operador do direito é que ele reflita sobre cada conceito processual e avalie sua adequação à esfera penalista. Essa análise, certamente, demanda um cotejo com a Constituição. Uma vez constatada a incompatibilidade do conceito às garantias constitucionais, o profissional do direito deve afastar, incontinenti, o uso da norma.

³¹ CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. op. cit. p. 30-31;47.

³² MELCHIOR, op. cit., 2016. p. 123-124.

³³ MELCHIOR; CASARA, op. cit. p. 236-238.

1.2. Ativismo judicial no processo penal e o antagonismo com o sistema processual penal adotado pela Constituição de 1988.

Há alguns anos, a comunidade acadêmica já debatia a ingerência do Poder Judiciário em questões cuja doutrina clássica atribuía ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Existe um conhecido artigo de Luís Roberto Barroso³⁴ em que se sinaliza os riscos para a democracia brasileira oriundos de uma atividade judiciária que se imiscua imoderadamente na esfera de atribuição dos outros poderes. O texto é elucidativo e faz uma análise bem acurada dos fenômenos denominados judicialização e ativismo judicial.

Como cediço, a Constituição de 1988 trouxe, de forma expressa, direitos fundamentais das consagradas dimensões de direitos humanos. Os de primeira dimensão – ou geração para alguns – são os ligados à liberdade dos sujeitos, englobam direitos civis e políticos e são fruto da necessidade de se proteger o indivíduo da força do Estado. A segunda dimensão consagra os direitos sociais, traduzidos hoje na isonomia material e no dever estatal de atuação positiva na implementação de políticas públicas que beneficiem a coletividade. A terceira dimensão consagra a evolução do pensamento ocidental e reconhece os direitos transindividuais: aqueles que concernem à humanidade, considerada em sua inteireza.

Conquanto a Carta constitucional tenha sido enfática na adoção desses ideais e na determinação de sua concretização, o Estado brasileiro, por seus sucessivos governantes, nas três esferas políticas - federal, estadual, municipal -, não tem atuado a contento.

Nesse sentido, Gilberto Dimenstein³⁵ discorreu sobre o assunto que intitula sua obra: “O cidadão de papel”. O autor trabalha com afirmação que se acabou de fazer: embora haja previsão satisfatória de direitos sociais na Carta Política do Estado Brasileiro, não há a correspondente efetivação. Essa omissão, na análise de Dimenstein, gera consequências drásticas na sociedade, pois permite a multiplicação e perpetuação de mazelas sociais. Na acepção do autor, o cidadão brasileiro é um indivíduo cujos direitos sociais – direitos humanos de segunda dimensão – não saem do papel, é, portanto, um cidadão de papel.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743> . Acesso em: 28 jul.2017.

³⁵ DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel*. A infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993. p. 7 e ss.

Justamente essa inatividade estatal associada a mecanismos de massificação do acesso à justiça, também trazidos com a Constituição de 1988, ensejou a demanda pelo pronunciamento judicial sobre essas matérias. Passou-se, assim, a se exigir do Judiciário a garantia dos direitos sociais previstos na redação constitucional. A esse fato chamou-se judicialização.

O Poder Judiciário, inicialmente, relutou em intervir na função típica dos outros poderes. Mas, em dado momento, veio a atuar proativamente na determinação de políticas públicas, cuja definição e execução, tradicionalmente, concerne, como dito, aos Poderes Executivo e Legislativo.

Essa mudança de postura na atividade jurisdicional é o que se convencionou nomear ativismo judicial. Significa, em essência, uma atuação positiva do julgador que, ao interpretar a lei, em especial a Constituição, expande o seu sentido e alcance de tal modo que, naquilo que se refere aos direitos sociais, por exemplo, acaba determinando a sua realização direta, mesmo que o Judiciário não tenha membros eleitos para isso, tampouco detenha informações orçamentárias que permitam essa liberdade de escolha. Note-se que há uma diferença crucial na forma de provimento dos cargos do nos três Poderes. O Judiciário é o único em que seus membros não são eleitos, por isso, falta-lhe legitimidade democrática para fazer escolhas sobre como investir o orçamento público, por exemplo.

Embora o próprio Luís Roberto Barroso demonstrasse certo entusiasmo com o fenômeno, ele também ponderou os riscos para a democracia inerentes a tal comportamento.

De fato, é promissor perceber que, mesmo por vias oblíquas, o bem comum está se realizando e que há sim quem se importe com cada indivíduo. Todavia, considerando o sistema de governo adotado no Estado Brasileiro, assim como a repartição constitucional de competências, pressupõe-se que a atuação permanente de um dos Poderes da República de forma atípica denota uma disfunção do sistema.

Além disso, a concepção de um Judiciário que soluciona aquilo que os outros Poderes não conseguem aparenta-se³⁶ salutar quando se direciona para implementação de

³⁶ Diz-se “aparenta-se” porque, como mencionado, mesmo os entusiastas bem esclarecidos sopesam os riscos democráticos de um Judiciário atuando como legislador positivo ou efetivando políticas públicas como se chefe do Executivo fosse. Nesse sentido, é oportuno mencionar a precaução demonstrada por Daniel Sarmento com o que ele chama de ubiquidade constitucional, que significa a constitucionalização do ordenamento jurídico. Disserta ele que: “[...] Para um país como o nosso, acostumado com um constitucionalismo de fachada, em que as constituições têm sido historicamente pouco mais do que meros “pedaços de papel”, no sentido de Lassale, esta é, sem dúvida, uma grande vitória a ser celebrada. Vitória sim, mas não uma vitória sem custos. A constitucionalização do direito suscita também uma série de problemas. (...) O primeiro: constitucionalizar uma

direitos sociais, mas, na medida em que intervém nessa seara, também tende a imiscuir-se em outras, e, nesse ponto, toca ao objetivo deste trabalho.

Quanto a isso é importante ter em mente que o que se discute neste trabalho diz respeito aos direitos humanos reconhecidos como de primeira dimensão, aqueles atinentes à contenção do poder estatal e às liberdades individuais.

Ressalte-se que não cabe a este estudo discutir os limites da atuação voltada para determinar a abertura de vagas em creches públicas ou o fornecimento de medicamentos para aqueles que não podem adquiri-los. O que compete analisar é o desempenho dos magistrados quando da efetivação de direitos de primeira geração, pois é sobre esses que, precipuamente, recai o estudo da tutela processual penal e, conseqüentemente, o exame do interrogatório do réu.

A atuação positiva do julgador – ativismo judicial – já é vista com cautela mesmo quando busca promover o bem-estar social, isso é, garantir direitos de segunda dimensão prescritos na Carta Constitucional e ainda não atingidos pela atividade do executivo. Na seara processual penal, onde se inclui o instituto do interrogatório do réu, o direito tutelado é a liberdade e não os direitos de segunda geração. Se o ativismo do juiz face a direitos sociais tem, pelo menos, o salvo conduto de materializar, mesmo que de incerto jeito, um comando ativo da Constituição Federal, esse mesmo ativismo, quando executado na seara processual penal, desempenha função inversa, pois tende a aniquilar as garantias da Carta, constituindo-se em um verdadeiro ativismo judicial contra a Constituição.

É essencial visualizar que direitos de segunda e terceira dimensão demandam uma atuação positiva do Estado, no sentido de realização desses direitos. De modo diverso, quando se trata de direitos humanos de primeira dimensão o que se deseja do Estado é um não fazer, daí a sua ligação com o valor liberdade. Vê-se, portanto, que são situações bem diversas, que não podem ser objeto da mesma sistemática.

decisão é retirá-la do alcance das maiorias. Por isso, se tudo estiver constitucionalizado, então o povo, pelos seus representantes, não poderá mais decidir coisa alguma. (...) Em outras palavras, constitucionalização do Direito em excesso pode ser anti-democrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva. E o segundo problema: a constitucionalização do Direito pode provocar uma certa anarquia metodológica. Esta não é uma conseqüência necessária do fenômeno, mas ela tem ocorrido no Brasil. Como a base da constitucionalização – pelo menos a da sua faceta mais virtuosa, identificada com a filtragem constitucional do Direito - é composta por normas vagas e abstratas, a irradiação destas normas pelo ordenamento, quando realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis, pode comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito. [...]”.

V. SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

A despeito dessa obviedade, é comum que haja confusão entre as duas situações, mesmo entre os operadores do direito. De fato, a criminalidade que lota os presídios e que é objeto do sensacionalismo midiático diário constitui-se, mormente, de acusados de crimes patrimoniais ou assemelhados – com destaque para o roubo e o tráfico de drogas³⁷ – tais tipos penais têm em comum o fato de serem praticados predominantemente pela população pobre e de baixa escolaridade. É senso comum que esse perfil delitivo tem ligação estreita com a realidade social brasileira. Em outras palavras, fartos são os estudos que entendem como certo que as condições de miserabilidade e exclusão de parte expressiva dos brasileiros fomentam delitos dessa natureza, pois as estatísticas de crimes patrimoniais – diretos e indiretos – são significativas.

Entretanto, para se compreender o escopo deste trabalho há que se ter em mente que mesmo o mais expressivo *Welfare State* não está livre de ilícitos criminais. Aliás, malgrado o típico “criminoso” brasileiro seja o cidadão pobre e subalfabetizado, o indivíduo abastado, o instruído, o cidadão “de bem” não escapa ao âmbito de incidência das normas penais, ainda que seus eventuais delitos não sejam os mais repudiados pela sociedade.

Nesse ponto se aclara a distinção que se está a demonstrar: pouco importa a classificação do delito ou a condição do sujeito, pois as garantias constitucionais que consagram os direitos humanos de primeira dimensão a todos se aplicam, indistintamente. Não há se falar sequer em igualdade material nessa impressão primeira, visto que irrelevante sob esse prisma. Tampouco, é lógico concluir que, uma vez livre de mazelas sociais, o Estado Brasileiro poderá abolir o garantismo penal.³⁸

³⁷ V. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. *90% das audiências de custódia tratam de crimes patrimoniais e drogas*. disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82693-90-das-audiencias-de-custodia-tratam-de-crimes-patrimoniais-e-drogas>>. Acesso em: 06 ago. 2017. V. <<https://www.brasildefato.com.br/node/11078/>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

³⁸ Em linhas gerais e simplificadamente, garantismo penal, concebido por Luigi Ferrajoli, é corolário de uma visão antropocentrista decorrente da evolução do pensamento ocidental, como apresentado nas linhas acima. Nesse sentido, extrai-se da teoria que um procedimento penal adequado é aquele que maximiza as garantias dos acusados ao passo que limita o poder punitivo, o que somente é alcançado pela observância de determinadas premissas, as quais remodelam a forma de se pensar o processo.

Casara e Melchior assim definem: “[...] a teoria de Ferrajoli pode ser conceituada como o modelo de direito baseado no controle, constitucionalmente regrado, sobre a ilegalidade no exercício do poder, público ou privado. Infelizmente, o Brasil acostumou-se com o autoritarismo, o que dificulta sobremaneira a adoção de um modelo garantista, que necessita de uma cultura fundada no respeito ao outro e aos direitos humanos.”

V. MELCHIOR; CASARA, op. cit. p. 62.

Outrossim, percebe-se que quando se fala em primeira, segunda, terceira gerações ou dimensões de direitos humanos não se está cuidando de conceitos estanques, compartimentados, mas de uma evolução histórica de conquistas da humanidade. Desse modo, a segunda dimensão não é uma superação, mas um enriquecimento da primeira e assim sucessivamente. Como consequência, é natural que as situações jurídicas suscitem a aplicação de mais de um desses aspectos. Como exemplo, pode-se imaginar uma pessoa pobre acusada de um delito patrimonial, a quem se aplicam os direitos de primeira dimensão – garantias processuais – e os direitos de

Logo, quando o juiz – agente estatal dotado de poder – “cria” um novo processo por meio de seu ativismo na área penal – ativismo judicial contra a Constituição – , ou seja, quando atua fora de seu escopo constitucional, seja na função da acusação, da defesa ou da polícia, está a imprimir ao processo suas concepções pessoais e a agir sem qualquer limite. Por óbvio, ao agir assim acaba por violar a Constituição, pois negligencia os direitos fundamentais de liberdade que dela se extraem.

Note-se que a análise da atuação do magistrado de primeira instância é ponto sensível do processo criminal, pois é sob sua égide que se desenvolve a instrução e que se angariam as provas. É o magistrado singular quem detém uma visão privilegiada da tentativa de reconstituição dos fatos e da conduta das partes, pois mais próximo de ambos, tanto fisicamente como cronologicamente.

Dentro desse viés, mostra-se preocupante o ativismo judicial no processo penal, pois o que se exige do juiz quanto ao direito de liberdade é um não atuar, a não ser para verificar se as garantias do acusado estão sendo observadas. Essa noção constitui decorrência lógica do processo penal como instrumento de controle do poder punitivo estatal. O que se verifica, contudo, é uma proatividade indesejada e, invariavelmente, pautada em convicções demasiadamente subjetivas ou comuns a algum grupo social específico. Percebe-se uma disfunção do papel do magistrado, que o coloca em dever totalmente avesso às atribuições judicantes, fazendo-o incorporar peculiar função definida por Rubens Casara como “o juiz secretário de segurança pública”.

Como dito, o ativismo judicial na seara processual penal acarreta uma interpretação deletéria à Constituição. Como regra, o ativismo do juiz no processo penal tem o condão de relativizar o direito de liberdade do réu para aumentar a incidência da pena privativa de liberdade além do que foi determinado pelo constituinte originário. Dessa forma, ao contrário do juiz ativista que, de um lado viabiliza direitos sociais, o mesmo Poder Judiciário aniquila

segunda dimensão – advogado custeado pelo Estado. As noções se tocam, pois são parte de um todo. Talvez isso suscite confusão e enseje atecnia quando se trata de garantias dos acusados nos processos penais. Entretanto, frisa-se que não se confundem. São funções específicas que precisam ser bem delimitadas a fim de se evitar argumentos de senso comum como: direitos humanos são para “bandidos” ou consistem em discurso de “coitadismo”, etc.

Em tempo, cabe ainda ventilar as expressões: “garatismo hiperbólico monocular” e “garantismo integral”. Pode-se dizer que as categorias decorrem de uma má interpretação do garantismo defendido para a realidade brasileira. Passou-se a falar em garantismo integral com o intuito de se fazer um contraponto à teoria garantista, que seria demasiadamente parcial, exagerada e voltada exclusivamente para a defesa dos violadores das normas criminais, daí passar a chamar-se garantismo hiperbólico monocular, enquanto que o garantismo integral seria a defesa da sociedade em sua integralidade. V. COPETTI NETO, Alfredo; PINHO, Ana Cláudia. *Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>>. Acesso em: 14 ago.2017.

direitos de primeira geração à medida que foca sua atividade inovadora no campo do processo penal, criando uma espécie de neoexegese punitivista de duvidosa constitucionalidade, já que a Carta de 1988 claramente coloca o direito individual de liberdade e de não culpabilidade em um patamar superior aos poderes inquisitórios do estado.

Um exemplo contundente dessa exegese extrai-se do *Habeas Corpus* n. 126292 em que se alterou a jurisprudência Supremo Tribunal Federal a fim de admitir-se a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A ementa, que abaixo se transcreve, assim resume a discutível orientação:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)³⁹.

A decisão, recentemente reafirmada por maioria, no *Habeas Corpus* n. 152752 é criticada por violar a garantia constitucional da presunção de inocência.

Há quem defenda o julgado utilizando-se, principalmente, dos argumentos da Ministra Ellen Grace no *habeas corpus* nº 85886⁴⁰. O discurso central reside na afirmação de que: em lugar algum do mundo os recursos às instâncias extraordinárias obstam a execução da pena. Diz-se também que, ultimadas as fases da análise das provas e dos fatos, a certeza da culpa se consolidaria, sendo irrelevantes os recursos às instâncias superiores para reverter essa convicção. Confirmam-se os seguintes excertos⁴¹:

[...] A fase da análise das provas e fatos e sua ponderação está definitivamente encerrada. Eventuais recursos, especial ou extraordinário, não se prestam para o reexame do que decidido. Destinam-se esses apelos raros, no nosso sistema processual, a outro objetivo, o de preservação e uniformização do direito federal e do direito constitucional (...). Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema. [...]

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁴⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 85886*. Relator: Ministro Ellen Gracie, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁴¹ *Ibid.*

Emilio Meyer⁴² posiciona-se em sentido oposto. Explica o Professor de Direito Constitucional da UFMG que algumas Constituições associam presunção de inocência e coisa julgada. Desse gênero aponta as constituições dos seguintes Estados: Albânia de 1998, Angola de 2010, Bulgária de 1991, Croácia de 1991, República Dominicana de 2010, Equador de 2008, Itália de 1947, Polônia de 1997, Portugal de 1976, Romênia de 1991 e Brasil de 1988.

Além de assinalar outras inconsistências na digressão do julgado, pondera que “a distinção entre matéria fática e matéria de direito não se mantém de pé ante uma perspectiva hermenêutica e interpretativa da Constituição”. Para ele “cuida-se de um dualismo, uma oposição tão artificial quanto a classificação entre as formas abstrata e concreta de controle de constitucionalidade, questionável até da perspectiva do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a guarda da Constituição.”⁴³

Desse modo, por mais que não haja um consenso, a decisão ainda assim se presta, como dito, a ilustrar o que se entende como uma limitação não legislativa de um direito fundamental, uma vez que este trabalho filia-se à orientação que se posiciona de forma contrária à prisão definitiva após o encerramento das vias ordinárias. Não porque se desacredite que um modelo diverso não possa funcionar ou não possa ser admitido, mas porque as razões até então expostas não são suficientes para explicar como essa novel inclinação do Supremo é compatível com a norma pilar do ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante ao objeto deste trabalho, nota-se que, independente das razões invocadas, o Supremo Tribunal Federal se porta como judiciário ativista quando ressignifica um comando claro do constituinte originário, praticamente reescrevendo a constituição à sua maneira. Esse comportamento é exemplo cristalino do ativismo judicial contra a Constituição, que ocorre nos vários níveis da jurisdição brasileira. No que toca ao juízo de primeira instância, o ativista, munido de intenções de fazer parte do complexo de segurança pública, dá sentido inquisitorial a atos onde deveria se quedar imparcial, e no que toca aos Ministros da Corte Suprema, dão novo sentido às palavras inscritas na Constituição de acordo com sua opinião pessoal sobre os mais diversos assuntos.

⁴² MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?* Disponível em: <https://www.academia.edu/22175556/Emilio_Meyer_Presuncao_de_inocencia_ate_a_condenacao_em_segunda_instancia_JOTA>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁴³ Ibid.

Não por acaso, nota-se uma inconstância da Corte, dado que, em algumas ocasiões, parece preferir uma rigorosa técnica jurídica a fim de atender razões outras. Ora, além dos rumores de que o STF pretende prosseguir na discussão⁴⁴, há não muito tempo os argumentos contrários à tese firmada estavam consolidados:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. [...]⁴⁵

Ainda que no julgamento do HC nº 126292 se refute expressamente a violação do postulado constitucional da presunção de inocência, não há argumentos sólidos que confirmem suporte à afirmação dada à dicção do art. 5º, LVII da Constituição da República: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ora, sendo a pena o resultado prático da ação penal julgada procedente, permitir que ela seja efetivada antes da preclusão das vias recursais sem confrontar a presunção de não culpabilidade que se acabou de transcrever aparenta-se um contrassenso. Em outras palavras, decide-se contra texto expresso da Lei baseado em argumentos volitivos e, muitas vezes, emocionais, como a malgrada “sensação de impunidade”. Esse modo de decidir é admitido de maneira acrítica pelos membros do Poder Judiciário em todas as instâncias e a mesma intelecção foi repetida pelo Supremo na MC nas ADCs 43 e 44, rel. min. Marco Aurélio, j. 5/10/2016 e no ARE 964246, rel. min. Teori Zavascki, j. 10/11/2016. O argumento chave em todos os casos é o pretexto de eficiência do sistema punitivo, e os Ministros discursam como se o STF fosse aparelhado politicamente para medir a eficiência da política criminal e traçar diretrizes na área de segurança pública.

⁴⁴ TEIXEIRA, Matheus. STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de agosto de 2017, 21h30. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 05.out.2017.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 out. 2017.

A título de exemplificação, no voto condutor desse julgado, Teori Zavascki, ao analisar a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado, menciona que a celeuma concerne à “busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio⁴⁶ e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade [...]”. Em outro trecho, o Ministro afirma que os recursos manejados às instâncias extraordinárias “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

Termos desse jaez “efetividade da jurisdição penal”, “sociedade” e “sensação de impunidade” repetem-se efusivamente ao longo do indigitado *leading case* e denotam uma inclinação que se considerava superada no direito brasileiro. Há alguns parágrafos, transcreveu-se parte da exposição de motivos do vigente CPP, em que a preocupação na elaboração da norma direcionava-se a abolir a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Essa inquietação está em voga, novamente.

Muito embora não seja a motivação exclusiva⁴⁷, o argumento de eficiência do poder punitivo/ eficácia das decisões judiciais com a finalidade de atender aos anseios sociais parece nortear a decisão.

Para balizada doutrina, essas considerações são características comuns a regimes autoritários⁴⁸. A perspectiva autoritária enxerga no processo penal um instrumento de controle dos indivíduos indesejados, noção oposta à função do processo penal em um estado democrático de direito, qual seja, delimitação do poder punitivo.

Percebe-se, então, a atuação ativista dos ministros direcionada a incorporar e efetivar máximas punitivistas por meio de “flexibilização” de direitos e garantias individuais, segundo fundada crítica de parte substancial da comunidade jurídica.

Como dito, a orientação que pende de revisão e consolidação nas ações objetivas ADC 43 e 44 foi ratificada no *Habeas Corpus* n. 152752, mantendo-se respaldada em fundamentos correspondentes a “combate à impunidade” e “credibilidade do Poder Judiciário”⁴⁹.

⁴⁶ Presunção de inocência.

⁴⁷ Pondere-se que os demais argumentos declinados nesse julgamento tampouco se mostram viáveis a ilidir o sistema de garantias aos acusados em processos criminais criado com a Constituição de 1988.

⁴⁸ V. MELCHIOR; CASARA, op. cit. p. 181-185.

⁴⁹ *Revista Consultor Jurídico*, 18 de janeiro de 2018, 8h00. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/stf-nega-hc-lula-reafirma-execucao-antecipada-pena-prisao>>. Acesso em: 19 abr.2018.

Por certo, o objetivo deste trabalho não é discutir a possibilidade de início da execução penal após a decisão de segunda instância, mas tão somente ilustrar como a magistratura está comprometida com uma tarefa que não lhe compete: livrar a sociedade do mal originado por supostos criminosos.

Nos tribunais locais, a mesma vocação se manifesta. Uma simples busca jurisprudencial a respeito de prisão cautelar, por exemplo, retorna fundamentos atinentes à “paz social”, “sensação de insegurança ou de impunidade”, “credibilidade das decisões judiciais”, entre outros termos similares. Enfatize-se que essa cultura punitiva “bem intencionada” ignora ou limita indevidamente direitos de primeira geração. Ainda assim, se verifica largamente difundida e naturalizada.

Em síntese, percebe-se que o juiz brasileiro permanece arraigado a uma cultura processual penal não democrática, agravada pela não sistematização do processo penal constitucional, o que acarreta um equivocado ativismo judicial que, no campo penal, em vez de concretizar direitos e garantias, as suprime.

Passa-se, então, a analisar alguns fatores que deslocam o magistrado do seu papel definido pela Constituição de 1988, mais especificamente, no ato de interrogatório, iniciando-se pelas tensões externas à atividade judicante.

1.3. Tensões que conduzem o juiz a abandonar sua função constitucional: demandas por ordem e segurança pública.

Como dito, os membros do Judiciário tendem a imbuir-se dessa tarefa de promoção do ordenamento social. O “combate à impunidade” desloca o magistrado da sua função de presidente de um processo justo que se desenvolve com paridade de armas sob as garantias do contraditório e da ampla defesa para um em que ele se torna o principal ator na busca de um ideal de justiça⁵⁰ geralmente ligado aos clamores sociais de segurança pública.

⁵⁰ Nesse ponto cumpre esclarecer que confundir a aplicação do direito – principalmente dentro de um ordenamento erigido sobre pilares democráticos como no Estado Brasileiro – com uma noção de justiça que não atenda a essa mesma base teórica é paradoxalmente não fazer qualquer justiça. Há que se ter em mente que preterir garantias individuais em prol da “demanda popular por justiça”, significa impor uma visão particular do que seja justiça. Ora, noção basilar de democracia substancial ensina que essa não é imposição da vontade da maioria, mas a compatibilização dessa vontade com o respeito e acolhimento do querer das minorias. Em tempo, pondere-se que os termos “maioria” e “minorias” não se referem, necessariamente, a um aspecto quantitativo.

Esse modo de atuar resulta, principalmente, na quebra da imparcialidade do juízo e, como dito, desrespeito às garantias constitucionais do acusado. Um fator como consequência do outro.

Tem-se, portanto, um procedimento processual também equivocado, uma vez que, através desse prisma, o processo penal passa a ser um instrumento de controle social e o juiz, na expressão de Casara e Melchior, atua em tarefa semelhante a um gestor de segurança pública⁵¹.

Por óbvio, a partir do momento em que o magistrado deixa seu posto de equidistância para fortalecer o poder punitivo estatal e auxiliar na condenação de supostos criminosos com o escopo de mitigar sua “sensação de impunidade”, ele desprezará as garantias processuais, já que elas, dentro dessa finalidade operacional, nada mais são que empecilhos à concretização da sua subjetividade transfigurada em norma “jurídica”.

Segundo Casara e Melchior⁵², a problemática acima delineada perpassa ainda pelo falso sentimento de neutralidade do julgador. Explicam que, muito em razão da influência de uma hermenêutica processual civil, o processo penal veio a ser estudado de forma isolada, tanto em relação às ciências sociais quanto em relação à prática forense. O juiz, enquanto indivíduo dotado de moralidade e valores inerentes ao seu seio social, não pode pretender – visto que impossível – aplicar um processo penal neutro. Esse modo de pensar deslocaria o processo para um terreno estéril, cartesianamente segmentado, onde faz parecer que é um fim em si mesmo ou um instrumento a serviço de valores determinados pelas “maiorias de ocasião”.

A consequência desse “fechamento interno” seria “uma dogmática ‘objetiva’ e ‘fechada’, que nega a influência dos intérpretes, esconde sua referencia ideológica e impede a incorporação do sentimento democrático”⁵³. Ou seja, a falsa crença relativa a uma neutralidade irreal respalda toda sorte de idiosincrasias processuais, fazendo com que o sistema processual penal brasileiro tenha um código de processo penal distinto para cada juiz singular, além dos códigos que regem os tribunais superiores. Nenhum desses códigos é cópia fiel do Decreto-Lei nº 3689/41.

Dentro desse paradigma distorcido em que os fins justificam os meios, o proceder do julgador encontra terreno fértil em uma população incauta e pouco esclarecida acerca de suas

⁵¹ MELCHIOR; CASARA, op. cit. p. 181-185.

⁵² Ibid. p. 11 e ss.

⁵³ Ibid.

próprias garantias fundamentais. Em parte, isso se deve a uma necessidade referencial da sociedade moderna.

Sem adentrar na discussão da teoria das velocidades do Direito Penal, vale mencionar a análise da sociedade ocidental nos dias atuais realizada por Jesús-María Silva Sánchez. Segundo o autor, “a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais a patrimoniais”⁵⁴.

Essa mesma conformação social de alta complexidade e elevado volume informacional não delimita critérios claros acerca do que seja bom ou ruim, ou dos caminhos a serem trilhados, criando nos indivíduos dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança⁵⁵. Esses medos, que são inerentes ao estilo de vida contemporâneo, projetam-se nas relações sociais, tendo, por diversos fatores – inclusive um jornalismo descomprometido com as finalidades da informação – repercussão significativa na sensação de insegurança e impunidade. Dentro desse contexto, revigoram-se teorias de “lei e ordem” e permite-se a “flexibilização” do núcleo duro dos direitos fundamentais.

A sensação de insegurança, muitas vezes acompanhada de episódios concretos de violência urbana, ao invés de ser tratada pelos meios eficazes como maior diligência operacional de forças de segurança, políticas públicas de redução das desigualdades sociais, acesso a meios de inclusão social e similares – acaba por ser tutelada pelo direito penal, seja material, seja processual. Nesse sentido, Sanches⁵⁶ diz que:

[...] Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, a angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem, às vezes tachadas de excessivamente “rígidas”. [...] em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, parece mesmo razoável que a busca de elementos de orientação normativa – e, dentre eles, o Direito Penal ocupa um lugar significativo – se converta em uma busca quase obsessiva.

Não se pretende, repita-se, perfilhar ou avaliar a teoria das velocidades de Sanches, mas tão somente usar sua análise da sociedade ocidental contemporânea, muito pertinente para este trabalho.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-41.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

Nesse contexto de necessidade referencial, é senso comum acreditar na imparcialidade dos juízes – eles mesmos desse modo se veem – quando, em verdade, estão compomissados com as demandas relativas a determinadas parcelas da sociedade as quais aderem sem mesmo perceberem. Registre-se que não é o objetivo desta análise tratar de forma pejorativa o trabalho desses servidores públicos qualificados ou de modo algum diminuir-lhes a importância, mas de trazer a lume uma constatação com o fim de refletir a respeito dela. O que se defende não deixa de ser uma desoneração daquilo que se acredita competir ao magistrado, já que constitui uma sobrecarga de atribuições esperar dos juízes de direito as soluções para mazelas sociais complexas, principalmente no que tange à segurança pública e às variáveis da criminalidade, dado o enredamento desses fatores sociais.

1.4. Demandas por ordem e segurança pública: raízes da constante sensação de insegurança

Diante da situação acima delineada, há um alinhamento do indivíduo subjetivamente necessitado de orientação e “proteção” e do órgão judicante que pensa que pode se engajar no suprimento dessas necessidades. A respeito do assunto, é pertinente mencionar a pesquisa realizada por Vera Malaguti Batista que resultou na obra intitulada “O medo na Cidade do Rio de Janeiro - dois tempos de uma história”⁵⁷.

Nela, a autora faz uma incursão em fatos que motivaram e ainda hoje influenciam o “pavor da criminalidade”. Apesar de ser inerente ao humano o temor das situações adversas, a autora busca demonstrar como esse pânico generalizado agiganta-se além do razoável e gera sentimentos de desumanização e aniquilação do outro.

A autora ressalta que o ponto de partida para se entender a questão do medo na contemporaneidade é responder a seguinte indagação: qual é a demanda por ordem nas formações socioeconômicas? A partir dessa indagação ela traça um paralelo dessa demanda com a questão do medo no século XIX, pensando qual seria a demanda por ordem em uma sociedade escravocrata, porque o medo daí se originaria. A mesma sistemática servirá para explicar o medo na atualidade.

⁵⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 19-39.

V. Exposição realizada pela própria Vera Malaguti no programa televisivo Café Filosófico, em julho de 2009. Disponível em: < <http://www.institutocpfl.org.br/podcast/medo-violencia-e-politica-de-seguranca-vera-malaguti-batista/>>. Acesso em: 2 nov.2017.

Fazendo uma incursão histórica para explicar sua teoria, Malaguti diz que a questão do medo tem um marco significativo com uma rebelião ocorrida em 1835 que, apesar de ter sido dizimada muito rapidamente, produziu um temor significativo em todo o Brasil e, principalmente, no Rio de Janeiro: o medo de rebeliões da numerosa população escrava. Esse temor foi ampliado com outros movimentos das populações oprimidas, como a Revolta dos Malês e a Revolução no Haiti⁵⁸.

Malaguti constatou que as rebeliões escravas eram lidas como fatos criminais e não como fatos políticos, o que é muito significativo. Os movimentos de revolta não eram vistos como pleitos legítimos.

Em seu estudo, a autora menciona também a contradição entre o medo que sentiam as autoridades e a real possibilidade de um levante, mas as políticas de segurança pública ecoavam esse temor e o monitoramento da população negra passou a ser a prioridade. Além disso, era assumidamente desejada uma polícia que fosse “confiável para os senhores e aterrorizante para os escravos”. A autora delimita essa matriz da demanda por ordem: o trabalho das polícias era inspirar confiança nas elites e terror nas comunidades pobres⁵⁹.

A partir dessas considerações, a socióloga trabalha a análise da transição da ditadura para democracia no Brasil. Ela explica que o medo das guerrilhas no século XIX e das influências externas nos rebeldes nacionais passou a se concentrar em um inimigo interno. Com o final do período ditatorial, houve um deslocamento do inimigo externo para o “criminoso comum”. O medo da subversão e da guerrilha cede espaço aos terrores dos crimes cotidianos. Para Malaguti, ocorre uma repotencialização daquelas estruturas de controle social autoritárias que a sociedade brasileira sonhava desconstruir com a redemocratização de 1988. As campanhas massivas de pânico social teriam produzido um avanço sem precedentes na internalização do autoritarismo e, para Malaguti, na atualidade, se tem muito mais demandas sociais por ordem que havia no final da ditadura, em que ainda se sustentava certo senso crítico em relação a um sistema autoritário.

Pontua, outrossim, que uma política severa de mutilação, tortura e homicídio da população afro-brasileira era comum no século XIX com o intuito de manter pacificada uma cidade em que a maioria da população era escrava. Em sua tese, assevera que a história do Brasil é marcada por intensa e ostensiva violência. Primeiro, com o extermínio das populações indígenas e depois com a escravidão, marcada pelo tratamento brutal da

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid. p. 192-193.

população negra. Essas marcas e medos teriam permanecido no inconsciente dos cidadãos, inclusive aqueles que são alvo prioritário das políticas de extermínio, e são utilizadas habilmente pela mídia de massa para justificar um estrangulamento de liberdades individuais garantidas na Constituição em nome de um “bem comum”.

No que concerne ao “medo”, a transição por que passava a sociedade brasileira a partir da segunda metade do século XIX vai tornar insustentável a então ordem social da época, que era a estrutura social escravocrata. Produziu-se, segundo Malaguti, um “medo branco”, oriundo do temor da insurreição escrava. Para tutelar esse temor, criou-se um controle sobre a movimentação dessa população pela cidade, que vai produzir impressões históricas até hoje com estratégias de suspeição generalizada. A juventude negra carioca, ao se deslocar pela cidade será sempre alvo prioritário de blitz e averiguações policiais. Esse padrão vem desse temor ancestral, e é por meio dessas estratégias que o medo branco engendra uma “cidade armadilha”, com sua paranoia de defesa da propriedade⁶⁰.

Outra característica percebida por Malaguti nesse processo é a desumanização do “outro”⁶¹. Antes, eram os malês, os haitianos e os abolicionistas ingleses. Hoje, os narcotraficantes e o “crime organizado”⁶². É sempre uma visão que coloca de fora do problema as desigualdades sociais e raciais e grassam no Brasil.

Essa desqualificação do outro é global. Manifesta-se também quanto ao local onde as pessoas excluídas habitam, por exemplo. Percebem-se esses locais como territórios de contaminação por doenças, de lascívia e de desordem nas famílias. São áreas da cidade sempre lidas como lócus do mal e locais de perigo. Essa visão constitui fantasias de segregação que produzem novas estratégias de terror e desejo da eliminação do outro⁶³.

Ela acresce a esse cenário a evolução das ciências sociais no início do século XX, influenciadas pelas ideias liberais e, marcadamente, pelo positivismo, que declinava explicações “científicas” e biologicamente deterministas sobre questões sociais. Malaguti pondera que o exame dessas questões sociais sob a ótica positivista é compartimentada, segregacionista e seletiva, uma vez que explica de modo diferente uma mesma conduta quando praticada por um jovem negro e pobre e quando cometida por um filho branco da classe média, por exemplo. Assim, diante de todo esse material positivista legitimador da

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ BATISTA, op. cit. p. 77-86.

⁶² Pode-se dizer que hoje esse discurso de desqualificação do outro também se volta para agentes políticos identificados com certos discursos de igualdade material e pessoas públicas com características ainda consideradas indesejadas.

⁶³ BATISTA, op. cit. p. 110-118/221.

desigualdade, os saberes à época foram pródigos em fornecer argumentos para a legitimação das violências penais e punitivas⁶⁴.

Outro fator acrescido a esse cenário são os valores neoliberais, com destaque para a supremacia do capital financeiro em detrimento do setor produtivo e a estigmatização do estado de bem-estar social. Fatores que resultam em maior exclusão social e elevam o risco desse indivíduo proscrito aparecer no sistema penal.

Dessarte, há um paralelo entre a marginalização da população escrava durante o século XIX e o encarceramento em massa imposto às populações de baixa renda no pós-redemocratização. Os eixos que garantem esse paralelo são o cultivo e a atualização do medo ancestral de uma revolução escrava e a consideração de questões sociais que afligem as populações desvalidas como temas de segurança pública. Como dito, a construção desse “medo” se dá muito mais no simbólico do que no real e a agenda de políticas econômicas neoliberais tem o condão de dessignificar as condições materiais desvantajosas impostas às populações descendentes de escravos e naturalizar sua miséria, o que facilita sua incorporação ao “mercado” em uma posição extremamente fragilizada. O medo da violência dessas populações não é questionado em suas causas reais, mas tomado como a causa em si e rechaçado com soluções oportunistas – como o monitoramento e vigilância da população –, e deletérias – como o recrudescimento das sanções penais.

Para a autora, causa perplexidade sustentar-se a permanência de um modelo de autoritarismo em um regime democrático pois, mesmo durante a ditadura, as pessoas se incomodavam com os excessos policiais, ao contrário do enaltecimento que se vê hoje quando da eliminação dessas pessoas indesejadas e desumanizadas⁶⁵. Dentro desse cenário caótico, aduz, há sempre os salvadores de ocasião que, invariavelmente, vão prometer soluções simplistas para problemas complexos. Muitos desses expedientes demagógicos se originam de situações pontuais que, elevadas ao patamar de males sem precedentes, ensejam políticas criminais perversas as quais vão se incorporando à legislação sem ninguém se dar conta de seus efeitos. As tragédias pessoais de vítimas alimentam a demagogia dos artífices desse mercado de trocas simbólicas em que novos agentes especialistas vão produzir novos sentidos, novos consensos e novas técnicas de controle sobre as subjetividades. A subjetividade diante do fato criminal serve de edificação do sonho das fronteiras entre os “bons” e os “outros”. “O outro é sempre o violento nessa construção do inimigo e a

⁶⁴ Ibid. p. 102-106.

⁶⁵ Ibid. p. 106-120.

emocionalidade emanada da vítima é estratégica para o mercado do medo e da expansão do poder punitivo”.⁶⁶

Essa questão do medo, pode-se dizer paranoico, identificada por Malaguti se relaciona com o ativismo judicial na seara criminal, na medida em que, como analisado, o juiz é colocado em atribuição que não lhe compete – artífice desse sistema – e torna-se relevante engrenagem no aparato de contenção social pautado no temor e na neutralização de sujeitos indesejados.

A relevância social angariada pelo judiciário ativista se dá, justamente, porque os juízes se prestam a dar tons de legalidade a esse processo sistemático de hostilização e eliminação do outro indesejado. Nesse contexto, Casara e Melchior vão dizer que o ativismo judiciário “eleva-se à condição de instância moral superior da sociedade”⁶⁷ imune aos mecanismos de controle a que os aparelhos estatais devem se submeter. Existiria uma crença popular nas soluções judiciais para as mazelas da sociedade em detrimento de qualquer outra, de forma a se relegar a função dos outros Poderes:

A veneração social do papel do Judiciário é preocupante não apenas porque turva os limites de atuação desse poder, como também porque fortalece uma espécie de servidão coletiva a uma instituição, isso em detrimento de outros modelos de resolução dos inconvenientes produzidos pela interação humana⁶⁸.

Os autores explicam que essa subserviência revela uma condição psicológica apta a legitimar a expansão da atuação judicial. Os indivíduos, muito em função do medo exacerbado da criminalidade, veem a necessidade de serem protegidos por figuras superpoderosas. No imaginário popular de 1964, as forças armadas cumpriam esse papel. Hoje, juízes o fazem, muitas vezes com muito mais zelo que os militares. O efeito colateral desse processo em matéria criminal é o apelo por um Judiciário ativo e autoritário, uma vez que, para corresponder às expectativas de messias, o magistrado não pode ser “limitado” a observar garantias individuais.

Rubens Casara, na obra *Mitologia processual penal*, trabalha o que ele mesmo chama de “o mito do processo penal como instrumento de pacificação social ou de segurança pública”⁶⁹. Para o autor, esse mito decorre de uma visão repressiva do processo, que passa a ser encarado como mero meio de punição dos indivíduos que supostamente violam a norma

⁶⁶ Exposição realizada pela própria Vera Malaguti no programa televisivo *Café Filosófico*, em julho de 2009. Disponível em: < <http://www.institutocpfl.org.br/podcast/medo-violencia-e-politica-de-seguranca-vera-malaguti-batista/>>. Acesso em: 2 nov.2017.

⁶⁷ MELCHIOR; CASARA, op. cit. p. 184-184.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ CASARA, op. cit. p. 194-218.

penal. Casara identifica no fenômeno uma administrativização do juízo criminal. Uma vez que o processo passa a ser visto como instrumento de punição e controle social, o magistrado torna-se mais um órgão na estrutura de segurança pública, apto a legitimar a segregação do indivíduo desviante a qualquer custo.

O deslocamento da função judicante para as fileiras da gestão das mazelas de segurança pública implica prejuízo à imparcialidade e menoscabo das garantias processuais, em especial no que concerne ao ônus da prova e ao papel da defesa técnica. Nas palavras do próprio autor “em substituição às garantias de liberdade entram as garantias de eficiência⁷⁰.”

Casara⁷¹ pontua que, malgrado a intenção “altruísta” de utilização do processo penal como instrumento de pacificação social, não há qualquer estudo que comprove sua eficácia. Por outro lado, seus efeitos deletérios são sentidos, pois o acolhimento dessa crença eleva a utilização do poder penal do Estado.

O poder punitivo do Estado atua no sentido de aumentar a exclusão social e estigmatizar ainda mais as populações vulneráveis, o que, invariavelmente, tem o condão de colocar esses sujeitos mais próximos ao crime, o que, por sua vez, aumenta a demagogia punitivista, criando-se um moto contínuo da demanda por punição rumo ao infinito.

Outro ponto muito emblemático que reforça os clamores punitivistas notados por Casara diz respeito à criação de um permanente estado de exceção midiático⁷². Muito em razão de sensacionalismos midiáticos, acredita-se que se vive uma época de criminalidade sem precedentes. O sentimento de insegurança gerado por essa crença faz com que as pessoas avaliem como salutar qualquer tipo de medida de recrudescimento penal e o afastamento das garantias individuais. Entretanto, por mais encarceramento e repressão de direitos, o estado de alerta persiste, pois o mesmo não é calcado nas estatísticas de crime e sim no sensacionalismo midiático que é gerado em torno delas, o que acaba por normalizar tanto o estado de alerta quanto o progressivo corte de direitos para que seja realizado maior encarceramento de massa. Na esteira desse contexto de permanente estado de emergência midiático, o judiciário ativista utiliza-se de expressões altamente vagas e subjetivas para se fundamentar toda a sorte de decisões no intuito de promover a defesa da sociedade e a aplicação de medidas de prisão, que deveriam ser pautadas pela legalidade estrita, são

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

relegadas inteiramente ao juízo íntimo do magistrado, já devidamente conspurcado pela sensação de insegurança criada pelo estado permanente de exceção midiático.

Na verdade, a ideologia da defesa social apenas contribui para marginalizar aqueles indivíduos que já sofrem uma censura social pelo seu modo de vestir, falar, morar e viver. Há um desvirtuamento cíclico nesse processo, como bem define o autor “o exercício arbitrário e seletivo do poder punitivo debilita o Estado de Direito e agrava a conflituosidade”⁷³, por isso, deve o próprio Estado usar o direito para frear o poder punitivo.

Em outras palavras, há uma pré-concepção acerca desse sujeito que integra uma classe social desfavorecida que faz com que ele seja severamente julgado pelo que é e não por sua conduta. Esse tratamento degradante que o Estado lhe confere contribui não só para sua marginalização perante terceiros como também para o seu profundo desprezo e insatisfação com aqueles integrantes do estrato social que lhe julga.

Um dos instrumentos pensados para intervir neste círculo é o processo penal democrático, pois, como vem se defendendo, ele atua na contenção do poder punitivo, “na redução do arbítrio e na racionalização das respostas estatais aos desvios criminalizados”, segundo Rubens Casara⁷⁴.

Além disso, pontua Casara que, da forma como se usa hoje o processo penal, ele não se presta nem mesmo a um dos objetivos da ideologia da defesa social “uma forma de prevenção geral”, mas serve sim para estigmatizar e segregar. É assim, explica, porque em uma sociedade excludente, as normas tendem a ser seletivas, uma vez que o direito posto sofre influências sociais e econômicas e acaba por representar a visão de certas parcelas sociais. Segundo o autor, entender o processo como função de segurança pública fica muito aquém do que prescreve a Constituição quanto a coibir violências e autoritarismos⁷⁵.

Nessa linha de ideias, pondera-se que a noção garantista, para longe de estar ultrapassada, mostra-se uma necessidade atual e premente, a fim de fazer frente aos arroubos autoritários ainda vigentes. É imprescindível que se reestruture a forma de pensar o direito processual penal.

A doutrina defende que um primeiro passo nessa direção é o reconhecimento da impossibilidade de se conceber um julgador “neutro”. Isso porque a compreensão de neutralidade ainda é reverberação de uma concepção meramente formal da validade das

⁷³ Ibid. p. 210.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

normas e decorre de uma falta de compreensão do que venha a ser a legalidade inserida em um Estado Democrático de Direito⁷⁶. Perfilhando-se Ferrajoli, sugere-se, outrossim, o fortalecimento de uma teoria da decisão que constitua um limite ao decisionismo do julgador e uma garantia de respeito aos direitos fundamentais⁷⁷.

Isso não significa que o magistrado passará a ser um “vegetal” na estrutura da ritualística penal, muito ao contrário. O magistrado, consciente da relevância da função judicante na concretização dos direitos e garantias individuais e, em última análise, na contribuição coerente para a construção de uma sociedade democraticamente mais justa, atuará “a partir de uma pré-compreensão adequada ao projeto constitucional⁷⁸”.

Feitas essas considerações, nota-se que é preciso, portanto, que o intérprete – no contexto dessa digressão representado pelo magistrado – detenha a parcimônia de relativizar suas próprias convicções, despindo-se de verdadeiros preconceitos intelectuais.

Ainda que se diga que o desenho das garantias constitucionais brasileiro não se identifica com nenhum outro no mundo, esse argumento não refuta, nem mitiga a importância do que aqui se defende, pois a realidade brasileira, democracia recente e ainda muito arraigada a uma tradição autoritária, exige que assim seja.

⁷⁶ Ibid. p. 60-61.

⁷⁷ Ibid. p. 183.

⁷⁸ Ibid.

2 O JUIZ E A PRETENSÃO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL. ATIVISMO PROCESSUAL PENAL E REAVIVAMENTO PERSISTENTE DAS TESES DE REVELAÇÃO DA VERDADE

A continuidade da análise do papel do magistrado frente à instrução criminal, em especial no que concerne ao interrogatório do réu, demanda uma incursão, por óbvio não exaustiva, na forma como se entende a gestão da prova, sua relação com a pretensão de se alcançar a verdade e o tratamento histórico dessa questão.

2.1. Verdade real: a visão clássica e a crítica contemporânea.

O ordenamento jurídico estrutura-se sobre princípios. Igualmente, arranja-se o processo. Na conformidade daquilo que vem se defendendo nesse trabalho, com a edição da Constituição de 1988, todo o sistema normativo brasileiro passou, ou deveria passar, por uma reestruturação, o que não é diferente na seara criminal. Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que os princípios que regem o processo penal brasileiro são aqueles que se extraem do texto da Carta Magna, sejam expressos ou implícitos. Isso porque, admitir-se que princípios originados da lógica anterior subsistam seria um contrassenso, pois não se pode assentar um mesmo ordenamento sobre pilares tão diferentes e ainda conflitantes.

A concepção reinante no nascedouro do CPP, segundo a qual um indivíduo que manifesta um comportamento desviante deva ser neutralizado pela atuação enérgica do Estado é, como já explanado, frontalmente oposta àquela eleita para compor a Constituição vigente, na qual cada indivíduo é destinatário último da proteção estatal sob quaisquer circunstâncias. Os princípios que respaldam essa opção democrática são essencialmente originados daqueles já mencionados neste trabalho, entre outros de mesmo jaez.

Todavia, ainda nos moldes do que foi abordado no capítulo anterior, há quem resista às modificações, ou, mesmo não resistindo, pauta-se por uma sistemática não mais vigente

apenas pela inércia ou na crença daquilo que já está dado. Nesse sentido, é comum encontrar, nos cursos clássicos de processo penal, referências ao chamado princípio da verdade real⁷⁹.

Dentro dessa sua lógica, apregoa-se que, no processo civil, o resultado buscado seria uma verdade formal, direcionada à necessidade de pacificação do conflito existente entre as partes, ao passo que, no processo penal, tendo em vista a natureza do direito material subjacente, cuja relevância concerne à liberdade do indivíduo, a “verdade” perseguida seria a verdade real.

A concepção de verdade real é axiologicamente carregada de sentidos antidemocráticos. A busca pela verdade real respalda o inquisidor, único capaz de extrair do sujeito essa verdade, materializada classicamente na confissão. Em meio ao que aqui se defende, a atuação do juiz na instrução com o escopo de desvelar a verdade constitui ativismo processual penal não condizente com o sistema acusatório delineado pelo constituinte. Não por acaso, a maioria da doutrina processual penal da contemporaneidade rechaça essa pretensão, consoante se passa a cotejar.

Em Tourinho Filho⁸⁰, encontra-se a orientação clássica. Para ele o “Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença”. Assume o autor que a verdade material é uma pretensão de todo o ordenamento, seja penal, seja civil, mas que a depender da natureza de uma questão civilista, é possível preferir a perquirição dessa verdade fundamental. Acrescenta ele que, no processo penal, o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade de modo a perseguir a justiça.

⁷⁹ Dizem os autores: “No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação das provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença. A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes.” Explicam, no entanto, que essa lógica segmentada não mais tem lugar: “[...] enquanto no processo civil o princípio do dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício (v. ainda CPP, art. 440), o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição: CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio dispositivo (art. 386, inc. vi), sem falar na Lei dos Juizados Especiais [...]”.

V. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 70-72.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/11. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58-63.

Prosseguindo em sua digressão, Tourinho pondera que há certa tendência no sentido de vedar ao Juiz penal a produção de provas, mas que com as reformas introduzidas em nosso Processo Penal pela Lei n. 11.690/2008, que conferiu nova redação ao art. 156, a neutralidade do órgão judicial na produção probatória estaria afastada⁸¹. O autor explana que o legislador, diante da natureza pública do interesse repressivo, optou por viabilizar ao magistrado a busca da verdade como salvaguarda de eventuais deficiência das partes nesse mister. Com o intuito didático, o doutrinador usa um exemplo para ilustrar sua narrativa: no processo civil, se o réu reconhece a procedência do pedido, resolve-se o caso nesse sentido, pouco importando se os fatos correspondem a esse reconhecimento, ao passo que no processo penal a confissão é unicamente mais um meio de prova e não garante uma condenação.

Malgrado a nobre tendência a aspirar um processo fidedigno à realidade a fim de afastar um resultado processual injusto, a orientação de Tourinho, que prestigia um juiz participante ativo da produção probatória, não se coaduna com o magistrado desenhado pela Constituição e defendido neste trabalho.

Guilherme de Souza Nucci⁸², por sua vez, assevera que a verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns não o é para outros, de modo que não seria possível encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. Entrementes, alicerça-se na dicotomia existente na forma de tratamento da questão no processo civil e no processo penal. Admite, expressamente, a necessidade da ação proativa do magistrado na instrução penal, pois prestigia o entendimento tradicional de que “estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra – que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal – deve o juiz sair em busca da verdade material [...]”.

A orientação de Nucci tampouco atende à delimitação constitucional da função judicante, dado que fomentar a busca da verdade real pelo magistrado implicaria permitir-lhe um indevido ativismo, combatido nessa tese.

Eugenio Pacelli⁸³, por sua vez, enuncia a sua explanação sob o seguinte título: “O mito e o dogma da verdade real”, o que o aproxima do objetivo deste capítulo. O autor faz a distinção já comentada no capítulo anterior, qual seja, a Constituição adotou o modelo

⁸¹ Ibid.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 94-96.

⁸³ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 176-177.

acusatório, embora o CPP tenha sido pensado sobre bases inquisitoriais. Comenta que a Carta Constitucional e a evolução dos direitos humanos demandam uma adequação do *codex*.

No que concerne à “verdade real”, Pacelli é assente em defender que “toda a verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”. Segundo ele, a verdade que interessa ao processo, de qualquer ramo, é uma verdade reconstruída pelo trabalho das partes e, de certa maneira, do juiz. Por outro lado, esclarece, a busca pela dita verdade real permitiu, durante muito tempo, práticas probatórias ignóbeis e viabilizou arbitrariedades, sempre com o suposto nobre escopo de conhecer o que aconteceu no mundo dos fatos, visto que se acreditava que o Estado podia alcançar esse propósito.

Para Eugênio Pacelli⁸⁴ a verdade real está diretamente ligada à disseminação de uma cultura inquisitiva. Ressalva, no entanto, que ainda assim o direito processual penal não pode se contentar com uma verdade formal, admitida no processo civil. Para o autor, exige-se a materialização da prova, dado que ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.

Por mais que Pacelli pareça adotar a dicotomia “verdade formal x verdade material”, na verdade, o que o autor reforça é um cuidado acurado com a prova processual penal. O que fica claro das suas lições é que se deve ter todas as ressalvas ao tratar de uma pretensão de busca da verdade. Ademais, segundo se infere da sua explicação, o magistrado não protagoniza essa produção probatória, visto que compete à acusação a prova da materialidade e da autoria.

Dada a essas características da sua digressão, pode-se dizer que Pacelli não compactua com a noção de um juiz investido de ativismo probatório na seara processual penal.

Renato Brasileiro de Lima⁸⁵ fará a mesma crítica à doutrina clássica. Para ele, há que se superar o dogma da verdade real, pois “a descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado”. A celeuma é que, nos seus próprios dizeres: “essa busca da verdade material era, assim, utilizada

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 107-109.

como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual.”

Brasileiro de Lima⁸⁶ constata algo que é imediato: no âmbito processual penal é impossível que se atinja uma verdade absoluta. Por mais contundente que seja a prova, não seria possível se chegar a uma convicção plena, “um juízo de certeza absoluta”. A pretensão processual deve recair, segundo ele, em um esmero que leve à maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso e que tenda a refletir ao máximo a verdade. Assim, defende que o princípio que vigora nessa seara é o da “busca da verdade” com as ressalvas mencionadas.

Demais disso, Renato Brasileiro apoia-se em vários dispositivos do CPP⁸⁷ para admitir a atuação do magistrado na instrução, desde que essa tarefa seja endoprocessual e complementar a das partes. Em contrapartida, sustenta que a Constituição e o próprio Código prescrevem limitações à busca da verdade no processo penal.

Como se pode perceber, as cautelas declinadas por Renato Brasileiro denotam sua inclinação à contenção do ativismo judicial no processo penal.

Gustavo Badaró⁸⁸, a seu turno, é enfático ao enunciar que a verdade é um valor correlato ao valor justiça e, portanto, essencial para a legitimação de um processo em que se pretenda, dentro de parâmetros idôneos, verificar os fatos. Corrobora que é inviável se perseguir uma verdade absoluta, mas que, mesmo assim, o juiz deve pretender a verdade, único critério apto a aproximar a decisão judicial do ideal de justiça.

Importante notar que a concepção de verdade trabalhada pelo autor é um tanto mais rebuscada e afasta-se de credulidade e simplicidade de raciocínio concernente à admissão de um magistrado ativista.

Badaró⁸⁹ faz uma distinção salutar e igualmente didática entre verdade provada e realidade. Assevera que os conceitos não se confundem e que uma vez provada uma hipótese não quer dizer, necessariamente, que ela corresponda à realidade. O importante, diz ele, é que haja elementos de prova suficientes, o que é mais garantido se na formação do convencimento do juiz sejam acrescidos critérios de racionalidade e regras da lógica. A verdade aferível, na sua crítica, é o que chama de verdade como correspondência. A verdade aceita judicialmente,

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Artigos: 156, 196, 209 *caput* e § 1º e 616.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 265 e ss.

⁸⁹ Ibid.

segundo o autor, é a “maior aproximação possível” da verdade. A relação entre verdade e prova, explica, “não é uma relação de identidade, mas uma relação teleológica”. A verdade é uma baliza de atuação do magistrado no esmero de produção de uma decisão justa, mas não a finalidade do processo.

Badaró⁹⁰ é firme ao defender que não se pode desprezar a verdade externa ao sujeito como o norte à atividade judicante. Contudo, ressalva que “mesmo em uma premissa epistemológica que aceita um conceito de verdade como correspondência, é preciso ter a plena consciência de que uma identidade absoluta é inatingível”. Acrescenta que o conceito de “verdade real” está superado e que não se admite mais a busca dessa verdade como finalidade processual:

Foi a crença em um modelo científico que permitiria, em qualquer caso, obter a verdade absoluta sobre os fatos, de um lado, e a importância política de um modelo de concentração de poder que desse ao julgador meios ilimitados para procurar tal verdade – mas, se sabia, sempre a “alcançaria” – que justificaram o modelo inquisitório.

Para Badaró, aceitar que a verdade processual é uma alta probabilidade de que a reconstrução dos fatos se aproxima do objeto a ser conhecido, afasta a admissão de poderes ilimitados na perquirição da “verdade material”. Por essa razão, para o autor sequer faz sentido distinção verdade formal do processo civil e verdade material no processo penal, uma vez que não constituem verdades absolutas. Nas palavras de Badaró, “algo somente é verdadeiro quando há uma identidade entre o objeto e a representação que o sujeito cognoscente faz desse objeto”. Como dito, segundo o autor, o processo deve se ater a alta probabilidade de que essa identidade esteja correta, pois a busca da verdade absoluta não tem mais lugar central no processo penal. Badaró não elimina a verdade do processo – seria inviável fazê-lo – mas alerta que não se pode mais aceitar um procedimento em que os fins justificam os meios, como serviu a pretensão de conhecimento da verdade absoluta.

Apesar de o autor⁹¹ desvincular a gestão da prova da natureza dos sistemas penais, admitindo, em tese, poderes instrutórios ao magistrado, sua posição quanto à impossibilidade

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid. p. 51 e ss.

de perseguição judicial da busca da verdade absoluta o aproxima de um conceito de magistrado mais consentâneo com o sistema acusatório, ou seja, menos ativista⁹².

Resumidamente, a síntese da visão clássica apregoa que a dita “verdade formal” seria aquela cunhada no processo civil, abstraída da materialidade, pois os interesses em debate seriam particulares e disponíveis, ao passo que a busca da “verdade substancial” seria indeclinável no processo penal, uma vez que os bens jurídicos por ele tutelados tocariam a valores indisponíveis, como a vida e a liberdade⁹³.

A dicotomia, como visto, encontra-se superada⁹⁴. A digressão é reducionista, pois artificialmente simplifica algo demasiadamente complexo: a delimitação do que vem a ser “verdade” e a forma adequada de se trabalhar esse conceito vago em um processo penal fundado em valores democráticos.

Quanto a isso, releva ponderar que este trabalho não se presta a discorrer sobre o conceito de verdade, mas analisar aspectos da relação do magistrado com a “verdade” no processo criminal, o que está imbricado à função do juiz dentro da relação processual. Para tanto, se faz necessária uma abordagem, ainda que perfunctória, dos sistemas processuais e sua relação com a questão da “busca da verdade”.

A estruturação do tema elaborada por Salah Khaled Jr. na obra “A busca da verdade no processo penal” é útil a este propósito, principalmente porque sistematiza e elucida as opiniões doutrinárias que acabaram de ser mencionadas.

⁹² É o que se infere dos seguintes excertos da obra: “Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um “buscador” de fontes de provas.

(...)

Em suma, o sistema acusatório, quanto à atividade probatória, deve reconhecer o direito à prova da acusação e da defesa, podendo ainda o juiz ter poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acerto do fato imputado.

Ibid. p. 51 e ss.

⁹³ A proposição aparenta-se falaciosa. Ora, se por um lado parece construtivo conferir maior proteção à vida e à liberdade que a qualquer bem economicamente apreciável, por outro é importante ter em mente que, não raro, os ordenamentos preveem tipos penais cujo bem jurídico tutelado é o patrimônio. É inerente a uma sociedade capitalista naturalizar a noção de que o patrimônio se insere dentro do caráter fragmentário do direito penal.

⁹⁴ Paulo Rangel em seu Manual de Processo Penal, por exemplo, já traça uma visão que se difere dessa concepção clássica. Disserta ele que: “O princípio da verdade processual é apontado por parte da doutrina como o escopo primordial do processo penal. Entretanto, há que se distinguir o objetivo do processo penal e o meio e o modo utilizados por ele para alcançar seu fim: a solução do caso penal. (...) Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder a verdade do mundo dos homens. [...]”

V. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7.

2.2. Verdade e sua relação com a instrução processual: o traço inquisitorial identificado por Salah Khaled Junior.

Salah Khaled Junior⁹⁵ menciona que a insistência na obtenção de verdades objetivas sobre o real é pauta constante na evolução do pensamento humano. Atualmente, materializa-se no conceito de verdade correspondente, de que são sinônimos aproximados: verdade real, substancial e material, por exemplo, todas com escopo central de busca pela verdade no processo.

Para o autor, as formas processuais inquisitórias são caracterizadas por essa ambição de verdade, que tem no juiz seu principal ator. Salah Khaled Jr. propõe uma desmistificação dessa noção.

Ele explica, à semelhança do que se disse alhures, que existe uma releitura que visa dar nova roupagem ao conceito de “verdade real”. É a chamada “verdade relativa” e há toda uma estrutura de pensamento doutrinário nessa linha. Essa doutrina persiste na busca de uma verdade, não da antiga “verdade real”, mas de um novo conceito de “verdade relativizada” que mantém as características temerárias da verdade real:

O conceito de verdade correspondente é suficientemente maleável para encontrar resguardo sob as mais diversas nomenclaturas, como real, substancial e material, sendo que sua roupagem não é fundamentalmente alterada em concepções que resguardam a noção correspondente de forma relativa ou aproximativa e que permanecem justificando a busca pela verdade como elemento central do processo⁹⁶.

A problemática se instaura, segundo o autor, quando se assume que o processo tem como finalidade a elucidação verdadeira dos fatos passados. Essa linha de pensamento permite que o juiz acabe operando e pensando a partir de um processo de noções preconcebidas, as quais, trazidas para a realidade brasileira, resultam em fomentar seletividade e arbitrariedade.

Nessa ordem de ideias, quando se coloca no juiz a crença na sua própria capacidade para buscar a verdade, possibilita-se que o “real” seja moldado de acordo com o imaginário do julgador. O autor trabalha a questão por meio do que ele chama de “caráter alucinatório da evidência”. Nessa concepção, a evidência é alucinatória porque se considera que “o que é evidente não precisa ser provado, pois sua verdade é perceptível mediante um mero juízo de

⁹⁵ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 29 e ss.

⁹⁶ *Ibid.* p. 31.

fato, ou pode ser atingida por um juiz que cumpra a função epistêmica de busca da verdade⁹⁷.

Khaled⁹⁸ explica que, para se evitar a precipitação nas decisões judiciais, há que se traçar uma diferenciação rigorosa entre o que seja evidência e o que seja prova. A primeira serve de embasamento para a pretensão veiculada pelas partes no processo, mas não constitui prova *a priori*. Segundo ele, comumente, confere-se à evidência um valor intrínseco e autorreferencial, o que seria equivocados. A prova, propriamente dita, demanda o crivo do processo pautado em garantias, contraditório e ampla defesa. A evidência, desse modo, somente se presta a sustentar uma decisão jurisdicional se convertida em prova⁹⁹:

As evidências indicam tão somente o material que as partes introduzem no processo, objetivando obter embasamento para suas respectivas teses. Para que venham a ser reconhecidas como rastros do passado, isto é, como provas, é necessário que sobrevivam ao processo de constrangimento a que o processo as submete através da atividade probatória, cujo sentido reside na superação de seu caráter alucinatório [...]

A importância desse rigor conceitual é manifesta, pois constitui um norte para se evitar decisões arbitrárias. Dito de outro modo, o autor nota a necessidade de que o juiz não se confunda com um desbravador da verdade, de modo que não busque em evidências o viés de confirmação não da realidade material que o cerca, mas de suas próprias concepções morais acerca do direito. O juiz ativista “em busca da verdade” não está buscando a realidade objetiva, mas apenas se intoxicando com evidências que confirmam suas convicções íntimas que, muitas vezes, não são nem baseadas no direito, mas a algo fora dele – mídia, política e moral. O maior indício desse tipo de julgador ativista é essa “intoxicação por evidências”, na qual o sujeito juiz se apega a qualquer indício que confirme, mesmo que remotamente, alguma concepção íntima sua e maneja esse fragmento para arranhar a dinâmica processual, muitas vezes tratando a defesa do réu como adversária em sua “busca” e, a depender da postura, hostilizando até mesmo o órgão acusador. Em síntese, o que Khaled Jr. sustenta é que é preciso coibir determinados comodismos – a crença na busca da verdade pelo julgador – a fim de não se permitir que o juiz se engane na sua relação com a condução do processo.

Dentro desse escopo, Salah Khaled¹⁰⁰ faz uma incursão interdisciplinar para buscar demonstrar que, não raro, a crença nessa falsa objetividade do julgador, na verdade, permite e

⁹⁷ Ibid. p. 335.

⁹⁸ Ibid. p. 329-336.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid. p. 353.

fomenta subjetivismos. O autor explica que, para se determinar o lugar do julgador, há que se superar muitos obstáculos¹⁰¹:

A sensibilidade inquisitória, a ideia de jurisdição como poder incontestável, a concepção positivista de mera boca de lei e o cientificismo moderno, estruturado na separação entre sujeito e objeto. É preciso superar, acima de tudo, a ideia de que o sujeito do conhecimento dispõe de capacidade para atingir a verdade correspondente, ainda que na versão aproximativa ou relativa, pois a assunção dessa premissa leva à continuidade de atribuição ao juiz do protagonismo da busca dessa tão sonhada verdade.

Nesse sentido, também afirma que, ao contrário do que muitos podem pensar, os sentidos humanos têm uma percepção extremamente limitada do mundo e do que acontece ao seu redor e que a realidade não é inteligível, por si só, ao olhar daquele que a observa [...] ¹⁰².

E acrescenta:

[...] uma concepção de juiz como mera boca da lei desconsidera que o juiz está inserido no campo de seus próprios objetos de uma forma bem diversa da forma com que o físico se encontra do mundo físico, o que faz com que para ele a questão da imparcialidade adquira uma conotação inteiramente distinta ¹⁰³.

Nessa linha de intelecção, uma pretensão cientificista do direito e do magistrado não parece encontrar respaldo. O direito é um saber social elaborado pelo homem e para o homem e, por isso mesmo, é impossível entender a concepção normativa da lei dissociada da realidade psicológica de quem interpreta a norma.

Consequentemente, não há se falar em neutralidade do julgador, pois, quando o juiz visualiza pela primeira vez o acusado, inevitavelmente fará um juízo moral íntimo acerca do estilo de vida do réu e esse conceito moral acaba por influenciar a culpabilidade penal antes mesmo de qualquer ato instrutório. Não se pode ignorar essa valoração, pois, na maior parte das vezes, é feita de maneira involuntária, um atributo do humano ¹⁰⁴. O que não se pode permitir é que o processo penal se transforme em um instrumento de confirmação de hipóteses iniciais, mesmo que inconscientes, porque isso significa uma estrutura processual penal que acaba autorizando e reproduzindo a seletividade que demarca o próprio trabalho policial, por exemplo. Essa é uma preocupação marcante da obra de Khaled.

A ponderação é muito relevante, porque o resultado da admissão de um procedimento ignorante dessas pré-concepções é a continuidade de uma história de

¹⁰¹ Ibid. p. 445.

¹⁰² Ibid. p. 411-412.

¹⁰³ Ibid. p. 447.

¹⁰⁴ Ibid. p. 467.

perseguição e destruição do outro, pois esse outro lhe é diferente ou lhe parece ameaçador, como ocorre, v. g., com a população negra e pobre, historicamente relegada e objeto de desprezo por parte das classes mais favorecidas, consoante notado por Vera Malaguti¹⁰⁵.

Em outras palavras, as predefinições do julgador a respeito de um indivíduo negro, pobre, subalfabetizado, ou de alguém cuja visão de mundo lhe desagrade vão direcioná-lo a prospectar quaisquer elementos de convicção para justificar a punição daquele indivíduo que, muitas vezes, se assemelha àquele envolvido em um crime violento contra o próprio órgão julgador, por exemplo¹⁰⁶.

Dentro dessa perspectiva, a análise processual que deveria ser complexa passa a se dualizar, converte-se no trabalho das pessoas “de bem” contra alegados malfeitores. Diante disso, questiona-se se a imparcialidade estará resguardada em um julgador que pensa que está combatendo o “mal”. Ao que parece, esse pensamento não é compatível com as garantias processuais emanadas da Constituição de que se falou há pouco. Não existe efetiva presunção de inocência nessa atuação.

Perceba-se que uma magistratura ativista e engajada nas soluções para a criminalidade dificilmente estará apta a conseguir o distanciamento necessário do objeto do processo. Exercício esse imprescindível para que tenha consciência de suas inclinações íntimas perante o réu e logre a tarefa de recolocação como sujeito processual qualificado a cumprir sua função constitucional, conforme mencionado por Khaled.

A título de enriquecimento, é necessário mencionar que o protagonismo judicial no processo penal acarreta, resumidamente, a naturalização do uso da força estatal para se fazer prevalecer certa visão de mundo em detrimento de outras. Na contemporaneidade, pode-se observar que, a mira do estado policialesco amplia sua incidência para atingir outros estratos sociais além de seus alvos habituais – população negra de baixa renda. O ativismo penal, em vez de ser coibido pelas garantias erigidas em 1988, amplia seu espectro de incidência.

¹⁰⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit., nota 37.

¹⁰⁶ Nesse sentido, Rubens Casara: “não se pode, portanto, descartar a hipótese de que as diversas manifestações durante a persecução penal em juízo são, em grande parte, verdadeiros sintomas desse saber inconsciente. A rigor, as manifestações do juiz, tal qual como o sintoma psíquico, são dotadas de um sentido manifesto, o que permite uma fundamentação compatível com o ordenamento jurídico, mas também possuem um sentido latente, da ordem do particular [...]”.

“Ao trabalharem a partir da crença de escolhas racionais, sem a influência de fatores estranhos aos seus controles conscientes, os atores jurídicos, em atitude solipsista, negam o saber inconsistente (simbólico). De igual sorte, ignoram que o inconsciente revela um saber que, em grande parte, escapa do eu da consciência. Trata-se de saber que não se domina, mas que irrompe nas manifestações e decisões judiciais, nas sempre presentes brechas da razão; saber constituído de ‘símbolos e significações que determinam o sujeito a sua revelia, permitindo-lhe referir-se a ele, consciente e inconscientemente, ao exercer sua faculdade de simbolização.”

CASARA, op. cit. p. 101, 109-110.

Diante dessas constatações, investiga-se como se modelar um comportamento adequado de atuação judicial a fim de permitir um julgamento segundo o sistema acusatório, democrático e constitucional.

Quanto a isso, Salah Khaled¹⁰⁷ menciona quatro concepções acerca da atividade probatória e aponta a que mais se coaduna com um processo penal democrático. São formas de instrução que definem o sentido da atividade probatória. Khaled Jr.as intitula como: demonstração da verdade, fixação formal dos fatos, retórica argumentativa e captura psíquica do juiz.

A primeira, demonstração da verdade, é a clássica, que visa investigar a verdade material, típica das atividades inquisitoriais. O autor explica que “é em torno dessa concepção de atividade probatória que se sustenta o modelo de verdade correspondente nas formas real, material e substancial”, concepção ligada ao paradigma inquisitorial e à cientificidade positivista. Ora, essa forma de instrução delega aos magistrados amplos poderes na produção das provas e maximiza a possibilidade de decisões arbitrárias – o que Khaled Jr.chama de decisionismo – uma vez que não permite que seja corrigido o caráter alucinatório das evidências¹⁰⁸.

A segunda, fixação formal dos fatos, é a teoria que pode ser chamada de formal. Essa se conformaria com a fixação de um resultado convencional para a questão posta a julgamento. Este, nessa acepção, prescindiria de uma correspondência com os fatos. Ao contrário da teoria anterior, nesse modelo o juiz e as partes estão adstritos a formulações legais específicas. Dentro desse escopo, admite-se que, na atividade probatória, pode não existir uma relação com o passado, uma vez que, mais importante que permitir a perseguição da verdade, é criar severos regramentos de modo a coibir as mazelas originadas dessa liberdade. Nas palavras do autor¹⁰⁹:

Esse caminho poderia conduzir à expulsão por completo da verdade do sistema, o que certamente se mostraria conducente a produzir enormes danos ao acusado, já que a condenação não precisaria estar fundamentada em rastros analógicos do passado, pois seria aceitável que assim o fosse de acordo com o critério de verdade formal.

Ambos os extremos não correspondem àquilo que demanda o processo penal pautado em bases democráticas, pois desprezam a função das partes e ignoraram que o juiz é o destinatário das provas e que deve ser convencido dentro de determinados parâmetros legais:

¹⁰⁷ Ibid. p. 336-354.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid. p. 343.

De um lado, ao ser assumida a concepção de atividade probatória voltada para a verdade material ou real, conseqüentemente se concedem poderes ao juiz para que a busque, potencializando o decisionismo; de outro lado, se a verdade é desconsiderada e a atividade probatória é vista como algo meramente formal admite-se que qualquer decisão é potencialmente válida, bastando o cumprimento de requisitos formais e independentemente de referência concreta ao evento escoado, o que também pode maximizar os espaços do decisionismo [...] ¹¹⁰

A terceira forma de apresentação da atividade probatória citada por Salah Khaled, retórica argumentativa, respeita às concepções semióticas ou narrativistas que dissipam as noções “de prova e de verdade na ideia de argumentação” ¹¹¹.

Nessa teoria, a exemplo do que ocorre na teoria formal da produção probatória, há uma inversão quanto à finalidade do instrumento, uma vez que a atividade probatória resume-se ao jogo de argumentação, cuja única pretensão é vencer o debate. Haveria também um desprezo pelo resgate dos rastros de evento fático. Em suma, seria uma retórica vazia. O autor explica que a argumentação é inerente ao processual, mas tem que estar respaldada nas provas. Uma noção que, segundo ele, remonta a Aristóteles. Do contrário, a teoria é mais uma “legitimadora do decisionismo” ¹¹², uma vez que “a narratividade não pode prescindir por completo da concretude do real que já foi; a exigência de referencialidade empírica do processo não pode permiti-lo, pois é necessário que o juiz motive a sentença condenatória a partir de rastros do passado [...]” ¹¹³.

Por fim, a mais acertada para o sistema processual brasileiro, segundo o autor, é a teoria da captura psíquica, que visa constituir um acervo probatório idôneo com o intuito de convencer o magistrado. Salah Khaled Jr.a sintetiza como “a perspectiva da atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz ou do Tribunal, a respeito da veracidade ou falsidade dos fatos” ¹¹⁴.

¹¹⁰ Ibid. p. 344.

No mesmo sentido Lenio Streck faz contundente crítica:

[...] Também dia desses ouvi um jurista com esse perfil dizer em palestra, vestido a rigor: “não há verdades; tudo é relativo; a verdade é a verdade da justiça” — e todos aplaudiram. Para começar, o autor é um mentiroso confesso, porque se não há verdades, o que ele acabou de dizer também não é verdadeiro. O que está por trás desse tipo de afirmação? Simples: é que, por não existirem verdades, tudo pode ser dito. Tudo é narrativa. Logo, a prova judicial será uma narrativa. Crença. Ou probabilismo. E será verdadeiro aquilo que a vontade de poder dirá. Um neohumptydumptysmo (Alice Através do Espelho), em que o intérprete dá às palavras o sentido que quer. [...]

V. STRECK, Lenio Luiz. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de janeiro de 2018, 8h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-18/senso-incomum-lavajatolatria-carnaval-habeas-corporis-gilmar>>. Acesso em: 18 jan.2018.

¹¹¹ Ibid. p. 344.

¹¹² Ibid. p. 344-347.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid. p. 351.

Essa concepção prestigia a atuação das partes na instrução e no convencimento do juiz. O autor pondera que essa forma de desenvolver a atividade probatória não despreza totalmente as definições anteriores, mesmo porque não se pode prescindir por completo da verdade pois há uma necessidade de se referenciar o fato passado. O juiz, nessa perspectiva, em vez de ser o principal ator na busca da prova, é o principal destinatário dela e terá de ser convencido de que determinado elemento constitui um rastro do evento passado¹¹⁵.

Os parâmetros para que essa forma de instrução se desenvolva adequadamente, como se tem defendido neste trabalho, são as garantias constitucionais. Conseqüentemente, é essa forma defendida por Khaled Jr. que mais atende à função constitucional do magistrado em um processo penal democrático. Em última análise, a busca da prova a fim de reconstituir os rastros do passado, segundo o autor, deve ser protagonizada pelas partes, o que reposiciona o juiz, que deixa de exercer esse papel para tomar assento mais apropriado: o de destinatário e avaliador dessa instrução. Khaled, com sua teoria, também esvazia justificadamente qualquer pretensão de ativismo judicial na seara criminal.

Entrementes, é salutar mencionar um ponto de contato existente entre a preocupação de se tecer parâmetros seguros para a instrução criminal e a questão das pós-verdades, uma vez que essa definição é útil para se compreender e cotejar teorias contemporâneas que visam restabelecer ou permanecer o protagonismo judicial na crença de elucidação da verdade real.

Segundo a definição do dicionário Oxford, “pós-verdade” é um termo é entendido como um substantivo “que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais”¹¹⁶.

Como se pode inferir, em um mundo carente de referenciais, fatos objetivos retirados de seu contexto de significação podem ser apropriados por um emissor de forma a realizar um recorte no qual tais fatos podem ser ressignificados em contextos muitas vezes diametralmente opostos a seu conteúdo original.

Volvendo a observação para o âmbito processual penal, o que se busca evitar, como dito, é que magistrado, antes da instrução, esteja pleno de certeza acerca de um fato e crente

¹¹⁵ Ibid. 353-354.

¹¹⁶ *Post-truth: Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief.* Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>. Acesso em: 18 jan.2018.

V. <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98p%C3%B3s-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>>. Acesso em: 18 jan.2018.

que seu único dever é extrair a prova do acusado. Essa forma de pensamento circunscreve-se às pré-concepções do julgador já mencionadas. Segundo Lenio Streck¹¹⁷ “o jurista funciona como o novo tipo-ideal do Direito: aponta o culpado e depois sai buscando narrativas (pós-verdades) para cobrir o *gap* entre o fato e a versão construída finalisticamente [...]”.

Sob a perspectiva da pós-verdade processual, pode-se defender qualquer coisa e se chegar a qualquer resultado judicial, uma vez que os fatos apresentados ao juízo podem ser ressignificados de seu contexto original para se amoldarem às pré-concepções do indivíduo que julga.

Uma característica nociva das pós-verdades, segundo Streck, é que essas narrativas se transformam em verdades incontestáveis e autoevidentes. Nesse sentido, com muita facilidade, o juiz pode acabar intoxicado por qualquer simulacro de prova que o enrede emocionalmente.

O resultado é um conveniente afastamento das garantias processuais e do desprezo da legalidade em prol do “bem maior”, o que não é compatível com um sistema democrático em que o cidadão sabe de antemão as regras do jogo. Jogo esse no qual ele, parte mais fraca da relação processual penal, é consciente que não vai enfrentar o poder punitivo em patamar de igualdade. Nas palavras do próprio Lenio Streck¹¹⁸:

[...] No neomimaginário que se instaurou, algumas autoridades acham que o Direito é um caminho longo demais e que as garantias só atrapalham. (...) E todos são culpados até prova em contrário. Quer dizer, por vezes, nem isso adianta. Tempos de pós-verdades. Pós-verdade é como fake news. Ora, crime é coisa ruim. Todos somos contra a corrupção, tráfico de drogas, assaltos... Quem seria a favor, a não ser os criminosos? Só que, em qualquer democracia, crime se combate a partir da lei. Inclusive com concessão de HC.[...]

Objetivando solucionar o descompasso dos “relativismos da modernidade” como esse que se acaba de mencionar, inevitável invocar a contribuição de Michele Taruffo¹¹⁹. Nesse autor, percebe-se a expressa desaprovação da possibilidade de influência da questão da pós-verdade na seara processual. Em outras palavras, Taruffo pretende tecer parâmetros seguros para evitar que o magistrado seja influenciado por provas que não correspondam aos fatos. Todavia, diferentemente da noção de Salah Khaled, Taruffo propõe uma reconciliação com busca da verdade e com a liberdade instrutória do magistrado.

¹¹⁷ STRECK, op. cit.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 51 e ss.

2.3. Verdade e sua relação com a instrução processual: a visão epistêmica do processo segundo Michele Taruffo.

Para o autor, a pós-modernidade desconstruiu as *Grand Narratives* (v.g. História, Progresso, Razão, Verdade...), o que resultou em uma tendência de se aceitar quaisquer histórias e quaisquer verdades. Taruffo demonstra preocupação no que concerne à aplicação dessa lógica dentro do processo. Explica que é natural que no processo coexistam várias narrativas, como se autor e réu contassem versões distintas e que a contribuição das testemunhas também trouxesse outras perspectivas. Contudo, nessa multiplicidade de versões, residiria um perigo de variabilidade e imprecisão, dando-se margem a manipulações na reconstrução dos fatos. Em suas palavras¹²⁰:

[...] um processo não inclui somente uma narrativa ou story-telling: é, ao invés disso, uma situação complexa, em que várias histórias são construídas e contadas por sujeitos diferentes. Perigos de erro, de incompletude, de manipulações e de reconstruções incorretas dos fatos são particularmente frequentes e sérios, podendo levar a equívocos dramáticos e a erros substanciais na decisão final da controvérsia.

O autor tece críticas a conceitos aproximativos comumente usados nos ritos processuais – como “verossimilhança” – dada à falta de precisão desses termos. Para ele, verossimilhança não é o mesmo que verdade, pois nem tudo que o parece ser é. Por mais coerente que uma narrativa seja, há possibilidade de que não corresponda à verdade¹²¹. Assim, defende que esses conceitos pouco objetivos, no que concerne à verdade processual, devam ser evitados.

Nesse sentido, Taruffo se mostra contrário às teses que admitem uma verdade processualmente válida, uma vez que as decisões judiciais daí originadas se prestariam apenas a por fim às controvérsias, independentemente de se chegar à verdade ou de se fazer justiça. Para ele, uma decisão judicial somente tem qualidade se o processo que a originou se pautou na busca da verdade dos fatos. Por mais que as *Grand Narratives* estejam relativizadas, Taruffo defende a existência de uma verdade externa empiricamente aferível e objetivamente considerada. Além disso, pontua que, diferentemente de textos literários – em que a verdade é variável de acordo com o mundo em que se passa – no processo o que deve ser pretendido e alcançado é a verdade empírica¹²²:

¹²⁰ Ibid. p. 54-55.

¹²¹ Ibid. p. 56-57.

¹²² Ibid. p. 59, 96 e ss.

De fato, mesmo sem compartilhar as teses ontologicamente realistas, é possível imaginar que exista uma verdade racionalmente cognoscível e demonstrável. Trata-se da concepção epistêmica da verdade [...]. Resta claro, de fato, que não obstante as dificuldades teóricas e variedades de orientações, a verdade é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma¹²³.

Apoiado nessas considerações, que são, basicamente, uma reestruturação da noção de verdade objetivamente considerada em contraposição ao relativismo consistente na crença da verdade variável, o autor sustenta um processo dotado de instrumentos que lhe confirmam maior segurança e resultados consentâneos com a realidade.

A fim de conferir supedâneo a sua tese, Taruffo aponta vicissitudes em procedimentos desenvolvidos sob o formato *adversary system*, caracterizados pela primazia na atuação das partes, que ficam incumbidas da produção das provas. Taruffo observa na referida forma influências de valores individualistas. Nesse panorama, o processo apresenta-se como uma competição em que se sagra vencedor não aquele que detém a razão sobre o objeto da celeuma, mas o melhor oponente, estando esse respaldado pela verdade ou não. Desse modo, “isso faz com que o conteúdo daquilo que é decidido e a qualidade da decisão não tenham qualquer relevância autônoma; interessa somente o fato de que a controvérsia tenha sido resolvida através do confronto entre as partes”¹²⁴. Acrescenta ele que o processo *adversary* tem pouca eficiência, pois é custoso, complexo e pouco previsível.

O autor ironiza o fato de este modelo ser tão defendido como um exemplo de processo em que as partes estão em destaque na busca dos seus direitos, o que seria defendido como a melhor maneira de se chegar à verdade. Para Michele Taruffo, como dito, trata-se de um método de bases imperialistas em que o individualismo se sobressai e, que, por prestigiar uma igualdade meramente formal, acaba premiando aquele que tem mais recursos, principalmente econômicos, para enfrentar o embate processual.

Além disso, nesse modelo, o autor assevera que as partes apresentam convenientemente apenas o que lhes aproveita, sem nenhum compromisso com o esclarecimento do ocorrido no mundo dos fatos¹²⁵.

Para Taruffo, essa visão é flagrantemente equivocada. Para ele, a finalidade maior do processo não é servir de validação a interesses particulares, mas, precipuamente, “apurar a

¹²³ Ibid. p. 101-102.

¹²⁴ Ibid. p. 132-133.

¹²⁵ Ibid. p. 134 e ss.

existência de uma situação juridicamente qualificada”. Mais do que isso, perfilhando Ferrajoli, Taruffo sustenta a função de garantia da jurisdição inerente à legalidade estrita e à teoria da democracia¹²⁶. Segundo essa lógica, é impreterível que as decisões sejam pautadas pelo direito, ou seja, pela correta aplicação da lei, o que demanda que se conheça realmente das circunstâncias do caso do concreto. Segundo ele, não se pode pretender observar a legalidade com meros formalismos processuais legitimadores do melhor competidor:

O que importa frisar é que uma condição necessária para que haja correção jurídica na decisão é que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa. [...] a veracidade da apuração dos fatos é um requisito essencial da legalidade da decisão. [...] nenhuma norma é aplicada de maneira correta a fatos errados. (...).¹²⁷

Em prosseguimento, explica o autor que um processo somente é justo quando “são postas em prática todas as garantias processuais fundamentais” e se faça com que nesse processo se “obtenham decisões justas”¹²⁸. Logo, é ineficaz e injusto o processo que, malgrado observe as garantias processuais, produza uma decisão injusta. Como outrora mencionado, a decisão em Taruffo é justa se fundada em uma apuração verdadeira dos fatos da causa.

O autor tampouco concebe um processo que resulte uma decisão justa em que o juiz não seja ativo na busca da verdade.

Como não poderia deixar de ser, Michele Taruffo identifica na imparcialidade um valor fundamental de um processo em que se pretenda gerar uma decisão justa. Todavia, realiza uma vinculação peculiar. O autor atrela a imparcialidade à busca da verdade. Segundo Taruffo, a imparcialidade não se contenta com a observância de normas que impedem a atuação do juiz, como as suspeições e os impedimentos processuais. A imparcialidade, na sua concepção, demanda a atuação positiva do magistrado na busca da verdade. Ser imparcial, na concepção do autor, significa estar despido de interesse pessoal na causa, despido dos próprios pré-julgamentos ou de qualquer relação com as partes¹²⁹. Em suas palavras “o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela

¹²⁶ Ibid. p. 139.

¹²⁷ Ibid. p. 139-140.

¹²⁸ O autor agrupa em três as condições para se obter justiça nas decisões judiciais: “a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que – conforme visto há pouco – não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que – como também se disse – nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.” Ibid. p. 140-142.

¹²⁹ Ibid. p. 144.

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”¹³⁰.

Taruffo¹³¹ comenta que há aqueles que defendem que o fundamento da noção de imparcialidade do julgador residiria na mesma concepção norteadora do *adversary system*, no qual as partes atuam na produção probatória e o juiz se mantém equidistante, unicamente com a função de julgar o produto do trabalho dos sujeitos parciais do processo. Essa engenharia processual é criticada pelo autor, conforme demonstrado acima. Por outro lado, Taruffo constrói sua tese segundo a qual a imparcialidade somente tem lugar quando o magistrado é ativo na instrução e, assim, trabalha para preservá-la. O autor tenta conciliar a dicotomia apresentada ao explicar que nem sempre o juiz terá de exercer seus poderes instrutórios para garantir a imparcialidade, mas não deve ser proibido de fazê-lo, visto que, na maior parte das vezes, os sujeitos parciais da causa não se empenham nessa busca da verdade, mas usam a instrução para alcançarem a vitória em seus pleitos. Tanto a tese da função epistêmica do processo cunhada por Taruffo quanto as formas de instrução que ele critica partem da noção de imparcialidade do julgador, embora perpassem orientações diferentes para defender esse princípio.

Dentro desse panorama, o autor concebe uma “dimensão epistêmica do processo”, em que defende um procedimento erigido em bases científicas. A função epistêmica do processo é definida pelo autor como “um conjunto estruturado de atividades com o fim de obter elementos de conhecimento verídicos sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia”¹³².

Por certo, Taruffo não ignora as ideologias que influenciam as escolhas legislativas e judiciais na seara processual. Não há como se excluir, totalmente, as ideologias do processo, reconhece, mas, para ele, há que se filtrar aquelas que podem relativizar a sua função epistêmica, ponderando sempre que o que se afasta da perquirição da verdade dos fatos é contraepistêmico e deve ser muito bem justificado ao se permitir flexibilizar esse escopo¹³³.

Abstrair essa função processual de busca da verdade significaria dar margem a verdades subjetivas, tantas quantas fossem as pretensões dos sujeitos envolvidos ou tantos quantos fossem os contextos em que se originaram e permitir o malfadado processo em que

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid. p. 159 e ss.

¹³³ Ibid. p. 161-162.

vence o individualismo, unicamente pela superioridade de recursos e não pela justiça do procedimento ou da decisão.

Diante disso, Taruffo reprova valores que são óbices à busca da verdade, como os de natureza econômica, por exemplo. Por isso, critica ordenamentos em que há limitação prévia da admissibilidade de certos meios de provas em determinadas circunstâncias – como, por exemplo, casos de parentesco, sigilo ou provas qualificadas. Para o autor, é corolário de um processo justo, que se pauta na busca da verdade, a ampla liberdade em matéria probatória. O critério a ser utilizado nessa análise seria o da relevância casuística da prova, jamais o da pré-seleção legislativa da admissibilidade ou não de determinado meio de prova. Caso contrário, segundo defende, haveria o risco de se afastar informações cruciais para o processo. Limitações, *a priori*, são contraepistêmicas e atrapalham a perquirição da verdade, melhor seria definir critérios de confiabilidade, sustenta¹³⁴.

Pelos mesmos fundamentos, Taruffo é cético quanto à inquirição direta das testemunhas pelas partes – a *cross-examination*. Na visão do autor, esse protagonismo das partes é também decorrente de valores individualistas em que se busca vencer e não se realizar a justiça – caracterizada pela descoberta da verdade¹³⁵. O individualismo processual não se coadunaria com a perquirição da verdade. Apenas o magistrado, ente distante do caso, teria condições de elucidar os fatos. O autor insiste na noção de que “quem deve apurar a verdade de um fato deve desenvolver uma busca autônoma e independente, com o objetivo de colher todas as informações que possam ser úteis para tal apuração”¹³⁶. A busca da verdade é centrada no juiz. Segundo o autor, não se trataria de uma atuação desmedida e ilimitada do magistrado, pois esse acabaria contido pela prévia atividade instrutória das partes.

Dito de outro modo, a concepção epistêmica do processo de Taruffo defende a liberdade do julgador na instrução. O autor sustenta que o magistrado é o ator mais adequado e preparado nessa tarefa, visto que não tem interesse no deslinde da controvérsia como o têm as partes. Deixa claro, no entanto, que sua tese não significa atribuição de poder desmedido e

¹³⁴ Ibid. p. 168-180.

¹³⁵ Sua posição fica evidente nas seguintes passagens: “A prática da *cross-examination* presta-se a abusos e a repressões de todos os tipos que encontram espaço no “*mental duel*” e no “*genuine combat*” que se desenvolve entre o advogado e a testemunha”; “[...] no sistema da inquirição cruzada emerge dos fatos somente o que (e nada mais do que) as partes querem”; “No modelo baseado no juiz faltam ou são reduzidos os efeitos positivos de uma participação ativa das partes, não obstante o fato de que a produção das provas sob o controle do juiz responde melhor às exigências de uma perquirição racional e desinteressada. No modelo baseado na inquirição cruzada, pelo contrário, falta a função de controle e de perquirição objetiva que deveria ser desenvolvida pelo juiz”. Ibid. p. 187.

¹³⁶ Ibid. p. 182-183.

ilimitado para o julgador atuar de maneira arbitrária. Na verdade, o espectro de atuação do juiz na instrução seria balizado pelas próprias partes.

Vê-se que sua tese choca-se com os parâmetros processuais penais asseverados por Salah Khaled Jr.e outros autores, que rechaçam a proatividade judicial porque o indivíduo-juiz, ao desempenhar sua função sem contenções constitucionais, não seria capaz de diferenciar suas idiossincrasias da suposta neutralidade originada da busca da verdade real.

Quanto a isso, algumas considerações devem ser feitas.

A primeira delas é que, muito embora Taruffo tenha argumentos perspicazes e convenientes para embasar sua posição, é certo que sua teoria tem um viés civilista predominante, o que, por si só, é suficiente para que sua colocação em um trabalho eminentemente processual penal seja mais cautelosa.

Como visto, o autor enfatiza que as partes são descompromissadas com o resultado justo do processo, razão pela qual o protagonismo judicial na condução da instrução e na efetiva produção probatória estaria justificado. Ora, mesmo na ritualística processual civil não é dado ao juiz, indiscriminadamente, prover toda a instrução na eventual disfunção das partes. Ao contrário, o Código de Processo Civil brasileiro fomenta a participação dos sujeitos parciais e exige deles boa-fé na conduta endoprocessual¹³⁷.

O que se está a dizer, em última análise, é que, nem mesmo no processo civil, em que é mais corente se falar em compromisso das partes com a lisura do procedimento, foi delegado ao magistrado a concentração da instrução em torno de si. De fato, o Código de Processo Civil confere uma atuação diligente do juiz na determinação das provas pertinentes ao deslinde da controvérsia, mas muito mais para lhe demandar uma função fiscalizatória que instrutória, propriamente.

¹³⁷ Art. 5o Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 373. (...)§ 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2o A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3o A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes [...].

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

Sem dúvidas, em muito a teoria de Taruffo aproveita ao objetivo deste arrazoado, pois identifica deficiências processuais contemporâneas que afetam tanto processo civil quanto processo penal. Todavia, nem sempre a solução cunhada para um ramo será aplicável ao outro e nem sempre a solução adequada a determinado sistema processual também o será para um terceiro, como já se mencionou.

O processo penal, em especial o processo penal brasileiro, apresenta peculiaridades que não podem ser desprezadas, por isso, tampouco se amolda a toda e qualquer teoria processual.

Além disso, por mais que Taruffo pretenda inovar em sua tese, uma permissão a ampla atuação judicial na busca da verdade constitui um retorno a um passado já superado. Ainda que as deficiências processuais por ele apontadas maculem as respectivas decisões, o simples retorno à busca da verdade pelo magistrado, acreditando-se ingenuamente que as partes delimitarão sua atuação, não parece uma solução adequada tendo em vista o que se conhece do instituto da verdade material no processo penal. Demais disso, Michele Taruffo não explicita claramente de que modo o juiz estará adstrito à produção probatória das partes de forma que não se exceda no seu mister persecutório. Se nem mesmo as garantias constitucionais podem ser suficientemente eficazes nesse intento, não se vislumbra como os sujeitos parciais poderiam ser. Ademais, a proposição carece de sentido ao se considerar que não parece ser possível perseguir a verdade livremente, ao mesmo tempo em que se é contido pelas partes do processo.

Um retorno às lições de Salah Khaled Jr. se mostra oportuno. Para Khaled Jr.,¹³⁸ o que Taruffo propõe nada mais é que o “ideal de racionalidade moderno, de um sujeito racional que, assumindo postura ativa em busca da verdade, é capaz de alcançá-la”. Aduz que a incerteza processual não pode ser suprida com o proceder ativo do magistrado, o que o fará incidir nos desvios já mencionados.

Para Salah Khaled Jr., além das deficiências já relatadas, a busca da verdade se mostra inviável, sobretudo, porque se resume a um conhecimento de características míticas. O prestígio a rituais altamente solenes – que por emanarem uma aura sacra, eleva o magistrado a uma condição de superioridade inquestionável – é um exemplo que ilustra bem essa característica mítica. Outro traço disso é a ocultação de sua gênese, diz Khaled Jr. Embora a verdade real seja exaltada como um valor informativo do processo penal, não se

¹³⁸ KHALED JUNIOR, op. cit. p. 431

questiona o fato dela ter forte vinculação com a inquisição e com regimes autoritários¹³⁹. Nesse sentido diz o autor que:

Temos que levar em consideração que o núcleo genético de inspiração de busca da verdade é em si mesmo perpassado pela religião; tais características não foram fundamentalmente postas em questão com a laicização, que, como vimos, refundou o ideal de persecução a partir da assunção de premissas científicas de revelação da verdade¹⁴⁰. [...]

Khaled Jr. pondera que, por tratar-se de um mito, a busca da verdade é muito conveniente à manutenção do poder, pois a utilização da forma mítica para domínio das massas remonta à Grécia antiga. Identificando raízes na filosofia antiga, Khaled¹⁴¹ explica que o próprio Aristóteles acreditava que “a maioria dos homens, dominada pelas paixões e pela ignorância só pode ser mantida sob controle em nome da religião ou dos mitos introduzidos pelos homens sábios.” O autor identifica nessa assertiva “uma relação embrionária entre o mito e o poder, entre o mito e a manutenção da ordem, entre o mito e um determinado modelo de sociedade.” E dessa relação emana a conspurcação que o Estado Democrático de Direito rechaça, que é a ligação entre o mito de busca da verdade e os poderes autoritários e manipuladores. A utópica busca da verdade sobrevive, desse modo, para legitimar o autoritarismo¹⁴².

Segundo Khaled Jr., o mito remanesce, mesmo que inconscientemente, como um instrumento de poder muito proveitoso na sociedade ocidental. Para o autor, o mito da busca da verdade real continua em voga porque “através de constantes deslocamentos de sentido, é capaz de se atualizar”. Nesse ponto, percebe-se como sua tese confronta a de Taruffo. A ambição de verdade inquisitória refunda-se por meio de disfarces consistentes em novas nomenclaturas como “formal” e “aproximativa”. Como mito que é, a pretensão de busca da verdade utiliza-se de meios sub-reptícios para se readaptar e ser aceita de forma otimista. O discurso inquisitório renova-se, perpetua-se e prossegue legitimando pensamentos antidemocráticos:

É dessa forma que através do mito podemos ter a continuidade da busca da verdade inquisitorial, renovada pela falácia do sistema misto e através da insuficiente matização desse núcleo de persecução, a continuada reiteração de um modelo excludente de processo penal, em que o acusado acaba reduzido a objeto. Por mais

¹³⁹ Ibid. p. 433-434.

¹⁴⁰ Ibid. p. 445

¹⁴¹ Ibid. p. 435 e ss.

¹⁴² Ibid.

que mude, no seu núcleo, o mito da busca da verdade correspondente permanece essencialmente o mesmo¹⁴³.

O autor explica que a tradição inquisitória, cujo componente aqui trabalhado é a busca da verdade, encontra-se enraizada na cultura jurídica. Por isso, Khaled Jr.¹⁴⁴ diz que “alguns operadores do direito apenas reproduzem de forma inconsciente os princípios inquisitórios, caracterizando o verdadeiro sonambulismo jurídico, cujo livro sagrado é o próprio CPP varguista”.

Dentro desse viés, verifica-se que a aspiração da racionalidade da teoria de busca da verdade de Taruffo não se sustenta, uma vez que, como bem elucidado por Khaled, por mais neutra, racional e positiva que possa parecer, na verdade, é a mesma ambição inquisitorial travestida de aprimoramento jurídico.

Em última análise, o que se quer evitar é a recaída em subjetivismos. Como já se disse, a crença na busca da verdade é terreno fértil à vazão dos pré-julgamentos e da utilização velada da íntima convicção nas decisões judiciais. Atribuir ao magistrado a função de descoberta da verdade propicia a coisificação do sujeito e uma alteração no objeto do processo penal que passa a punir o indivíduo não necessariamente pelo que ele fez, mas sim pelo que ele é.

Ademais, Taruffo critica o subjetivismo das partes dentro da ótica processual do *adversary system* de matriz norte americana, mas não considera que um suposto subjetivismo excessivo das partes pode ser modulado pela presença de um juiz imparcial, enquanto um voluntarismo advindo de um julgador ativista, ainda que bem intencionado, acaba por não ter freios e contrapesos na medida em que as partes não dispõem dos meios de controlar o juízo que apresenta o poder punitivo estatal. Por outro lado, o juiz garantista possui os meios para controlar os excessos dos outros sujeitos processuais. Ou seja, acusação e defesa agem sob a supervisão do juízo, mas o juiz, quando ativista, não age sob supervisão das partes. Essa falha mecânica de controle não é compatível com a democracia.

A concepção garantista como teoria que visa mitigar as arbitrariedades estatais não é ilidida pela simples verdade defendida por Michele Taruffo. A teoria de Ferrajoli¹⁴⁵ já previa a impossibilidade de alcançar a verdade e a necessidade de contenção do julgador. É

¹⁴³ Ibid. p. 440.

¹⁴⁴ Ibid. p. 442.

¹⁴⁵ FERRAJOLI apud SOUZA, João Fiorilli de. Revisitando a verdade no Processo Penal a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 14 n. 103 Jun./Set. 2012 p. 477 a 494. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/101/93>>. Acesso em: abr. 2017.

prejudicial ao sistema processual penal a aproximação dos critérios penais à moral dos sujeitos – e isso é particularmente viável para o juiz incumbido de buscar a verdade, uma vez que, sem as contenções, irrompe no processo sua opinião particular. É igualmente nociva a não observância dos parâmetros legais traçados para a persecução penal. Dentro desses parâmetros, está a contenção da atuação do juiz, que, em último grau, é a contenção do próprio poder estatal.

A relevância das considerações colacionadas até então se evidenciará no capítulo seguinte, em que se aborda a relação direta do magistrado com o réu no processo penal. O momento do interrogatório do réu é uma pedra de toque dos tipos abstratos de conduta do juiz discutidos até então, por duas razões. Primeiro, porque é um ato de extrema importância para a defesa, em muitos casos o ato mais importante. Segundo, porque se trata de um momento em que o contato próximo do julgador com o acusado pode gerar uma séria intoxicação do procedimento por meio de quaisquer subjetivismos do magistrado. Dessa forma, a conduta do juiz nesse momento é reveladora de sua posição perante o processo penal.

3. INTERROGATÓRIO E DIREITO DE FALA. O MOMENTO DE EXERCÍCIO DE AUTODEFESA VISTO ERRÔNEAMENTE COMO INSTRUMENTO FACILITADOR DO RESULTADO DO PROCESSO

Malgrado os avanços legislativos obtidos na seara processual penal, pode-se afirmar que práticas inquisitoriais permanecem arraigadas na praxe forense. Esse capítulo pretende discorrer acerca do modo como, até então, se realiza o interrogatório e sua adequação ao sistema constitucional vigente. O que se busca demonstrar é que a forma como o interrogatório é regulado pelo Código de Processo Penal e conduzido na prática forense é incompatível com a Constituição.

Como estudado nos capítulos anteriores, o juiz, encarregado das demandas de ordem e segurança pública e ainda crente no possível alcance da verdade real no processo penal, atua, conseqüentemente, de forma ativa nos procedimentos. A primeira e mais sensível manifestação disso é a transformação do interrogatório, típico momento para exercício da autodefesa, em meio de produção de prova para o juízo. Esse juiz tentará extrair a “verdade” do réu, procedendo em uma atualização dos pressupostos que fundam o sistema inquisitivo.

3.1. Natureza jurídica do interrogatório apontada pela doutrina e a necessidade de se entender o ato como meio de defesa.

Prosseguindo no estudo da relação do magistrado com o réu no processo penal, se faz necessário entender de que modo a doutrina vem trabalhando o momento da oitiva do réu. Para tanto é salutar colecionar excertos concernentes à natureza jurídica do interrogatório. Ainda que se tenha ambientado parte da discussão processual a partir dos anos 1940 com a edição do CPP, o cerne da análise é focado no pós 1988, dada à quebra de paradigma trazida pela Carta vigente.

Na busca de um norte para se definir a natureza jurídica do ato de interrogatório do réu, é possível agregar a discussão em duas grandes vertentes, não estanques, mas que, didaticamente, encerram valores preponderantes: interrogatório do acusado como mais um ato da instrução ou como meio de defesa.

Dentro do que já se trabalhou o que se espera é que as vertentes autoritárias não determinem as normas processuais e muito menos as regras atinentes ao ato em que o réu pode ter a palavra a fim de exercer sua autodefesa. Todavia, como dito, devido à cultura inquisitorial ainda presente, é certo que há relutância em se convencer de uma mudança de princípios nesse ato.

Quanto a isso, Irajá Pereira Messias¹⁴⁶, comentando a prova penal nos anos 2000, ou seja, depois de uma década da promulgação de 1988, identifica as mencionadas marcas. A invocação dessa obra é muito pertinente para demonstrar que passados mais de dez anos da edição das garantias individuais na seara processual, quase nenhuma delas haviam sido implementadas. A obra, datada do ano de 2001 é um recorte temporal perfeito da crítica doutrinária a esse déficit civilizatório.

Dizia o autor que a disciplina legal do interrogatório se mostrava colidente com os modernos conceitos atinentes ao tema. Identificava uma persistência do Judiciário, arraigado a costumes ultrapassados, na crença de que o interrogatório é ato privativo do juiz e que nele não caberia sequer interferência do defensor¹⁴⁷.

Na definição de Messias, o interrogatório, no início do novo milênio, ainda era visto como meio de se obter uma confissão do acusado. Para o autor, trata-se de um pensamento dos juízes, que persistem em uma noção equivocada do instituto. Acrescenta que o julgador que perfilha essa orientação se utiliza de mecanismos “visando a conduzir ou a enredar o réu, de forma a chegar a tal desiderato: a confissão do crime”¹⁴⁸. Messias pondera, outrossim, que, se o magistrado está convencido de que o ato do interrogatório se presta a extrair a confissão do acusado, vai atuar direcionado nesse sentido e satisfazer-se quando a condução do interrogatório corroborar a sua pré-concepção. Segundo sua própria redação, “o juiz com pensamento direcionado nesse único sentido e com esse propósito formula perguntas também direcionadas, com o que impede que o réu possa discorrer de forma livre, para relatar o que possa a vir a benefício de sua defesa”¹⁴⁹. Dessa forma, prossegue, o réu acabaria afastado completamente de sua própria defesa, não oportunizada.

Quanto a isso, abre-se parênteses para dizer que, passados quase vinte anos, embora a própria lei adjetiva tenha sido adaptada em alguns pontos para atender as diretrizes democráticas, as ponderações de Irajá Messias permanecem atuais.

¹⁴⁶ MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2001. p. 241 e ss.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 248.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 241 e ss.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 243.

Os indivíduos encarregados de prestar a jurisdição continuam tão enredados na tarefa de acabar com a criminalidade, bem como acríticos quanto à possibilidade de alcançar a verdade suprema, que permanecem atuando sob a lógica da inquisitória.

Volvendo ao exame da natureza jurídica do interrogatório, Irajá Messias¹⁵⁰ entende que esse momento processual não deixa de ser um ato de instrução, mas que não pode se afastar de sua função de ato de defesa. Segundo o autor o próprio Título VII do Código de Processo Penal “Da Prova”, em que inserido o regramento atinente à matéria, demonstra que o interrogatório é instrumento de prova, “sem contudo se despir de suas características de instrumento de defesa, até porque todo instrumento de prova carrega consigo um implícito elemento de defesa”¹⁵¹.

Renato Brasileiro de Lima¹⁵², por sua vez, menciona que o interrogatório é o momento em que o acusado exerce seu direito de defesa, “é a oportunidade que o acusado tem de se dirigir diretamente ao magistrado, para apresentar a versão da defesa acerca da imputação que recai sobre a sua pessoa, podendo, inclusive, indicar meios de prova”¹⁵³.

O autor compila a natureza jurídica do interrogatório em quatro correntes: a) meio de prova, b) meio de defesa, c) natureza mista e d) meio de defesa e, eventualmente, fonte de prova. Para Renato Brasileiro de Lima a primeira orientação – meio de prova – é típica de sistemas inquisitoriais em que o próprio acusado é objeto de prova. Nesse formato de interrogatório, o acusado é obrigado a responder às indagações do magistrado. Não há direito ao silêncio. Segundo o autor, o Código de Processo Penal, de viés inquisitorial, considera o interrogatório como meio de prova.

Considerar o interrogatório um meio de defesa – segunda orientação elencada por Brasileiro de Lima – é atender a determinação constitucional do art. 5º, LXIII. Para essa corrente, como a Constituição determina que o acusado não é obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante sem qualquer sanção, infere-se que o ato se qualifica como meio de defesa, ou seja, o acusado detém a liberdade de se manifestar à sua conveniência. O interrogatório é visto como um corolário de direito à autodefesa. O autor explica que “com a entrada em vigor da Lei nº 10.792/03, e, posteriormente, em virtude da reforma processual de 2008, esse entendimento ganhou reforço”, pois positivou no Código o caráter facultativo do comparecimento do acusado perante o Juiz, a obrigatoriedade de defesa

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid. p. 249.

¹⁵² LIMA, op. cit., p. 400 e ss.

¹⁵³ Ibid.

técnica durante o interrogatório, a impossibilidade de se usar contra o acusado o seu silêncio assim como o deslocamento do interrogatório para o último momento da instrução, o que permite conhecer todas as provas produzidas contra o réu antes de haver a faculdade do exercício da autodefesa.

A natureza mista identificada por Renato Brasileiro de Lima consiste no caráter preponderante de direito de defesa, mas pode ter um viés de meio de prova se o acusado aceitar responder aos questionamentos do julgador e esse usar das respostas para a formação do seu convencimento.

Por fim, a quarta orientação sistematizada pelo autor enuncia que o interrogatório seria meio de defesa e, eventualmente, fonte de prova. Nessa “quando o acusado opta por responder às perguntas formuladas, dando sua versão sobre os fatos, caberá ao juiz diligenciar sobre as fontes de prova por ele reveladas”¹⁵⁴.

Embora não o diga expressamente, Renato Brasileiro demonstra sua aderência à segunda orientação apresentada – interrogatório é um meio de defesa –, uma vez que ratifica que esse é o entendimento consentâneo à Constituição.

Tourinho Filho¹⁵⁵ defende sem hesitações que “a despeito de sua localização topográfica – no capítulo das provas – o interrogatório é meio de defesa”. Reforça que o momento de fala do réu ocorre ao final da instrução justamente para possibilitar o conhecimento acerca de tudo que se apurou em relação a ele. É assente quanto à livre escolha do acusado sobre o direito de manifestar-se ou de preferir permanecer em silêncio. Admite que o interrogatório pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova. Explica que o direito ao silêncio é corolário da não autoincriminação, razão pela qual não há nenhum sentido em considerá-lo como meio de prova. Admitir que o interrogatório se preste também a obtenção de prova significaria demandar que o acusado fornecesse elemento de prova. Logo, se o interrogatório fosse meio de prova, o acusado estaria obrigado a responder, sustenta.

Em orientação muito peculiar, Tourinho conquanto entenda que o magistrado deve atuar na busca da verdade, como visto no capítulo anterior, defende que o interrogatório é substancialmente meio de defesa.

Note-se que, o mesmo comentário sobre a incoerência verificada na pretensão de verdade da obra de Michele Taruffo, se aplica às considerações de Tourinho Filho. Como

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ TOURINHO FILHO, op. cit. p. 295 e ss.

visto este autor defende um magistrado proativo e capaz de perseguir a verdade, tendo em vista a necessidade de excesso de zelo nas causas criminais. Por outro lado, o próprio Tourinho sustenta que o réu não é obrigado a cooperar com o ato judicial do seu interrogatório. Logo, infere-se de suas lições que o direito constitucional ao silêncio sobrepõe-se ao ativismo judicial por ocasião da oitiva do réu.

Eugenio Pacelli¹⁵⁶, muito embora defenda que a fala do réu não deixou de ser meio de prova assim como são os demais atos defensivos, explica que o interrogatório foi “inicialmente concebido como um meio de prova no qual o acusado era unicamente mais um objeto da prova”, mas que, na “ordem atual, há de merecer nova leitura”. Seguindo essa linha que preconiza um remodelamento no ato de oitiva do acusado, Pacelli assevera que a conceituação do interrogatório se insere entre os meios de defesa mesmo que dele se extraia algum valor probatório. Reforça que comparecer e falar em audiência são opções do réu e de sua defesa técnica, não podendo ser o acusado compelido a tais atos, tampouco sofrer qualquer sanção em razão de sua não participação neles.

Guilherme de Souza Nucci¹⁵⁷ também elenca as quatro orientações mencionadas por Renato Brasileiro de Lima mas, ao contrário desse, filia-se à corrente que defende tratar-se o interrogatório de “meio de defesa, primordialmente; em segundo plano, de meio de prova”. Segundo Nucci, nitidamente o mencionado ato processual é meio de defesa, uma vez que o acusado sequer é obrigado a falar, pois resguardado constitucionalmente seu direito ao silêncio. Contudo, ressalta, caso o acusado dispense o seu direito de manter-se calado e opte por falar, “seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.”

Aury Lopes Junior¹⁵⁸ orienta-se pela necessidade de que o interrogatório seja balizado pela presunção de inocência, uma vez que se trata do principal meio de defesa e se presta a materializar o contraditório, já que viabiliza a participação ativa do sujeito que está sendo acusado. Todavia, refuta a dicotomia meio de prova x meio de defesa. No seu ponto de vista, embora o interrogatório não seja uma forma de produção probatória propriamente, pode acabar ensejando elemento de convicção:

De qualquer forma, é estéril aprofundar a discussão sobre a “natureza jurídica” do interrogatório [...]. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até

¹⁵⁶ PACELLI, op. cit. 199 e ss.

¹⁵⁷ NUCCI, op. cit. p. 444 e ss.

¹⁵⁸ LOPES JUNIOR, op. cit. p. 446 e ss.

porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o *sentire* judicial materializado na sentença.

Gustavo Badaró¹⁵⁹ menciona que não há consenso na doutrina acerca da natureza jurídica do interrogatório. Sustenta que o interrogatório é essencialmente ato de defesa, ainda que, acidentalmente, possa ser aproveitado na instrução. Fornecer elementos de convicção não é o objetivo do interrogatório. Badaró é categórico quanto a isso.

Fauzi Hassan Choukr¹⁶⁰ pondera que “o modo de administração do interrogatório é um dos padrões de indicação do modelo processual, seja do ponto de vista normativo, seja do ponto de vista cultural”. A essa observação, o autor atribui a pouca efetividade das alterações que vêm sendo feitas no Código de Processo Penal, visto que, apesar da mudança normativa, inexistente a conscientização suficiente da comunidade jurídica acerca dos novos paradigmas. Acrescenta que, no modelo inquisitório ainda persistente, a instrumentalização do réu é latente.

No que toca especificamente à natureza Jurídica do interrogatório, Choukr explica que, com a edição do Código de Processo Penal há mais de meio século, prestigiou-se a função probatória da inquirição do acusado. Significava uma “inovação” para a época, uma vez que o modelo revogado fundava-se em ideais liberais, prestigiava o ato como momento de defesa e moderava os poderes do magistrado. Dentro do que se defende nesse trabalho, a mencionada mudança na história processual brasileira na década de 1940 está mais próxima do retrocesso que da inovação.

Visto isso, percebe-se que a primazia do interrogatório como ato de defesa é praticamente unânime, ainda que se consinta, acidentalmente, no aproveitamento da fala do réu como elemento de prova. O que não se admite é que esse momento processual se preste unicamente a corroborar a hipótese trazida com a denúncia.

Toda a celeuma atinente à questão recai na necessidade de evitar que o julgador transfira para o momento do interrogatório todo o influxo de seletividade e autoritarismo que influencia a cultura processual penal, sendo essa reforçada cotidianamente por um medo desmesurado mais próximo do imaginário que dos fatos reais.

¹⁵⁹ BADARÓ. op. cit. p. 307 e ss.

¹⁶⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 410-412.

Permitir que o interrogatório seja entendido como mais um meio de prova dá ensejo a uma postura judicial danosa que consiste em tornar o réu um “colaborador” do processo. A partir de disso abre-se a oportunidade para um retorno à práticas desumanas como a obtenção a qualquer custo de uma confissão.

As diretrizes constitucionais para o processo penal resguardam o acusado da arbitrariedade do Estado, razão pela qual o ato de oitiva do réu é essencialmente o momento de exercício de sua autodefesa, caso queira. A autodefesa compreende seu direito de presença e seu direito de ser ouvido. Justamente por tratar-se de um direito subjetivo, o acusado pode prescindir dele, não podendo se compelido a qualquer ato processual. Entendimento diverso significa admitir a participação involuntária na produção de provas contra si próprio, o que não encontra respaldo em um Estado Democrático de Direito.

Dentro desse prisma reforça-se a incompatibilidade do ativismo processual penal com o regramento traçado na Constituição. O magistrado que não compreende essa diretriz não é capaz de conduzir um processo garantista. Não se curvará ao direito ao silêncio, por exemplo, ou, ainda que o faça formalmente, subsistirá a reserva mental “quem cala, consente”, “se não se defendeu, é porque está devendo”. É esse tipo de pré-julgamento que se visa evitar.

3.2. A disparidade entre o Código de Processo Penal e o Projeto em aprovação. O novo modelo de manifestação judicial do acusado como corolário do sistema acusatório.

Consoante ventilado no tópico anterior, assim como em outros pontos da presente exposição, o Decreto-lei n. 3.689/41 – Código de Processo Penal – inseriu no ordenamento jurídico brasileiro um processo penal de traços marcadamente inquisitórios. Algumas das suas normas que mais expressam essa vocação foram revogadas, visto que frontalmente em choque com a Constituição de 1988. Certas disposições causam perplexidade ao sujeito que já naturalizou a Constituição democrática. Pincelam-se a seguir alguns dispositivos originais do Código de Processo Penal atinentes ao interrogatório do réu que revelam que as práticas atuais dos chamados juízes ativistas imbuídos do “combater à impunidade” não são doutrinas modernas como alguns de seus defensores afirmam, mas mero retorno a práticas fascistas que embalaram o nascimento do Código de 1941.

O artigo 185¹⁶¹, que inaugura o capítulo que trata do interrogatório do réu, previa a oitiva do acusado sem se preocupar com a participação e orientação da defesa técnica. Aliás, na redação original do Código, é natural a despreocupação com a presença do defensor. Conforme notado acima, pode-se perceber que o desdém direcionado por certos magistrados aos advogados de réus que povoam as manchetes da mídia de massa não é inovação científica do primeiro mundo, muito pelo contrário, trata-se de práticas nacionais há muito superadas pela evolução do pensamento ocidental.

Como não poderia deixar de ser, a redação atual, conferida pela Lei nº 10.792/03, demanda o acompanhamento do acusado pela defesa técnica:

Redação original

Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.

Redação atual

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Outra não poderia ser a orientação que se pretenda alinhada à Constituição, pois a Carta prevê a ampla defesa com os meios a ela inerentes, assim como a assistência de advogado, devendo essa assistência ser gratuita aos que necessitarem. A Constituição se utilizou do art. 5º, incisos LV, LXIII, LXXIV para não deixar quaisquer dúvidas de que um indivíduo acusado de um crime não pode enfrentar sozinho o poder punitivo estatal. A propósito, a previsão já se encontrava na Convenção Interamericana de Direitos Humanos internalizada pelo direito brasileiro cerca de trinta anos após sua promulgação¹⁶².

O artigo 186¹⁶³, a seu turno, evidenciava a instrumentalização do acusado. O confronto com a orientação constitucional é evidente. A Carta Maior prevê expressamente o direito ao silêncio¹⁶⁴. Igualmente, a Lei nº 10.792/03 promoveu a adequação do Código:

Redação original

¹⁶¹ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁶² Id. *Decreto n. 678/92*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 3 mai. 2018.

¹⁶³ Id. op. cit., nota 1.

¹⁶⁴ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; Id. op. cit., nota 6.

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Redação atual

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Apesar da mudança na legislação, muitos magistrados ainda se orientam pela lógica da redação antiga, sendo que os principais infringidores da nova regra são, justamente, os grupos de juízes ativistas. Esses juízes nutrem um desprezo em relação ao direito do réu de se calar, muitas vezes construindo condenações em torno disso, lançando mão da mencionada “intoxicação por evidências” para construir um mundo paralelo onde meras evidências são provas cabais e o réu, que tem direito de permanecer em silêncio, não teria se desencilhado de fazer contraditório às “provas”.

O rol de autoritarismos na condução do interrogatório não se exaure nos artigos 185 e 186. O artigo 187 vedava a participação da defesa técnica no ato “art 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.”¹⁶⁵ Por certo, tal previsão, que não mais subsiste, violava a ampla defesa mesmo que se considere o ato como meio de produção de prova.

O artigo 188 parágrafo único demandava que o acusado indicasse as provas da verdade de suas declarações caso se declarasse inocente da acusação. É notória a afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. No sistema processual penal estabelecido com a Constituição de 1988, o ônus da prova compete à acusação. O acusado não precisa demonstrar sua não culpabilidade e é inocente até que se angariem provas suficientes do contrário. Por certo, isso não quer dizer que, se o acusado quiser indicar ou produzir qualquer elemento de convicção que possa lhe beneficiar, não poderá fazê-lo. Ele detém essa faculdade, somente não tem o dever de desconstituir a acusação.

Esse dever de ilidir a pretensão do autor com um fato impeditivo, modificativo ou extintivo é característico do processo civil, cujos princípios norteadores são diferentes dos mencionados nesse trabalho. Essas formas processuais são completamente distintas e suas dinâmicas não podem ser equiparadas. Diante de tudo que se disse até então, verifica-se que

¹⁶⁵ Id. op. cit., nota 1.

não há coerência em se imaginar que o réu, mesmo assistido pela defesa técnica, tenha condições de desconstituir as provas do Estado contra si.

Perfilhando a senda inquisitória, o artigo 191 reforçava o prejuízo que adviria para o réu que não cooperasse com a própria inquirição “Art. 191. Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.”¹⁶⁶ A aludida disposição ostenta um caráter constrictivo, pois robustece a sanção que o acusado sofreria caso não participasse do ato nos moldes demandados por seu indagador. Essa redação também deixou de existir em 2003.

Nota-se que a previsão é incompatível com um processo penal erigido sobre bases democráticas, em que o indivíduo deve ser preservado do poder do estado e em que se deve maximizar as garantias processuais e minimizar o punitivismo.

A punição do réu em razão de suas declarações dadas na audiência de instrução somente encontra guarida em processos autoritários. Nesses, o réu é objeto, engrenagem que deve servir ao procedimento e auxiliar na própria condenação. Em razão disso, nesse vetusto formato processual, é esperado falar-se em busca da verdade e designar o magistrado para desvelá-la, conferindo-lhe poderes para que a extirpe do acusado.

Em que pese o Código de Processo Penal tenha tido várias outras modificações dessa natureza, ou seja, para adequá-lo à forma constitucional predominantemente acusatória, essas mudanças não têm sido suficientes ou eficazes o bastante a esse propósito. Como bem pontuado por Choukr¹⁶⁷, apesar da mudança normativa, inexistente a conscientização suficiente da comunidade jurídica acerca dos novos paradigmas. O modelo inquisitório ainda persiste e a instrumentalização do réu é latente.

Dessa forma, conforme notado em diversos pontos, as práticas de 1941 permanecem vivas na magistratura pós 1988. As novas determinações processuais são erodidas de significado seja pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, seja pela prática dos juízes e dos sofismos de suas sentenças. Para se contrapor às garantias processuais dos réus erigidas pela Constituição de 1988 e pelas reformas legais que a seguiram, existe todo um arcabouço de práticas judiciais de resistência à reforma dos institutos, como as interpretações restritivas de preceitos constitucionais que beneficiam o réu, o esvaziamento das formas processuais

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ CHOUKR, op. cit., p. 410-412.

essenciais sob o argumento da falta de prejuízo e flexibilização do ônus da prova no processo penal.

Além de tudo, consoante alhures referido, as modificações em recortes do Código deixam a desejar no quesito sistematização. Quanto a isso, é necessário comentar outro ponto do Código de Processo Penal que foi objeto da insatisfação daqueles que defendem um procedimento consentâneo com a Constituição.

Trata-se do artigo 212, que dava protagonismo ao magistrado no ato da oitiva de testemunhas no nascer da norma adjetiva. Embora se refira às testemunhas e não ao interrogatório do réu, objeto deste capítulo, o breve estudo da norma ampliará a compreensão do que está em debate, uma vez que, antes das reformas no Código de Processo Penal, ambos os regramentos prestigiavam o protagonismo do juiz. Dizia a norma “Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.”¹⁶⁸

O sistema usado na oitiva das testemunhas no procedimento ordinário era o que a doutrina chama de presidencialista. Nesse sistema de inquirição, as perguntas formuladas pelas partes às testemunhas passam pelo juiz, que as autoriza e as redireciona a quem deve respondê-las.

Percebe-se que, por mais que as indagações se originassem das partes, a intervenção do magistrado que presidia a audiência era imperativo legal. Nenhum questionamento seria feito à testemunha se não fosse previamente deferido pelo magistrado. A norma legal determinava que o juiz se abstinisse de indeferir os questionamentos de cada parte, mas o critério estabelecido para essa análise era bem amplo e subjetivo, como se pode notar.

A Lei nº 11.690/08, perfilhando a intenção de adaptar o Código ao sistema acusatório, alterou o artigo 212, que passou a ter a seguinte redação: “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁶⁹ Ibid.

O sistema deixou de ser presidencialista e passou a fomentar a atuação direta das partes na arguição das testemunhas. No modelo atual, o magistrado tão somente complementa a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

Como as partes podem fazer questionamentos à testemunha arrolada pela parte adversa, a doutrina classifica a nova sistemática como *cross examination*.

Independentemente do nome jurídico que se dê, o que importa notar é a preocupação do novo regramento com a imparcialidade do magistrado, que passa a seu lugar de distanciamento das partes. A essas, cabe a produção dos elementos de convicção. Ao juiz, cabe assistir, mediar, impedir abusos e ser persuadido, pois sua iniciativa na busca da reconstituição dos fatos pode significar unilateralidade, ainda que velada.

A alteração foi muito celebrada à época¹⁷⁰. Ainda assim, uma crítica se fez presente. Apontou-se a insuficiência de se garantir uma oitiva de testemunhas segundo o sistema acusatório, mas permitir-se o interrogatório do réu nos moldes inquisitórios mesmo após os melhoramentos acima cotejados. Sustentou-se que, em razão da coerência do sistema processual, o interrogatório do réu devesse seguir a mesma lógica. A arguição deveria ser feita não apenas diretamente pelas partes, como também primeiro pelas partes, devendo o juiz atuar de forma complementar caso fosse necessário, a exemplo do que ocorre na oitiva das testemunhas.

¹⁷⁰ Paulo Rangel logo após a edição da Lei nº 11.690/08 explicou:

Outra novidade na tomada do depoimento das testemunhas é o respeito ao princípio contraditório, ou seja, o juiz não exerce mais o sistema presidencialista na tomada dos depoimentos. As partes, direta e pessoalmente, é que farão às perguntas às testemunhas, preservando a imparcialidade do magistrado.

Em um processo penal democrático, o juiz deve ser afastado da coleta das provas, deixando tal tarefa às partes. Se o sistema é um todo e não uma parte, não pode o processo ter momentos em que seus atos serão à luz da estrutura acusatória e outros à luz de uma estrutura inquisitória. Isso não é sistema. Logo, em audiência não poderia ser diferente.

Sistema acusatório não é apenas o MP promover, privativamente, a ação penal pública, mas sim a necessidade que se busca no processo (por isso sistema) de se afastar o juiz da persecução penal, mantendo a imparcialidade e retirando de suas mãos a gestão da prova.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 543.

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior, comentando a “resistência da cultura inquisitória” afirma que “O ponto nevrálgico é: poderá o juiz fazer perguntas para a testemunha, mas não como protagonista da inquirição. Gradativamente a jurisprudência dos tribunais vem se adequando à nova sistemática legal, com alguma variação em relação às consequências desta violação (para alguns, nulidade absoluta; para outros, relativa).

Importa-nos, neste tema, o acerto da decisão ao afirmar a adoção do sistema de *cross examination* com a assunção do papel de protagonismo das partes e subsidiário do juiz, inclusive para garantia da imparcialidade do julgador (e, recordemos, a íntima relação entre sistema acusatório e imparcialidade, pois somente este modelo processual cria condições de eficácia da garantia da imparcialidade).

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 463 e ss.

Paulo Rangel¹⁷¹ pontua a questão. O autor explica que a Lei nº 11.719/08, ao deslocar o interrogatório para o último ato da instrução, tencionou demonstrar que o interrogatório é verdadeiro meio de defesa. Mesmo assim, segundo Rangel, malgrado tenha dado um grande passo, a lei foi tímida. Para ele “o ideal seria a lei silenciar o juiz durante a oitiva do réu, deixando que as partes fizessem as perguntas diretamente a ele”. Rangel lamenta o fato de o interrogatório permanecer sendo realizado pelo juiz. Segundo o autor, para se respeitar a estrutura do processo penal acusatório, o momento de fala do réu deveria ter os mesmos moldes de como é feita a oitiva das testemunhas, com a atuação principal do Ministério Público e da defesa. Ao juiz caberia do papel de guardião dos direitos e garantias individuais, inclusive, o de alertar o acusado quanto às perguntas que firam os seus direitos constitucionais. Nos moldes como ainda é realizado, só resta ao Ministério Público atuar “a fim de evitar ofensa aos direitos e garantias, defendendo a ordem jurídica e protegendo o réu das possíveis investidas inquisidoras do juiz [...]”¹⁷².

Percebe-se que o Código vigente, quando trata do momento de defesa do acusado, não atende ao norte constitucional, pois não se alinha ao sistema acusatório. Mais que isso, ainda permite que o interrogatório seja marcado pelo protagonismo do juiz, que busca obter do réu a confirmação das impressões que este lhe causou. A falha do legislador em regular o interrogatório do réu conforme a Constituição dá margem a diversos instintos inquisitoriais dos juízes ativistas, visto que a eles ainda não é defeso protagonizar o ato, ainda que inadequado. Dessa forma, como já foi dito acima, esse momento chave do processo é vulnerável à contaminação psíquica do julgador.

Muito embora o capítulo que trata do interrogatório tenha sido objeto de reforma pela Lei n. 10.792/03, as modificações não foram capazes de coibir a proatividade judicial na cruzada em busca da prova. O artigo 188 do Código de Processo dá margem a se concluir que a atribuição permaneceria a cargo do magistrado, enquanto às partes somente caberia o esclarecimento de dúvidas “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”¹⁷³

Desse modo, é indeclinável que o ato atinente ao direito de fala do acusado ajuste-se ao processo penal democrático.

¹⁷¹ RANGEL, op. cit. p. 550-553.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ BRASIL, op. cit., nota 1.

Nesse contexto, a fim de ratificar o acerto dessa orientação assim como enfatizar a pertinência do presente trabalho, cabe mencionar que o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009¹⁷⁴ – projeto de novo Código de Processo Penal – afina-se a essa concepção. Ao menos nessa parte, o Projeto é acertado. Dispõe o artigo 73 que as partes formularão as perguntas. Iniciando-se pelo Ministério Público e depois a defesa. O juiz, ao final do ato, poderá complementar o interrogatório:

Art. 73. No interrogatório realizado em juízo, caberá à autoridade judicial, depois de informar o acusado dos direitos previstos no art. 66, proceder à sua qualificação.

Parágrafo único. Na primeira parte do interrogatório, o juiz indagará ainda sobre as condições e oportunidades de desenvolvimento pessoal do acusado e outras informações que permitam avaliar a sua conduta social.

Art. 74. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa.

§ 1º O defensor do corréu também poderá fazer perguntas ao interrogando, após o Ministério Público.

§ 2º O juiz não admitirá perguntas ofensivas ou que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida.

Art. 75. Ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos, observando, ainda, o disposto no § 3º do art. 67.

Paulatinamente, a legislação processual infraconstitucional, nesse ponto, vem se inclinando em direção ao Estado Democrático de Direito, ou seja, traçando balizas claras de contenção do poder punitivo. Resta demandar que a comunidade jurídica se curve às limitações, o que não vem ocorrendo a contento nos Tribunais.

3.3. A orientação inconstante do Superior Tribunal de Justiça acerca do sistema adequado ao interrogatório do réu.

Consoante repetidamente defendido neste trabalho, o interrogatório do acusado deve ser encarado como um meio de defesa, o que demanda um juiz que seja mais expectador que participante. O magistrado ativo, ainda que professe as garantias constitucionais, estará enredado nas demandas sociais de ordem e na própria crença de que pode corresponder a essas expectativas.

¹⁷⁴ CONGRESSO NACIONAL. *Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=962471652EE11ACDAD5677C505B22C84.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 3 abr. 2018.

Como visto, a Constituição é assente quanto à não admissão de um juiz inquisidor. As normas infraconstitucionais vêm buscando perfilhar essa inclinação. Contudo, não é o que ocorre na práxis judicial. Um recorte da posição STJ na questão atinente à dinâmica da audiência é pertinente para se visualizar a relutância em se aderir ao processo penal democrático.

Em específico, é salutar o exame acerca do tratamento dispensado ao art. 212 do Código de Processo Penal no Superior Tribunal de Justiça. Nos anos imediatamente seguintes às aludidas alterações legislativas, a tendência do Tribunal era a de reconhecer a nulidade do ato de instrução que não atendesse à forma determinada no art. 212 do CPP:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. [...] INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. NULIDADE. EXEGESE DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

[...]

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma. (...) ¹⁷⁵

Em seguida, ainda se reconhecendo a imprescindibilidade de atendimento ao sistema acusatório, mas agora se flexibilizando o sistema das nulidades, o Superior Tribunal de Justiça recuou do posicionamento inicial e passou a decidir pela possibilidade de aproveitamento do ato processual caso o não atendimento à norma do art. 212 não resultasse prejuízo. Em outras palavras, a determinação legal advinda de alteração legislativa para adequar o sistema processual penal – forma essencial para a garantia do devido processo legal, cuja não observância deveria ser tratada como absoluta nulidade – passou a ser entendida com um caso de anulabilidade:

HABEAS CORPUS. NULIDADE. OFENSA À ORDEM ESTABELECIDADA NO ART. 21 DO CPP. INVERSÃO. 1. A inversão da ordem de inquirição de testemunhas estabelecida pelo art. 212 do Código de Processo Penal constitui

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 180705*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=180705&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

- nulidade capaz de viciar o processo quando suscitada a tempo e quando demonstrado prejuízo efetivo sofrido pelo paciente.
2. Hipótese em que a nulidade tanto foi arguida no momento adequado como também ficou demonstrado o prejuízo sofrido pelo paciente com a inquirição das testemunhas feitas em primeiro lugar pelo juiz.
 3. Ordem concedida.¹⁷⁶

Diante disso, percebe-se a obstinação em se permanecer aplicando regramentos não mais condizentes com o arcabouço jurídico vigente. Essa contumácia é mais uma faceta de um proscrito ativismo judicial na seara processual penal. O juiz, como qualquer outro sujeito, está submetido à legalidade. As hipóteses de não aplicação da vontade do legislador devem ser acompanhadas de motivação idônea e fundadas na inconstitucionalidade da norma. A interpretação judicial da lei não pode se dar em detrimento do acusado. Como dito no capítulo 1, o juiz deve agir para fomentar as garantias processuais e não para suprimi-las.

Perceba-se que o argumento central que se refere à ausência de prejuízo não é bastante para justificar uma degeneração do sistema. Como visto, o acertado acórdão que julgou o HC nº 180705, elucida que o prejuízo se evidencia pela simples preterição da forma legal, que para longe de significar mero formalismo, é corolário do sistema acusatório de bases democráticas. A preterição da forma essencial no processo criminal implica em vilipêndio das garantias constitucionais. A ordem de inquirição das testemunhas, o interrogatório do acusado ao final da instrução e a sua arguição pelas partes e não pelo juiz, por exemplo, visam assegurar o conhecimento prévio da acusação, a imparcialidade do julgador, entre outros direitos previstos constitucionalmente e inerentes ao sistema acusatório. A não observância contumaz dessa forma inutiliza o sistema. As diretrizes constitucionais passam a ser letra morta e o autoritarismo que se busca evitar prolifera sob a máxima *pas de nullité sans grief*.

Tão grave quanto o juiz singular ativista invertendo a ordem legal de atos processuais é o Superior Tribunal de Justiça, denominado pela Constituição como órgão uniformizador da legislação infraconstitucional, se curvar à prática judicial retrógrada de magistrados de primeira instância. Os Ministros que compõem o STJ raramente aplicam de mão própria o artigo 212 do Código de Processo Penal, já que pouquíssimas são as hipóteses de ação penal originária naquele órgão. Sua função, entretanto, é justamente informar as instâncias de piso

¹⁷⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 212618*. Relator: Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=212618&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

em relação à aplicação correta da legislação federal. É contracíclico para o sistema judicial brasileiro que a prática judiciária de um juiz de piso em arrepio à Constituição “informe” o STJ.

Além disso, é oportuno mencionar que, após as reformas processuais ocorridas com a edição das Leis nº 10.792/03 e nº 11.690/08, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se acerca da extensão da forma positivada no artigo 212 ao interrogatório do réu. O que é muito acertado, pois se o Código é um sistema e, segundo o que foi aqui explanado, ele deve perfilhar o princípio acusatório, não se afigura coerente que o interrogatório seja realizado de forma que não atenda a essa sistemática, mais consentânea com o regime democrático. Nesse sentido, excertos de um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. [...] PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE NULIDADE. [...] INTERROGATÓRIO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. (...)

3. A nova redação dada ao art. 212, do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e, na sequência, pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

4. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma, circunstância que configura violação do devido processo legal, como no caso concreto. [...] ¹⁷⁷

Entretanto, assim como no entendimento inicial de 2011 quanto à observância do art. 212 quando da oitiva das testemunhas, o STJ volta a arrefecer. Muito em função da tendência surgida nas Cortes Superiores de considerar a maioria das inobservâncias ao devido processo penal como nulidades relativas, passíveis, portanto, de convalidação. Como dito, a orientação é muito criticada, pois esvazia o arcabouço de garantias antifascistas previstas na Constituição de 1988. Confira-se:

(...). INTERROGATÓRIO DO RÉU. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS DIRETAMENTE PELO DEFENSOR. INDEFERIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. [...] RECURSO NÃO PROVIDO.

¹⁷⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 151054*. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=151054&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

[...] 2. A teor do art. 188 do CPP, o juiz, após proceder ao interrogatório, indagará da acusação e da defesa se restou algum fato a ser esclarecido, formulando ao réu as reperguntas que entender pertinentes e relevantes.

3. Após o advento da Lei n. 11.690/2008, que superou o sistema presidencialista na oitiva das testemunhas, nada impede que, por uma interpretação sistemática, o magistrado permita que as partes façam perguntas diretamente ao acusado. Contudo, o indeferimento da inquirição direta, por si só, não inquina de nulidade o interrogatório.

4. A negativa do advogado do recorrente de formular reperguntas, por intermédio do juiz não pode ensejar o reconhecimento automático de nulidade do interrogatório, máxime porque foi realizado de acordo com o art. 188 do CPP. (...) ¹⁷⁸

Diante disso, os tribunais locais passaram a adotar essa orientação. Sacramentou-se, então, o desrespeito às formalidades processuais essenciais. A almejada função contramajoritária do Judiciário apresenta-se esvaziada nesse tema. O otimismo com que se esperava do Superior Tribunal de Justiça na adequação do interrogatório do réu ao sistema acusatório, foi substituído pela perplexidade diante da anuência da Corte com o desrespeito da letra da lei.

O eventual descumprimento da ordem de inquirição de testemunhas, por exemplo, somente invalida o ato se demonstrado prejuízo ao acusado. O referido prejuízo resume-se, basicamente, à necessidade de interpelação do defensor em audiência no sentido de fazer consignar a não observância da norma legal. Em outras palavras, o eventual erro ou desídia da defesa penaliza o réu, que tem preterido o seu direito fundamental ao devido processo legal.

Nesse sentido a orientação massiva da Corte fluminense:

APELAÇÕES. [...]. RECURSOS DEFENSIVOS QUE PRELIMINARMENTE ARGUEM NULIDADES POR: 1) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E AO SISTEMA ACUSATÓRIO; [...]. Das preliminares: não há que se falar em nulidade por violação ao princípio da ampla defesa e ao sistema acusatório, no que tange à atuação do magistrado durante o interrogatório dos apelantes. Este observou os ditames previstos nos artigos 185 a 187 do CPP, bem como os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição. Em contato com os interrogatórios por meio do sistema audiovisual deste Tribunal, observa-se que a audiência foi realizada com a presença do MP e da defesa técnica, aos quais foi dada oportunidade de formular perguntas aos recorrentes. Da assentada não consta nenhuma oposição da defesa quanto à forma na qual foram conduzidos os interrogatórios, sendo certo que a atuação do magistrado de forma incisiva, a fim de buscar a verdade dos fatos, não implica afronta ao sistema acusatório. Em alegações finais, também, não houve impugnação à suposta nulidade, o que leva à preclusão. [...] . PRELIMINARES REJEITADAS. [...] ¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Id. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 48.354/SP*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=48354&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

¹⁷⁹ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação n° 0003915-37.2014.8.19.0204*. Relator: Gilmar Augusto Teixeira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 5 mai. 2018.

Note-se que, mesmo magistrados cujo saber jurídico é notável, como os relatores dos acórdãos acima, recaem nos processos mentais de fuga do processo democrático que tanto se critica nesse trabalho. O que parece haver, como dito, é uma acomodação para que se permaneça o modelo legal revogado e uma inversão entre forma e conteúdo, em que os fins justificam os meios.

Consoante efusivamente explanado nesse trabalho, pensar o processo penal sobre bases tão fluídas e flexíveis prejudica sobremaneira o réu. As concessões que se faz em prol de um suposto bom andamento do processo corrompem o sistema das garantias individuais delineando pela Constituição de 1988, não acompanham a evolução social e impedem a efetivação no Brasil de direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos.

Demais disso, observando-se a flutuação da jurisprudência do STJ acima exemplificada e retomando os comentários referentes ao manejo de cláusulas pétreas de incidência penal pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se perceber que os tribunais superiores brasileiros são tíbios na efetivação de dispositivos legais e constitucionais de redação direta que garantem direitos aos réus no processo penal e ávidos quando se trata da erodição de tais garantias e do retorno a uma ordem processual penal rejeitada tanto pela Constituição de 1988 quanto pelo arcabouço legal infraconstitucional surgido mais recentemente. Enquanto o juiz ativista milita contra a Constituição no piso do sistema com suas práticas de inquisidor, o teto do sistema jurídico vive de subterfúgios para desmontar a ordem política vigente e compactuar com os juízes que ocupam a posição de “integrante das forças de segurança pública”.

A contumácia do judiciário em descumprir comandos legislativos simples na seara processual penal é tão intensa que o legislador, no projeto de novo Código de Processo Penal, como dito no item anterior, acolheu expressamente a orientação que se defende neste trabalho, ou seja, o réu tem que ser arguido pelo Ministério Público e pela Defesa Técnica, as partes do processo. Ao juiz caberá, tão somente, o trabalho residual de esclarecimento de dúvidas surgidas durante a instrução do interrogatório pelas partes. É mais um passo em busca de um processo penal não autoritário.

CONCLUSÃO

Esse trabalho demonstrou a imprescindibilidade de uma mudança na cultura judiciária brasileira. Constatou-se que, malgrado a evolução legislativa venha se adequando a ordem internacional para atender aos direitos fundamentais reconhecidos, a cultura judiciária brasileira é insatisfatória tratando-se do atendimento de direitos humanos de primeira geração, que já são garantidos nas democracias ocidentais há mais de um século.

A doutrina é contundente quanto à tortuosidade da não observância das normas constitucionais que informam o processo penal no Brasil. Apesar disso, a jurisprudência dos tribunais é resiliente em acatar os paradigmas do Estado Democrático de Direito.

O exame de alguns institutos penais demonstrou que há uma acomodação judiciária às práticas proscritas, mesmo em flagrante confronto com lei.

Formulas simplórias, que somente atendem à conveniência de uma punição célere, são naturalizadas e repetidas acriticamente. A Súmula 70 do TJRJ, por exemplo, consolidou a viabilidade judicial de condenações baseadas somente no testemunho de policiais militares, à míngua de outras provas no processo. Em tese, a orientação em nada confronta as normas processuais penais. Todavia, a aludida simplificação passou a nortear a expressiva maioria das condenações criminais no âmbito do aludido Tribunal. O que seria um permissivo excepcional passou a ser entendido como um comando. É mais um corolário do criticado ativismo judicial.

Assim, diante da palavra de agentes policiais interessados no resultado do processo, pouco importando a complexidade da instrução ou a presença de outras evidências, ergue-se uma convicção que muitas vezes impede a defesa técnica de produzir provas, já que a condenação é selada com o testemunho dos agentes públicos e apenas isso basta. Nessa dinâmica, o Judiciário se presta a corroborar as ações das forças de segurança, se prestando os juízes a *longa manus* setoriais de segurança pública e não exercendo adequadamente a função de magistrados dotados de independência, assim como da obrigação de cumprir a lei e a Constituição.

Percebe-se que em vez de exercer a função sabatinadora do produto da atividade policial, a fim de minimizar as vicissitudes que lhe são inerentes, o Judiciário, na maioria expressiva dos julgados, se resume a confirmar aquilo que está nas peças policiais – registros de ocorrência, autos de prisão em flagrante e termos de declaração em sede policial. A audiência de instrução e julgamento é mera repetição daquilo que está positivado nas peças

inquisitórias. Por vezes, isso basta. Mas não se pode ter esse procedimento como a normalidade, unicamente porque é simples e ágil. Havendo possibilidade ou necessidade, as partes devem demandar o aprofundamento da instrução. O magistrado, por sua vez, deve estar atento e não aceitar a prova débil. O Ministério Público deve fazer prova bastante da condenação e, em não fazendo, o magistrado não deve hesitar em absolver o réu, ainda que intimamente pense que a condenação é merecida. Demais disso, deve sopesar adequadamente os elementos de convicção trazidos pela defesa, os quais, lamentavelmente, sucumbem diante da preponderância cega que se confere à versão policial.

Parte do presente estudo procurou também identificar fatores que conduzem a esse cenário nada democrático. Verificou-se que construções sociais de temor e aniquilação de determinados indivíduos conduzem o magistrado a uma postura de agente de salvaguarda dos mais diversos males sociais. Nisso reside a necessidade de atuação como agente dos órgãos de segurança pública, função completamente estranha às atribuições constitucionais do Judiciário.

O respaldo a uma postura ativa e inquisitória passa não apenas pelas demandas sociais por ordem e segurança pública, como também pela crença do julgador na própria capacidade de realizar uma justiça subjetiva por meio do alcance da verdade, que deve ser extraída do réu a qualquer custo.

Dentro desse contexto desfavorável, o interrogatório do acusado é o momento em que esses fatores se verificam com notável intensidade. Consoante defendido até aqui, esse ato é de crucial importância para a defesa, mas, na práxis judicial, acaba transmudado ora em uma mera etapa obrigatória, ora em um momento em que o magistrado se utiliza da força emanada do poder punitivo para compelir o acusado a contribuir com sua condenação.

Por mais que, superficialmente, os magistrados tenham adotado o rito processual trazido com as citadas reformas do Código de Processo Penal, há que se ter em mente a necessidade de se evitar a recaída em retóricas vazias. De fato, os juízes detêm conhecimento técnico suficiente para concretizar as garantias processuais estabelecidas pela Carta Magna, mas a cultura inquisitória ainda reproduzida em nossa sociedade tem o efeito de impedir a necessária mudança de postura da prática judiciária. É inútil o reconhecimento dos direitos de liberdade com frases pomposas sem dar-lhes a devida dimensão material no âmbito do processo penal.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum Rideel – Concursos e OAB*. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743> . Acesso em: 28 jul.2017.

BATISTA, Vera Malaguti. *Medo, violência e política de segurança*. Café Filosófico. Julho de 2009. Disponível em: < <http://www.institutocpfl.org.br/podcast/medo-violencia-e-politica-de-seguranca-vera-malaguti-batista/>>. Acesso em: 2 nov.2017.

_____, Vera Malaguti. *O medo na Cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Historia constitucional do Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. *Decreto n. 678/92*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> . Acesso em: 3 mai. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 85886*. Relator: Ministro Ellen Gracie, Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354366>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 151054*. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=151054&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Mitologia processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONGRESSO NACIONAL. *Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=962471652EE11ACDAD5677C505B22C84.proposicoesWebExterno2?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 3 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasil. *90% das audiências de custódia tratam de crimes patrimoniais e drogas*. disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82693-90-das-audiencias-de-custodia-tratam-de-crimes-patrimoniais-e-drogas>>. Acesso em: 06 ago. 2017. V. <<https://www.brasildefato.com.br/node/11078/>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

COPETTI NETO, Alfredo; PINHO, Ana Cláudia. *Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil*. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/>>. Acesso em: 14 ago.2017.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel. A infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1993.

FERRAJOLI apud SOUZA, João Fiorilli de. Revisitando a verdade no Processo Penal a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 14 n. 103 Jun./Set. 2012 p. 477 a 494. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/101/93>>. Acesso em:

abr. 2017.

FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades fundamentais e segurança pública – do direito à imagem ao direito à intimidade: a garantia constitucional do efetivo estado de inocência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES; PIOVESAN (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe. *Revista Consultor Jurídico*, 4 de julho de 2014, 9h30. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe>>. Acesso em: 21.jul.2017.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. *Revista Consultor Jurídico*, 27 de junho de 2014, 8h00. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>>. Acesso em: 21 jul.2017.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Direito à prova defensiva e os limites à discricionariedade do julgador. A problemática do poder no Processo Penal democrático. In: PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller. 2001.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Presunção de inocência até a condenação em segunda instância?* Disponível em: <https://www.academia.edu/22175556/Emilio_Meyer_Presuncao_de_inocencia_ate_a_condenacao_em_segunda_instancia_JOTA>. Acesso em: 20 out. 2017.

MORAES; SARLET apud RIBEIRO, Bruno Quiquinato. *A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>>. Acesso em: 16 ago.2017.

NASSIF, Aramis. Sistema processual brasileiro: a nostalgia autoritária In: PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

POST-TRUTH. *Oxford Dictionaries*. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>. Acesso em: 18 jan.2018.

PRADO, Geraldo (Org.). *Processo Penal e Garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Presunção de Inocência: STF nega HC a Lula e reafirma que pena de prisão dispensa trânsito em julgado. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de janeiro de 2018, 8h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/stf-nega-hc-lula-reafirma-execucao-antecipada-pena-prisao>>. Acesso em: 19 abr.2018.

RODAS, Sérgio. "Quem deveria controlar a atividade do MP não é o Judiciário, mas a sociedade". Entrevista com Geraldo Prado Desembargador aposentado do tribunal de Justiça.

Revista Consultor Jurídico, 2 de julho de 2017, 7h24. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-02/entrevista-geraldo-prado-desembargador-aposentado-professor>>. Acesso em: 05.jul.2017.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-41.

STRECK, Lenio Luiz. A lavajatolatria, o Carnaval e os Habeas Corpus de Gilmar Mendes. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de janeiro de 2018, 8h00. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-18/senso-incomum-lavajatolatria-carnaval-habeas-corpus-gilmar>>. Acesso em: 18 jan.2018.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TEIXEIRA, Matheus. STF sinaliza mudança de entendimento sobre execução antecipada da pena. *Revista Consultor Jurídico*, 8 de agosto de 2017, 21h30. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/stf-sinaliza-mudanca-posicao-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 05.out.2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/11. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.