



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

GABRIELLA GOMES RIBEIRO

**AS ORIGENS AUTORITÁRIAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO**

**JOÃO PESSOA
2021**

GABRIELLA GOMES RIBEIRO

**AS ORIGENS AUTORITÁRIAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

**JOÃO PESSOA
2021**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

R484o Ribeiro, Gabriella Gomes.

As origens autoritárias do código de processo penal brasileiro e seus reflexos no direito de defesa do acusado / Gabriella Gomes Ribeiro. - João Pessoa, 2021. 57 f.

Orientação: Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito penal. 2. Código de Direito penal Brasileiro. 3. Direito de defesa. 4. Acusado. I. Meirelles, Lenilma Cristina Sena de Figueiredo. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

GABRIELLA GOMES RIBEIRO

**AS ORIGENS AUTORITÁRIAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE DEFESA DO ACUSADO.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel.

Orientadora: Dra. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

DATA DA APROVAÇÃO: 15 DE JULHO DE 2021

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)**

RESUMO

O Código de Processo Penal Brasileiro, por ter claras inspirações no código fascista italiano de Alfredo Rocco, possui dispositivos notadamente inquisitivos que se refletem no poder que o juiz criminal tem ao longo do processo penal. O contexto autoritário brasileiro presente na Era Vargas, que contagiou os pensadores responsáveis pela elaboração da legislação, não pode ser entendido como algo ultrapassado, visto que, muitos dos conceitos da época continuam contemporâneos. Sendo assim, a estrutura da legislação processual atual, com diversas possibilidades de uma atuação de ofício por parte do juiz, permitiu que o magistrado se tornasse praticamente uma parte processual. Esse autoritarismo penal atinge principalmente o direito do acusado que, muitas vezes, se depara com um contraditório deficiente. Mas, apesar da influência do Código Rocco, do contexto autoritário e de possuir dispositivos que dão ao Código Processual Penal a cara de um sistema inquisitivo, a legislação não foi efetivamente reformada. Isso se dá pela ilusão de que o código foi criado sem interferência política e com base em um método científico, o método tecnicista, pela falácia de que a Constituição Federal de 1988 instaurou um sistema acusatório de processo e pela falha atuação dos tribunais superiores, incluindo o próprio Supremo Tribunal Federal, “guardião da Constituição”, que compactua com dispositivos de duvidosa constitucionalidade. Mais do que demonstrar as opiniões aqui provocadas por meio de uma análise histórica, se buscará atestar a partir de um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, como o autoritarismo processual penal não só foi aceito no Brasil, mas ressignificado e retrabalhado para permanecer atual.

Palavras-chave: Autoritarismo. Atuação do juiz criminal. Sistema inquisitório. Poderes do juiz. Direito de defesa do acusado. Código de Processo Penal Brasileiro.

ABSTRACT

The Brazilian Criminal Procedure Code, having clear inspirations in Alfredo Rocco's Italian fascist code, has notably inquisitive devices that are reflected in the power that the criminal judge has throughout the criminal process. The authoritarian Brazilian context present in the Vargas Era, which infected the thinkers responsible for drafting the legislation, cannot be understood as something outdated, since many of the concepts of the time are still contemporary. Therefore, the structure of the current procedural legislation, with several possibilities of an ex-officio action by the judge, allowed the magistrate to practically become a procedural part. This criminal authoritarianism mainly affects the right of the accused who, many times, is faced with a deficient adversary system. But despite the influence of the Rocco Code, the authoritarian context and having articles that give the Criminal Procedure Code the face of an inquisitive system, the legislation was not effectively reformed. This is due to the illusion that the code was created without political interference and based on a scientific method, the technician method, the fallacy that the Federal Constitution of 1988 established an accusatory system of process and the failure of the higher courts, including the Federal Supreme Court itself, "the guardian of the Constitution", which complies with articles of dubious constitutionality. More than demonstrating the opinions raised here through a historical analysis, it will seek to attest, based on a study of the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, as the criminal procedural authoritarianism was not only accepted in Brazil, but re-signified and reworked to stay current.

Key-words: Authoritarianism. Role of the criminal judge. Inquisitive System. Judge powers. Accused's right of defense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS BASES DO AUTORITARISMO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	9
2.1 O INÍCIO DO AUTORITARISMO NO BRASIL.....	10
2.1.1 O Estado Novo	13
2.2 O MINISTRO FRANCISCO CAMPOS.....	16
2.2.1 A influência da ideologia de Francisco Campos na legislação	18
2.3 A ABSORÇÃO DO PROCESSO PENAL ITALIANO PELO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	20
2.3.1 Uma Breve Análise do Código Rocco	21
3 A ATUAÇÃO DO JUIZ EM UM CÓDIGO COM DISPOSITIVOS FLAGRANTEMENTE INQUISITIVOS E AUTORITÁRIOS	22
3.1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	23
3.2 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	25
3.3 O PODER DO JUIZ NO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL	28
3.3.1 O Princípio da Liberdade das Provas	29
3.3.2 O Princípio do Livre convencimento	29
3.3.3 A Verdade Real	31
3.4 A ATUAÇÃO EX OFFICIO DO JUIZ	32
3.4.1 O Artigo 383	32
3.4.2 O Artigo 385	33
3.4.3 Artigo 574	35
4 A SOBREVIVÊNCIA NO BRASIL DO MODELO AUTORITÁRIO DE PROCESSO PENAL	35
4.1 O TECNICISMO JURÍDICO	37
4.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988	39
4.3 OS RESQUÍCIOS AUTORITÁRIOS DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	41
4.4 A CONTRIBUIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A SOBREVIVÊNCIA DO AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL	45

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

É fato que o Código de Processo Penal Brasileiro está interligado à doutrina italiana fascista predominante nas décadas de 1920 a 1940, cujo principal artífice Francisco Campos e outros importantes juristas da época construíram uma estrutura legal manifestamente inspirada no Código Italiano, denominado *Codice Rocco*. Tal nome refere-se ao seu idealizador Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Mussolini, que projetou, no âmbito do processo penal, o mais fascista dos códigos.

Essa característica por si só já deveria ser o suficiente para promover debates e discussões acerca da continuidade da legislação processual penal que, apesar de ter tido modificações e reformas, mantém o seu núcleo imutável. Mas a doutrina e a jurisprudência não dão a devida atenção ao tema, ignorando o autoritarismo presente no processo criminal contemporâneo e a permanência no Código de Processo Penal de dispositivos claramente inquisitoriais.

É insuficiente, todavia, creditar, de forma exclusiva, o autoritarismo processual penal às influências do Código Italiano. O Brasil também vivia um contexto político autoritário e os pensadores da época, inclusive os responsáveis pela elaboração da legislação processual, eram adeptos desta ideologia.

É importante ainda ressaltar que o código foi implementado com fundamento na ideia de primazia do interesse do Estado sobre o do indivíduo para garantir a defesa social, isto é, o processo seria um meio de repressão à criminalidade. Dessa forma, o juiz se torna o protagonista do processo penal, sendo visto como aquele capaz de garantir a justiça e, para isso, deve ter ao seu dispor, de forma praticamente ilimitada, todos os meios possíveis que auxiliem na defesa contra os tão perigosos sujeitos que perturbam a segurança social.

Este trabalho pretende, a partir de uma análise histórica e jurisprudencial, identificar como a atuação de ofício do juiz reflete negativamente no direito de defesa do acusado.

Para isso, será inicialmente identificado o momento histórico brasileiro que permitiu a elaboração de um código com fundamentos inquisitivos e autoritários, com o posterior exame das ideias dos principais pensadores na esfera

do Direito Processual Penal da época e, em seguida, será analisada a estrutura da legislação a fim de conhecer o papel e as funções do magistrado no processo e como a sua atuação autoritária é legalmente amparada mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Por fim, será realizada pesquisa jurisprudencial do STJ e do STF, em que se buscará entender os posicionamentos das Cortes acerca dos dispositivos que, de certa forma, vão de encontro com o ordenamento constitucional.

2 AS BASES DO AUTORITARISMO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A expressão *autoritarismo*, por estar contida em vários campos do saber, possui mais de um significado. Para Diogo Malan (2015), existem, pelo menos, três acepções distintas para a utilização desse termo: a) sistema político; b) perfil psicológico; c) ideologia política.

A primeira, aplicada no campo da Ciência Política, indica o regime político que tem como característica a centralização do poder em um só órgão ou pessoa, cerceando a ideia de cidadania e restringindo os direitos políticos. Qualquer oposição é frustrada pelo emprego de meios coercitivos.

O segundo sentido, utilizado pela Psicologia Social, indica um perfil com três características principais: submissão acrítica, respeito e dedicação incondicional aos detentores do poder político e agressividade autoritária, condenando ou punindo quem viola às normas convencionais.

Por fim, tem-se a acepção de autoritarismo como ideologia que se autolegitima por si só, estabelecendo a submissão incondicional dos súditos, além de utilizar os valores políticos impostos como o alicerce para a manutenção da ordem social. Nesse sentido, a ordem e a segurança são bens sociais soberanos, havendo a valorização do poder político em detrimento dos direitos fundamentais individuais.

Percebe-se, portanto, o autoritarismo como uma categoria política que perpassa concomitantemente diversos registros simbólicos. No presente trabalho, a palavra será empregada no sentido atribuído pela terceira acepção.

Definido isto, cabe identificar como o autoritarismo se inseriu no campo processual penal brasileiro, analisando em que consiste este discurso e porque os elementos que o estruturam não são apenas elementos do passado, já que, foram retrabalhados e ressignificados.

Para Paliero (2011), o sistema penal é essencialmente autoritário, em maior ou menor grau, sendo o autoritarismo o seu código genético. Há autores que

acreditam ainda que todo discurso autoritário é uma reafirmação do discurso inquisitorial.

Nesse contexto, sendo o sistema penal autoritário, é também fundamentalmente inquisitorial. Isto é, funde-se na figura do Estado a atividade persecutória e a judicial, predominando uma excessiva valoração de aspectos subjetivos, já que, o inquisidor, além de julgar, atua como uma verdadeira parte processual.

Para a doutrina brasileira, o sistema deixa de ter o princípio inquisitivo com a separação das funções de investigar, instruir, acusar e julgar. Porém as práticas punitivas jamais foram simétricas, portanto, a mera separação dessas funções não implica em um desaparecimento desse sistema.

Com a Constituição Federal de 1988 criou-se a crença de que os resquícios inquisitoriais existentes na legislação brasileira teriam se tornado obsoletos, uma vez que, foi instituído, de forma aparente, diga-se de passagem, o sistema acusatório. Dessa forma, teria sido instituído o modelo democrático de processo penal, não havendo mais espaço para se discutir um autoritarismo relativo ao passado não-democrático do Brasil.

É notório, todavia, que as reformas realizadas foram insuficientes para desvincular da legislação o autoritarismo e o sistema inquisitorial. Para o filósofo Slavoj Zizek, a era pós-acusatória, similarmente no Brasil a era pós Constituição de 1988, é a do cinismo, pautado no “eles sabem o que fazem, mas mesmo assim o fazem” (ZIZEK, 1996, p.12).

2.1 O INÍCIO DO AUTORITARISMO NO BRASIL

O Código de Processo Penal brasileiro surge em um contexto histórico em que o Brasil estava flertando com o fascismo.

Ainda na década de 1920, manifestam-se pequenas organizações fascistas, mas é na década de 1930 que essa corrente autoritária ganha força com a fundação, em São Paulo, da Ação Integralista Brasileira. A AIB seguia a linha da doutrina nacionalista negando a pluralidade dos partidos políticos e a representação individual dos cidadãos.

Segundo Boris Fausto (2012), o padrão autoritário é uma marca da cultura política do Brasil. Um dos principais pontos que tornaram essa corrente atrativa no país foi a dificuldade de organização das classes. A concepção era a de que competia ao Estado promover a ordem, o desenvolvimento econômico e o bem-estar geral da nação. Nesse contexto, o Estado autoritário tornava-se a solução para a organização de um país que estava desarticulado.

A ideologia do Estado autoritário brasileiro foi estruturada por Ricardo Silva (2004), a partir de uma análise dos principais cientistas políticos das décadas de 1920 e 1930. Para ele, a narrativa autoritária tinha como características: a) o catastrofismo: ou seja, o Brasil era colocado em uma categoria de crise iminente e permanente, necessitando do Estado para saná-la; b) o cientificismo: concretizado na conformidade científica entre os programas políticos a serem executados com a realidade brasileira; c) o elitismo: cabendo às elites guiar a massa que seria tão somente destinatária da ação política; d) nacionalismo político: uma política conduzida pela intervenção estatal para estabelecer a ordem; e) antiliberalismo: representado pela rejeição do liberalismo político; f) pensamento antidemocrático: considerando o apoliticismo da população, não cabia a massa o exercício da democracia.

O antiliberalismo e o repulso à democracia, por exemplo, esteve bastante presente no pensamento de Alberto Torres, ex-ministro do STF, ex-presidente do Rio de Janeiro e ex-ministro do interior. Torres acreditava que o liberalismo afastou a política brasileira da sociedade, provocando a desordem social e dificultando o progresso. Afirmava também que a democracia política não autorizava a criação e a consolidação da nação pelo Estado, portanto, um regime adequado seria o da democracia social, que é voltada para a construção do homem, e não do cidadão com direitos políticos. Essa só seria possível por meio de um Estado centralizador e forte, um Estado autoritário.

Oliveira Viana (1999), por sua vez, tinha o elitismo como uma característica presente em seu pensamento, entendendo a massa como um coletivo irracional e sem preparação para exercer a democracia. Para ele, a solução adequada para reparar o problema da sociedade brasileira destituída de educação política seria a “democracia autoritária”, fundada na autoridade e não mais na liberdade. Havia, então, a necessidade de se instituir um governo para

aqueles sem capacidade de se autogovernar, ou seja, um autoritarismo para certificar o futuro da massa de irracionais para que, posteriormente, a democracia pudesse ser alcançada.

No campo processual penal, Viana criticava ferrenhamente a impunidade afirmando que “esta certeza de impunidade que os nossos costumes asseguram ao arbítrio corrompe tudo, mata no seu berço o cidadão e impede a formação do verdadeiro espírito público, eliminada que seja dos costumes as liberdades civis estarão asseguradas” (VIANA, 1999, p.503). Importante apontar que esse pensamento é ainda bastante atual e dá a ideia de que seria possível acabar com a falta de punição, reduzindo, assim, a possibilidade do processo penal exercer limitações ao poder punitivo.

Importante pontuar ainda o pensamento de Azevedo Amaral que combina o Estado autoritário com a democracia. Este Estado Democrático Autoritário deveria efetuar a vigilância sobre a organização social e apurar qualquer perigo que colocasse o Estado sob ameaça. Destaca que nessa forma de governo não haveria liberdade de pensamento de forma igual para todos, pois seria necessária uma vinculação entre essa e a capacidade cultural do sujeito. Sendo assim, o exercício das atividades individuais de cada indivíduo estaria moldado para garantir o funcionamento eficiente da organização nacional.

Assim como Oliveira Viana, Azevedo de Amaral (2002) também impõe ao processo penal o exercício de garantia da segurança pública. Afirma que “a felicidade do indivíduo e a segurança da coletividade entrelaçam-se em sua dependência indissolúvel” (AMARAL, 2002, p.159), de certa forma, um modo de pensar que tem como alvo a população.

Para ele, à autoridade caberia frear os impulsos do homem, por meio das penas e das prisões, para que os níveis de segurança estrutural do sistema sejam preservados. Nesse cenário, os direitos fundamentais dos indivíduos deveriam ser admitidos somente se possível e necessário.

Por fim, pode-se notar que a palavra democracia aparece com diversos sentidos nas ideias dos pensadores autoritários. Sentidos, inclusive, contraditórios, como “democracia autoritária”, mas que parecem ter a intenção de moderar o infiltramento do pensamento autoritário no Brasil. Nesse sentido, não parece errôneo afirmar que “será justamente a negação de um modelo autoritário que

permitirá o autoritarismo naturalizar-se nas práticas punitivas e no próprio discurso dogmático” (GLOECKNER, 2018, p.65).

2.1.1 O Estado Novo

A Primeira Guerra Mundial teve como consequência uma crise econômica mundial e a progressiva rejeição à democracia liberal e ao capitalismo financeiro, fortalecendo a ideologia autoritária, principalmente na Europa.

No Brasil, as campanhas fascistas ganharam impulso com o já citado movimento integralista, o que resultou em um choque com os anti-fascistas. Em resposta a essa tensão, o governo propôs ao Congresso uma Lei de Segurança Nacional, que estabelecia os crimes contra a ordem política e social, como a greve de funcionários públicos e a organização de associações ou partidos com o objetivo de subverter a ordem política e ou social. Essa lei foi vista por parte da população como um aumento da repressão às classes operárias.

Simultaneamente surge a Aliança Nacional Libertadora, de inspiração comunista e disposta a enfrentar o fascismo e o imperialismo com um programa de temática nacionalista. De acordo com os cálculos da época, a ANL teve acelerado crescimento, tornando-se um organismo forte composto por classes sociais variadas, o que, obviamente, não foi bem recebido pelo governo de Getúlio Vargas.

Em 1935, há uma radicalização dos movimentos da ANL que se inicia com Carlos Lacerda incitando a derrubada do governo de Vargas para a tomada do poder por um governo popular, nacional e revolucionário. Dessa forma, o cenário político e social da época é ainda mais “incendiado” e Vargas tem a escusa que precisava para se unir com as Forças Armadas, os integralistas, a Igreja, o empresariado, etc., aumentando as medidas repressivas e ascendendo o espírito do autoritarismo no Brasil.

Após a descoberta do Plano Cohen, cuja verdadeira história até hoje não foi completamente esclarecida, mas que, nas palavras de Diogo Malan, foi “urdido por duas figuras míticas: complô comunista e conspiração judaica” (MALAN, 2015,

p.14). Vargas, em 1937, executa o golpe do Estado Novo, estabelecendo um regime autoritário.

O Estado Novo varguista apresenta traços característicos de um modelo fascista de governo. Os principais, apontados por autores¹ que estudam esse período, são: a) ideia de um Estado forte e centralizador, com intensa intervenção do Poder Executivo nas esferas política, econômica e social; b) personificação do poder central na figura de um líder carismático e popular; c) repúdio ao parlamentarismo democrático, à pluralidade partidária e ao liberalismo, configurando o predomínio estatal, a obediência hierárquica e a passividade política da sociedade; d) combate a correntes políticas consideradas “exóticas”, até porque o golpe foi pautado em uma narrativa de suposta ameaça comunista; e) implementação de política migratória antissemita; f) larga utilização de órgãos de controle social e político dos dissidentes do regime, inclusive utilizando-se de recursos propagandísticos por meio do Departamento de Imprensa e Propaganda. Este órgão serviu como instrumento de censura e propaganda, reprimindo a liberdade de pensamento e expressão durante o governo.

A instituição do Estado Novo varguista não causou grandes mobilizações, por um lado, porque a classe dominante aceitou o golpe como necessário e positivo e, por outro, porque não havia mais espaço para os movimentos populares e os comunistas reagirem. Nesse cenário, estabeleceu-se uma nova etapa política com a entrada em vigor da Constituição elaborada por Francisco Campos, que viria a ser o Ministro da Justiça e o autor da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, tendo um papel fundamental no autoritarismo brasileiro.

A Constituição de 1937, como não poderia ser diferente, dava respaldo legal para o regime autoritário concedendo ao governo poderes praticamente ilimitados. Cabia, por exemplo, ao chefe do Poder Executivo, exercer a autoridade suprema do Estado, intervir nos Estados Federados e exercer a competência legislativa.

¹ MALAN, Diogo. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira. In MELCHIOR *et al.*. **Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 14.

Já no seu Preâmbulo era possível identificar as influências do contexto histórico da época:

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DE 1937).

Considerando que essa Constituição decretou o estado de emergência no país, os artigos dedicados aos direitos e garantias individuais tiveram vigência meramente formal. Mesmo assim, no campo do processo penal, muitas das garantias que hoje são consideradas essenciais para se ter um processo civilizado, como a presunção de inocência e a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, não estavam inseridas na Carta de 1937. Isso se dava principalmente porque na visão do governo as garantias processuais penais do acusado deveriam ser relativizadas e subordinadas ao poder punitivo estatal.

Por fim, nesse cenário de centralização do poder e de controle social, competia reprimir os indivíduos potencialmente perigosos devido à diversidade de pensamentos políticos. Nesse sentido, houve um fortalecimento da polícia para favorecer a dominação pela força. Mas para a população, que vivia com um generalizado sentimento de pavor, era propagada a ideia de necessidade de garantir a ordem pública frente às imaginadas ameaças da época.

Ainda na visão de Diogo Malan (2015), ao poder de polícia era assegurado várias medidas de repressão, tais como, a busca e apreensão de provas comprometedoras, pena de banimento, censura de correspondências e publicações, tortura, etc. e evidentemente que todas essas não necessitavam de autorização judicial.

Até aquele momento da história do Brasil como um país independente o Estado Novo de Getúlio Vargas foi a máxima da concentração de poderes e, portanto, a máxima do autoritarismo.

2.2 O Ministro Francisco Campos

Francisco Campos, dentre uma vasta carreira política, foi o Ministro da Justiça do Estado Novo varguista com uma extensa produção legislativa, sendo o autor responsável pela deplorável exposição de motivos do Código de Processo Penal. Produziu também obras políticas e discursos voltados para o processo penal, caracterizados pela criticidade à democracia liberal, ao voto secreto, ao parlamento e pela defesa do fortalecimento do Poder Executivo federal. Nas palavras de Gloeckner “este sujeito será literalmente, aquele que assina, parafraseando Derrida, a violência” (GLOECKNER, 2018, p.116).

Segundo Jarbas Medeiros (1974), o pensamento político de Campos era fundamentado em quatro pontos: a) visão apocalíptica de sua época, considerando a instabilidade do contexto histórico; b) percepção da sociedade como uma sociedade de massas; c) perspectiva autoritária e antiliberal de Estado, defendendo um Estado centralizador e intervencionista; d) elitismo.

Campos acreditava que a ampla participação popular, que não possuía conhecimento técnico-científico, era um equívoco. Para ele, a inclusão das forças irracionais no processo político só seria possível através do recurso ao mito e, quanto maior as massas, mais forte o mito. Nesse contexto, existia a construção da personalidade carismática que servia para deslumbrar as massas, sendo assim, considerava que “o regime político das massas é o da ditadura” (CAMPOS, 2002, p. 28).

Entendia que a democracia tinha uma essência mutável, pois estava pautada no grau de civilização de um povo e nos valores historicamente variáveis de acordo com a cultura, e que a consulta à vontade popular, o sufrágio universal e a alternância do poder em um curto período de tempo, não eram pressupostos desse regime. Para Campos (2002), o objetivo da democracia é a abolição de privilégios, a utilização, pelo povo, dos bens materiais e morais da civilização e a igualdade de oportunidades. Inclusive, nesse sentido, defendia que a Constituição de 1937 teve inspiração democrática.

O autoritarismo não era visto como um fenômeno antiético, estando, até mesmo, harmonizado com a democracia. No pensamento de Campos:

O Estado brasileiro, sendo democrático, é também autoritário, cabendo ao Presidente da República a autoridade suprema, exercida em nome do povo e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade. (CAMPOS, 2002, p. 115.)

Nessa concepção de regime democrático, defendia a limitação ao direito de voto e o voto aberto, facilitando o domínio do eleitorado devido à restrita capacidade de discernimento dos eleitores médios, além de investir contra o sistema de partidos.

Campos tinha, na síntese de Maria Rosa Vieira:

[...] a concepção de que às questões governamentais, no século XX, revestiam-se de um caráter eminentemente técnico e especializado, não podendo, em função disso, ser submetidas à discussão e à publicidade, pois além de não despertarem emoções, eram inacessíveis à compreensão da grande maioria das pessoas desprovidas de conhecimentos técnicos e especializados, o que inviabilizava o funcionamento da máquina política liberal.” (VIEIRA, 1990, p.01).

Distinguia ainda o autoritarismo do totalitarismo algo que, de acordo com Gloeckner², servia para naturalizar o regime autoritário, uma vez que era distinto do totalitário, e que tinha um caráter político. Esse estava atrelado a facilitar a justificação do governo de Getúlio Vargas, pois, apesar da aproximação, para chegar ao poder, e de ter diversos pontos em comum com a Aliança Integralista Brasileira, nenhum cargo foi designado aos integralistas. Junto a isso, um outro facilitador para o governo brasileiro ser apenas uma democracia com traços de autoritarismo, foi o fato de que Vargas não defendeu abertamente os regimes nazifascistas da Europa. Contudo, os autores que ajudaram a construir o regime varguista no sentido filosófico-político tinham ideias notoriamente inspiradas nos autores que, no panorama filosófico-jurídico-político, deram suporte aos regimes nazifascistas.

Por fim, deve ser analisado como os pensamentos de Francisco Campos influenciaram a legislação da época e, mais especificamente, o sistema processual penal.

² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. EbooksBrasil. 2018. p 126.

2.2.1 A influência da ideologia de Francisco Campos na legislação

Campos foi responsável por reformas de diversas legislações, como o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil, e instituiu várias leis, por exemplo, a Lei das Contravenções e a Lei dos Crimes Contra a Economia Popular. Além de ser o autor da Constituição de 1937.

De acordo com Jarbas Medeiros (1974), as reformas jurídicas que Campos realizou dão destaque ao novo papel assumido pelo Estado como regulador da vida social e econômica. Na esfera processual podem ser destacados três pontos: a) a substituição da concepção duelística de processo pela autoritária, isto é, o processo como instrumento de luta entre os particulares daria espaço para a investigação da verdade real e de distribuição da justiça; b) a concepção publicística de processo, pois o Estado deve ter um poder consideravelmente maior que o das democracias liberais; c) ideologia da defesa social, cabendo ao processo ser um instrumento de defesa da sociedade contra o crime. O que é problemático, pois desequilibra a balança entre o poder punitivo estatal e a defesa de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Campos (2002), a legislação processual penal antecedente ao CPP de 1941 assegurava aos acusados, mesmo que presos em flagrante, um catálogo de garantias processuais que dificultavam e atrasavam a repressão. Sendo assim, seria fundamental abolir a primazia do interesse individual sobre o da tutela social.

Nossas leis vigentes do processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um estímulo à criminalidade. [...] Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou colidência com o bem comum. (CAMPOS, 2002, p. 193).

Nesse cenário, caberia ao processo penal combater a criminalidade a partir da atuação de ofício do juiz (poderes instrutórios) e da livre apreciação da prova, com o intuito de permitir que o julgador descubra a verdade real produzindo

e interpretando os elementos probatórios de acordo com a sua própria consciência. Sendo assim, o juiz teria o monopólio do processo exercendo o autoritarismo neste campo.

Percebe-se, então, que no processo autoritário o magistrado atua com amplos poderes e o pretexto para isso é a garantia da segurança social. Portanto, a legislação deveria, para Campos, objetivar a disciplina.

Outra característica do processo autoritário, assim como do sistema inquisitorial, seria a busca pela eliminação do sistema rígido de formas. Para Campos, e aqui pode ser identificado uma de suas muitas aproximações com os teóricos fascistas da Itália de Mussolini, era necessário reduzir as nulidades ao mínimo possível com o objetivo de evitar a “perda de tempo”. Sendo assim, a declaração da nulidade só deveria existir em atos processuais em que o vício teve interferência considerável na sentença ou na investigação da verdade real. E, conforme afirma Gloeckner, esse discurso não é isolado sendo, inclusive, contemporâneo vez que se repete em entendimentos jurisprudenciais que se consolidam pela repetição atemporal desse modelo de processo³.

Na Exposição de Motivos do CPP de 1941, Campos não comenta expressamente sobre a presunção de inocência, mas deixa claro sua crítica em relação ao brocardo *in dubio pro reo*, que deveria ser restringido por se tratar de um excesso de pseudodireitos. Cabendo assumir que implicitamente se criou a presunção de culpabilidade como regra para o acusado. Ademais disso, deveria o *in dubio pro reo* ser repensado a partir dos poderes instrutórios do juiz.

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* (BRASIL. Exposição de Motivos do Código do Processo Penal, 1941, p.04).

Ou seja, em casos em que o magistrado tenha dúvida sobre ponto processual relevante, não deverá o acusado ser absolvido, mas sim existir uma atuação inquisitiva do juiz.

³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. EbooksBrasil. 2018.p.134.

Interessante pontuar ainda que Campos afirma que a nova legislação processual penal assegura, com muito mais eficiência, a defesa dos acusados. Diogo Malan explica que, de imediato e sem uma análise aprofundada, essa afirmação é contraditória porque:

(i) a previsão da condução coercitiva do acusado quando este for intimado, mas deixar de comparecer a ato que sem ele não pode ser realizado (artigo 260); (ii) o julgamento *in absentia* de acusados citados por edital (artigo 366), defendido por Campos ao argumento de que do contrário “estaria a lei criando uma prerrogativa em favor de réus foragidos, que, garantidos contra o julgamento à revelia, poderiam escapar, indefinidamente, à categoria de reincidentes”. (BRASIL. Exposição de Motivos do Código do Processo Penal, 1941, p.05)

Finalmente, apesar de Campos não ter abertamente declarado a influência do Código Rocco da Itália de Mussolini na legislação processual penal brasileira, em uma rápida análise, pode-se claramente percebê-la. Inclusive na Exposição de Motivos do CPP de 1941 há referência ao Ministro da Justiça italiano Alfredo Rocco.

2.3 A ABSORÇÃO DO PROCESSO PENAL ITALIANO PELO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O *Codice de Procedura Penale* de 1930 é um excelente exemplo de um sistema penal autoritário, baseado na ideia de prevenção e intimidação, que terá como alicerce o princípio inquisitivo. E, apesar da existência de elementos de diferenciação histórica, cultural, política e jurídica, que se associam em torno do processo, podem ser encontrados diversos elementos de congruência entre o Código Processual italiano e o brasileiro.

A legislação fascista italiana não surge abruptamente com a ascensão do regime autoritário, pelo contrário, nenhuma categoria era desconhecida dos juristas e os conceitos base já rodeavam o campo processual, tanto que o novo código foi elaborado fundamentando-se em uma ideia de continuidade de ajuste legislativo.

O método utilizado na Itália, que antecede o fascismo, mas é absorvido por ele e que encontrou bastante adeptos no Brasil, foi o técnico-jurídico. Esse teve Arturo Rocco como primeiro expoente e tinha como objetivo desenvolver a ciência

penal como autônoma, com métodos e objetos próprios que não se mesclavam com outras ciências, principalmente a sociologia, a filosofia e a política.

O tecnicismo-jurídico foi apresentado em uma famosa aula magna na Universidade de Sassari e tinha como uma das principais características defender a pena como uma reação e consequência do crime, tendo função preventiva e de retribuir ao delinquente o mal causado.

2.3.1 Uma Breve Análise do Código Rocco

Alfredo Rocco foi o responsável por apresentar ao Parlamento da Itália uma reforma técnica que seria capaz de combater a delinquência e a criminalidade. Gloeckner, referindo-se à ascendência do fascismo italiano, destaca que “no fundo, Rocco sabia muito bem da importância do sistema de justiça para o processo de formação do Estado” (GLOECKNER, 2018, p.276).

Em síntese, ao discutir o objetivo do novo código, Rocco afirma o seguinte:

Obter a máxima celeridade dos procedimentos, de forma compatível com às exigências da justiça; eliminar todas as superfluidades; combater as causas e as manifestações de capciosidade; opor-se à degeneração acadêmica ou teatral das discussões; acrescer o prestígio e a seriedade à defesa; punir as fraudes e as temeridades processuais; impedir as impugnações infundadas; elevar a autoridade do juiz; restituir ao Ministério Público as funções que lhe são próprias; fazer com que a justiça substancial seja sempre precedente à justiça meramente formal.” (ROCCO, 1929, p. 07).

Essa legislação concebia o direito à liberdade como suscetível de ser relativizado ou reduzido, pois era concedido pelo Estado. Dessa forma, os direitos individuais estavam subordinados aos interesses da defesa social.

Um dos pontos em comum com o CPP brasileiro é a atuação inquisitiva do magistrado que é mascarada pelo princípio do livre convencimento. Segundo Vincenzo Manzini (1996), o responsável pela elaboração da legislação processual penal italiana, esse princípio significa que “o juiz penal tem total liberdade relativamente à sua convicção em tudo o que respeita às condições que legitimam, excluem ou modificam a pretensão punitiva do Estado” (MANZINI, 1996, p. 263).

Logo, verifica-se uma concessão para que os juízes decidam de forma arbitrária, da maneira que lhes convier.

Outra temática semelhante que vale a pena ser mencionada é a da verdade real, um dos fundamentos do Código Rocco e muito citada por Francisco Campos. Sucintamente, é o interesse do juiz em descobrir elementos para formar o seu convencimento. Está diretamente relacionada com as provas processuais, uma vez que o magistrado tinha o dever de ordenar ou cumprir de ofício as buscas que julgasse necessárias para o descobrimento da verdade, sendo assim, sequer estava obrigado a formar sua decisão nos elementos apresentados pela defesa e o Ministério Público.

Inclusive a verdade real foi utilizada como limitação ao contraditório que, no Código Rocco, era bastante deformada. Manzini acreditava que o contraditório não se conciliava com a fase de investigação, devendo, por isso, ser distanciado nesta etapa, pensamento que perdura no Brasil contemporâneo. Até porque, para o autor, não havia uma primordialidade de um debate direto entre a acusação e a defesa, já que ambos não estavam necessariamente no mesmo patamar.

Poderiam ser destacados diversos outros pontos que as legislações processuais penais brasileira e italiana têm em comum, mas a intenção era apenas demonstrar que os princípios basilares de um código, não somente ultrapassado como também construído por autores fascistas em um contexto histórico igualmente fascista, foram absorvidos e tolerados de forma tão absurda que permanecem atuais nas doutrinas e jurisprudências que optaram por “fechar os olhos” para essa obscuridade que rodeia o processo penal.

3 A ATUAÇÃO DO JUIZ EM UM CÓDIGO COM DISPOSITIVOS FLAGRANTEMENTE INQUISITIVOS E AUTORITÁRIOS

O autoritarismo processual está intrinsecamente relacionado com a adoção de um modelo com traços inquisitivos. Inicialmente, cabe esclarecer que existem três sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto.

A principal característica do sistema acusatório apontada pela doutrina é a separação das funções exercidas ao longo da persecução penal, ou seja, o órgão

acusador será diferente do julgador. Além disso, o acusado deixa de ser um objeto do processo para assumir o papel de parte, sendo fundamentais a garantia do tratamento respeitoso e digno e a imparcialidade do juiz. Outro tópico importante a ser destacado é que nesse sistema a gestão das provas é exclusiva das partes, sendo o magistrado um mero espectador.

Por sua vez, o sistema inquisitório é o mais antigo de todos e se qualifica pela concentração dos poderes processuais em um único órgão. Surgiu para proteger os interesses persecutórios do Estado, sendo, para tanto, repressivo e negando a iniciativa popular. Dessa forma, não existia o contraditório e a ampla defesa, sendo o acusado um mero objeto do processo. Destaca-se ainda que o processo corria secretamente, não havendo a publicidade dos atos.

Por último, o sistema misto seria a tentativa de um modelo mais justo com os acusados se mantendo traços inquisitivos. Sendo assim, o modelo inquisitorial se faz presente na investigação preliminar e na instrução preparatória enquanto que na fase de julgamento o processo é do tipo acusatório. A objeção a esse sistema é que dentro do processo será utilizado como prova os conceitos e elementos obtidos durante a fase de investigação, que tem como característica a ausência da ampla defesa e do contraditório, logo, o equilíbrio entre acusação e acusado seria prejudicado.

3.1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A maior parte da doutrina brasileira, assim como o STF e o STJ, afirma que o sistema acusatório é o vigente no Brasil contemporâneo. Essa corrente parte do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 adotou esse princípio implicitamente ao separar as funções de julgar e acusar. Porém aceitar essa afirmação de forma acrítica seria comodismo até porque é um pensamento que vem fundamentado no mito de que a Carta Constitucional alterou de forma significativa uma estrutura processual embasada em um código com diversos dispositivos inquisitórios, como se a legalidade democrática apagasse completamente a legalidade autoritária.

Sobre o assunto, Gloeckner destaca:

Na doutrina processual penal [...] afirma-se, grosso modo, a reciprocidade ou a bilateralidade entre democracia e sistema acusatório, implicando justamente na reversibilidade a *contrario sensu*: sistema inquisitório e regimes políticos autoritários. Seria interessante analisar este pensamento à luz do quadro normativo brasileiro: ou bem o Brasil possuiria um sistema inquisitório e, em decorrência disso não seria democrático, ou bem então a democracia brasileira haveria de ter espantado os fantasmas do modelo inquisitório. O interessante é que independente das modificações legislativas brasileiras infraconstitucionais, o código de processo penal se mantém hígido em seus institutos fundamentais. Por outro lado, a Constituição da República anuncia uma série de garantias processuais penais que deveriam constranger ou limitar o poder punitivo (GLOECKNER, 2018, p. 173).

Nesse contexto, o sistema brasileiro, seria nada mais do que um sistema constitucional, horizontalmente protegendo às garantias processuais penais, porém sem, ou com reduzida, eficácia plena.

Em relação à possibilidade de iniciativa probatória do juiz, art. 156 do Código de Processo Penal⁴, Eugenio Pacceli Oliveira (2011) acredita que essa permissão é limitada e não seria suficiente para descaracterizar o sistema acusatório.

O nosso modelo atual, cujo perfil se consolidou somente a partir da vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, aproxima-se muito mais de um sistema de feição acusatória que de prevalência inquisitorial. Não era este, porém, o perfil traçado pelo Código de Processo Penal de 1941, em que se permitia a iniciativa acusatória ao próprio juiz, além de se reservar a este amplos poderes probatórios, inclusive como atividade substitutiva da atuação do Ministério Público. Entretanto, o sistema de garantias individuais instituído no art. 5º da CF, integrado ainda pelos diversos documentos internacionais afirmativos de direitos e apontadas garantias, caso do conhecido Pacto de São José da Costa Rica, permite um redimensionamento do modelo construído do Código de Processo Penal, em bases completamente distintas (PACCELI, 2011, p.20).

Nesse sentido, a legislação processual penal vigente aparece como coadjuvante na própria ação penal em virtude da entrada em vigor da Constituição, que teria dado uma “base completamente distinta” a dispositivos do CPP que continuam plenamente válidos.

Um outro ponto utilizado por essa corrente é o de que o inquérito policial, sem contraditório, ampla defesa e publicidade, não é processo. Logo, não pode

⁴ **Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

influenciar no sistema processual adotado, mesmo acompanhando a inicial e podendo influenciar direta ou indiretamente a decisão do magistrado.

Há ainda a corrente doutrinária que entende o sistema processual penal como sendo misto, uma vez que ainda existem resquícios inquisitivos no código processual, portanto, uma incompatibilidade entre a CF/88 e o CPP.

Para o jurista Mauro Fonseca de Andrade (2008) todas as garantias que levaram a doutrina a afirmar que o sistema processual é acusatório já estiveram presentes no sistema misto e inquisitivo ao longo da história, de forma associada ou separada. Afirma ainda que essas garantias, por exemplo, princípio da ampla defesa, da publicidade e da oralidade, não foram inauguradas pela CF/88.

A Constituição de 1967, em seu art. 153, abria o Capítulo IV, referente aos direitos e garantias individuais. E nele encontramos a presença da igualdade (§1º), a ampla defesa e possibilidade de recursos (§15º), o princípio do contraditório (§16º) e previsão do tribunal do júri (§18º). Esses mesmos direitos e garantias foram mantidos pela Emenda Constitucional I, de 17.10.1969, que sequer alterou o número dos parágrafos onde eles se encontravam anteriormente. Ninguém nega que esses textos constitucionais estavam inseridos em um contexto não-democrático, pautados pelos mandos e desmandos de uma ditadura militar. Da mesma forma, não há que se esquecer que, antes de 1988, a doutrina nacional, quase de forma unânime, apontava o processo brasileiro como seguidor do sistema misto. Por isso, o que queremos deixar claro é que essas garantias, presentes ontem e hoje em nossa Constituição, em nenhum momento se prestam a definir esse ou aquele sistema de processo penal (ANDRADE, 2008, p. 455).

Percebe-se, portanto, ser falha uma correlação imediata entre regime democrático e sistema acusatório. Esse paralelismo inclusive constituiu, na expressão de Enio Amodio, o “garantismo inquisitório”⁵, que, no caso do Brasil, seria a sobrevida do código do Estado Novo varguista marcado por superficiais alterações realizadas ao longo de mais de 70 anos de vigência. Portanto, nesse sentido, a convicção na transição para um sistema autorizou que as práticas punitivistas se estabilizassem.

3.2 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

⁵ AMODIO, Enio. Motivazione della Sentenza Penale. *In Enciclopedia del Diritto* n. 27. Milano: Giuf-firé, 1977. p. 182.

O atual CPP teve projeto assinado por José de Alcântara Machado e comissão revisora composta por Antônio Vieira Braga, Narcélio de Queiroz, Cândido Mendes de Almeida, Nelson Hungria, Roberto Lira e Florêncio de Abreu. Francisco Campos, como não poderia ser diferente, deu suporte e participou ativamente no trabalho de elaboração dando diretrizes a serem seguidas o que inclusive foi visto pela comissão como uma oportunidade de “conhecer os altos critérios de sua exemplar técnica de legislador e de estadista” (QUEIROZ, 1943, p.11).

Não existem registros públicos formais que indiquem o que foi debatido e como essa comissão trabalhou. Nas palavras de Roberto Lira:

A marcha da elaboração não foi registrada. Nem podia ser, dadas as circunstâncias de trabalho de equipe com reconsiderações e correções até a última hora. Nenhum de nós teve a preocupação de perpetuar rastros no cruzamento dos passos de todos, sob a regência de autocrítica e da boa fé, nas contrações frustradas de cada ideia, na ânsia torturada de perfeição, na plenitude da boa vontade sempre modesta e insatisfeita (LIRA, 1977, p. 47).

Lira justifica ainda que a não publicidade dos registros se deu em virtude do trabalho ter sido realizado sob “clima autoritário”. Como já conhecido, a legislação processual foi implementada em um contexto nacional anti-democrático e anti-liberal e bastante influenciada pela Itália, isto pode ser percebido de imediato tanto pelas várias menções feitas a Alfredo Rocco como pelas diversas referências e citações de processualistas e penalistas italianos.

Gloeckner (2018), dentre outros pontos, destaca que as linhas de trabalho para a elaboração do código foram pautadas: a) no entendimento do processo como instrumento de dominação pública; b) na substituição de uma concepção duelística de processo por uma autoritária; c) no pensamento de que “a Justiça é o Estado e o Estado é a Justiça”; d) na concessão da direção do processo ao juiz, assumindo grande relevância, uma vez que seria a personificação do interesse do Estado e do povo; e) no papel do juiz na produção de provas.

Nesse cenário, é ilusório acreditar que o código atual permita a atuação de um modelo acusatório, ainda que fundamentado pela Constituição, pois seus dispositivos permanecem, em sua essência, os mesmos. Se na época de sua implementação já era incoerente afirmar que a legislação foi construída unicamente

com vetores técnicos independentes do quadro autoritário proporcionado pelo Estado Novo, sustentar, hoje, a desnecessidade de uma reforma completa no código de processo penal com base na falácia de que se encaixa com um regime democrático é, no mínimo, irresponsável.

Com efeito, na Exposição de Motivos⁶, Campos deixa claro que o critério norteador foi a submissão dos direitos e garantias individuais ao interesse social. Portanto, o código tinha como objetivo facilitar a ação repressiva do Estado, afastando direitos e garantias que a tornasse ineficiente.

Apesar disso, Campos força uma ideia de equilíbrio entre defesa e acusação além de afirmar que o código estaria pautado também na proteção dos direitos da defesa.

E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados. Ao invés de uma simples faculdade outorgada a estes e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal. Nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor. A pena de revelia não exclui a garantia constitucional da contrariedade do processo. Ao contrário das leis processuais em vigor, o projeto não pactua, em caso algum, com a insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa (BRASIL. Exposição de Motivos do Código do Processo Penal, 1941, p.02)

Ora, garantir que o réu não seja um mero objeto no processo é o mínimo, mas nem de longe o suficiente, para que exista a possibilidade de um equilíbrio processual. Além disso, conforme afirma Nilzardo Carneiro Leão⁷, não há grandes oportunidades para asseguramento do contraditório e da plenitude da defesa, já que, a legislação processual penal é fruto de um sistema de inclinações fascistas.

Nesse mesmo sentido, Nereu Giacomolli (2015) pontua como uma das características inquisitórias que podem ser encontradas no CPP a posição ocupada pelo acusado. Os direitos e as garantias da defesa são inferiorizados relativamente à acusação, de modo que o acusado não é entendido como um sujeito de direitos.

⁶BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Disponível em <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em 21 de junho às 15:09.

⁷ LEÃO, Nilzardo Carneiro. **Princípios do Processo Penal**. Recife: Imprensa Universitária, 1960. p. 92

Por fim, cabe ressaltar que a estrutura autoritária e inquisitória do código não está apenas na “conta” da comissão, já que essas características vão além dos dispositivos processuais, mas na irresponsabilidade da doutrina, da jurisprudência, do ensino jurídico e dos representantes do Estado que propagam discursos retrógrados de forma acrítica.

3.3 O PODER DO JUIZ NO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL

No processo penal brasileiro a figura do juiz foi se modificando para se encaixar com a concepção publicística de processo. Sendo assim, o magistrado deixa de ser um mero espectador e passa a ser um juiz que participa ativamente do processo, intervindo quando necessário com o objetivo de efetivação do poder punitivo. Nesse sentido, César Salgado comenta que:

Dentro de breve tempo, não mais existirá, nos quadros do processo criminal, a figura solene do juiz estático. Diz-se, e com razão, que o juiz é funcionalmente estático, pois só age quando provocado. Vamos agora conhecer o juiz dinâmico. Ele não será mais, diz a Exposição de Motivos, um 'espectador inerte de produção das provas', mas descerá, também, à arena trepidante onde se digladiam às partes, para acompanhar a contenda e nela intervir, se necessário. É o que estabelece o novo Código, ao conferir ao juiz a faculdade de ordenar, de ofício, a produção de qualquer prova além das apresentadas pelos litigantes (SALGADO, 1942, p.346).

Confirmando o pensamento de Salgado, o próprio Narcélio de Queiroz afirma que a legislação dá ao magistrado “amplo arbítrio”, uma vez que todo o código foi conduzido no sentido de oferecer ao juiz “maior responsabilidade na repressão” (QUEIROZ, 1943, p.12). Por sua vez, Roberto Lira reproduz este pensamento declarando que o magistrado tem plenos poderes no processo penal e “corrige a chicana, a cavilação, a alicantina, o sofismo, o verbalismo protelatório” (LIRA, 1977, p. 64).

Percebe-se, assim, a validação pelo código processual de um juiz pró ativo e com poderes inquisitivos que tinha como objetivo facilitar a repressão. Esse modelo continua operando até hoje graças ao problemático discurso de que cabe ao magistrado a busca pela verdade.

A ideia de garantia da verdade processual, que disciplina as relações de poder entre as partes e o juiz, se ramifica em três importantes elementos que devem ser analisados: princípio da liberdade das provas, princípio do livre convencimento do juiz e verdade real.

3.3.1 O Princípio da Liberdade das Provas

O CPP atribuiu ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, desde a instrução criminal até proferir a sentença. Sendo assim, a coleta das provas não estaria sujeita a limitações, cabendo ao magistrado, quando necessário para formar a sua convicção, ordená-las de ofício. Logo, “o juiz criminal é restituído a sua própria consciência”⁸. Dessa forma, fica ultrapassada a “certeza legal” como um sistema rígido das fontes e dos meios de prova.

Para sustentar a liberdade das provas, mais uma vez aparece o argumento de que o processo criminal deve ser completamente submetido ao interesse e à defesa social, para tanto, a atuação investigadora do juiz não poderia ser limitada.

A problemática dessa falta de limitação é a debilitação da presunção de inocência. Fato que pode ser notado de imediato na Exposição de Motivos redigida por Campos quando ele afirma “enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”⁹. Ou seja, a incerteza do juiz sobre ponto relevante não provoca a absolvição, mas sim uma atuação inquisitorial.

Em síntese, resta claro que em nome de tornar mais eficiente a repressão, que é mascarada pelo argumento de esclarecimento e da busca da verdade, é permitido enfraquecer os direitos do acusado.

3.3.2 O Princípio do Livre convencimento

⁸ CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.**

⁹ CAMPOS, Francisco. *Idem.*

A ideia de livre convencimento, assim como a da liberdade das provas, está conectada com a da verdade real, formando a trílice que, conforme Gloeckner “libera o juiz de quaisquer cânones interpretativos ou valorativos no momento de proceder à decisão” (GLOECKNER, 2018, p.409).

Resumidamente, o princípio do livre convencimento consiste em desvincular a necessidade do julgamento do juiz de estar atrelada a qualquer doutrina, possibilitando, então, a decisão segundo sua intuição, contanto que esteja fundamentada. Inclusive, essa fundamentação foi entendida pela doutrina como uma limitação suficiente, pois a livre convicção está pautada “pela consciência do juiz na responsabilidade da sua função” (BARROS, 1971, p.699) , sendo possível se utilizar até de elementos de fora dos autos, “sem normas nem regras outras senão as de buscar a verdade, onde quer que se possa encontrá-la” (ROSA, 1982, p.270).

Nesse sentido, Tourinho Filho (2008) exemplifica que o magistrado “pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas e respaldar sua decisão num único depoimento” (TOURINHO, 2008, p.44), ou seja, pode optar por uma hipótese mesmo que ela seja divergente da maioria das provas coletadas.

Um dos efeitos da livre convicção é a sua desconformidade com o princípio do equilíbrio entre acusação e defesa. Considerando que o magistrado pode manifestar preferência, fundamentadamente, entre fatos, normas e provas que incidiram sobre o caso, a sentença pode julgar sem a necessidade de se prender ao que é proposto pela acusação. Compartilhando desse ponto de vista, Roberto Lira (1977) acreditava que o juiz apreciava livremente as provas e as definições jurídicas. Pode condenar *ultra e extra petitem*, proporcionar outros enquadramentos, condenar, apesar do pedido de absolvição, e aplicar pena mais grave que a postulada (artigos 383 a 385, do CPP)¹⁰. Ou seja, essa estrutura ignora um limite entre imputação e decisão judicial.

Por fim, outra consequência que vale ser mencionada é a possibilidade de o juiz decidir a partir de elementos utilizados no inquérito policial. O jurista José Frederico Marques entende que:

¹⁰ LIRA, Roberto. Código de Processo Penal de 1941. In **Direito Penal Normativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977. p. 64-65.

Tudo depende das circunstâncias do caso, como, aliás, sempre acontece, quando se focaliza a 'livre convicção'. Se os indícios e elementos circunstanciais do factum probandum forem tais que gerem a convicção de que a instrução probatória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um outro desses elementos para fundamentar, complementarmente, a sua decisão (MARQUES, 1965, p.160).

Ou seja, se os inquéritos policiais podem, mesmo sem ser de forma exclusiva, ser um elemento para subsidiar a decisão do magistrado, tem-se um contraditório sacrificado.

Na prática, o livre convencimento acaba por se tornar um passaporte para que as mais diversas decisões, algumas até contestáveis quanto às regras legais, sejam aceitas por estarem "fundamentadas".

3.3.3 A Verdade Real

Para finalizar a tríade que fornece poderes inquisitivos ao juiz, tem-se o princípio da verdade real. Esse efetivamente garante o protagonismo ao magistrado por entender que só ele é capaz de asseverar a justiça por meio de um processo que obteria a certeza (ou não) da autoria do crime.

Sendo assim, o processo criminal deveria divergir do processo civil e não se contentar com as provas e os argumentos oferecidos pelas partes, sendo papel do juiz conhecer para além disso. Logo, a atuação inquisitiva não era um problema se a verdade real fosse alcançada.

A grande problemática em torno desse "princípio", além das já citadas anteriormente, é a destruição do *in dubio pro reo*. Uma vez que o juiz pode não se contentar com o que foi trazido pelas partes processuais, pode também destinar-se em busca da "verdade", garantindo as provas adequadas para formar sua convicção.

Ao falar sobre a verdade real, Joaquim Canuto Almeida explica que:

Em suma, acham-se as partes, no processo penal, vinculadas por tal forma à verdade real, que ao juiz, e não a elas, é quem incumbe definir, segundo sua convicção, os termos da questão como deveriam postular-se, e os meios de prova, como haveriam de produzir-se. Essa incumbência reflete o poder-dever inquisitivo de o juiz decidir: a) segundo às alegações das partes, apenas e tão só quando o que elas postulam se revela conforme a

verdade real, ou quando pôsto por ele de conformidade com a verdade real; b) e com fundamento nas provas produzidas pelas partes, apenas e tão só quando conforme às exigências de demonstração dessa mesma verdade real, ou quando postas por ele de conformidade com tais exigências. A doutrina dá o nome de princípio da verdade real à regra em razão da qual o juiz vela pela conformidade da postulação das partes com a verdade real, a ele revelada pelos resultados da instrução criminal (ALMEIDA, 1957, p.121).

Apesar de existirem críticas à verdade real e de ser um princípio anterior ao Código de Processo Penal de 1941, ainda hoje encontra espaço na doutrina e na jurisprudência brasileira.

3.4 A ATUAÇÃO EX OFFICIO DO JUIZ

A tríade dos princípios inquisitivos abriu espaço para dispositivos igualmente inquisitoriais e autoritários que permitem a atuação de ofício do juiz. Podem ser destacados, além dos casos já citados, os artigos 383, 385 e 574, do Código de Processo Penal.

3.4.1 O Artigo 383

O artigo 383 do CPP trata do instituto da emendatio libelli que possibilita ao juiz modificar a descrição do fato contido na denúncia ou queixa para atribuir-lhe definição jurídica diversa, mesmo que cause a aplicação de uma pena mais grave.

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

De certa forma, permite ao juiz decidir para além do que foi delimitado no âmbito da imputação, reclassificando juridicamente a acusação. Isso é fundamentado por Campos (2002) com relação a Exposição de Motivos:

O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um quantum de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena. Em razão do antigo sistema,

ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia, para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição¹¹.

O instituto da *emendatio libelli* estaria em concordância com: a) o interesse da defesa social, garantindo o maior êxito possível na condenação de criminosos; b) inexistência de um direito a uma pena determinada, considerando que o direito do criminoso é “unilateralíssimo”, o juiz não deveria ser limitado pela imputação que o Ministério Público ofereceu; c) prejuízo ao bem social, dando a entender que, diferentemente do interesse condenatório, o interesse defensivo é unicamente privado.

Percebe-se, portanto, a *emendatio libelli* como um julgamento para além dos limites dados pela própria acusação, atacando o princípio do equilíbrio entre acusação e defesa, além de conceder ao magistrado múltiplas funções no desenvolver do processo.

3.4.2 O Artigo 385

O artigo 385 do CPP dispõe que: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

Inicialmente, cabe destacar que existe uma discussão doutrinária acerca da recepção desse dispositivo pela Constituição Federal de 1988. A primeira corrente acredita na invalidade desse artigo, uma vez que vai de encontro ao texto constitucional e ao sistema acusatório, como é exemplificado por Paulo Rangel:

O art. 385 do CPP não foi recepcionado pela Constituição da República. Não está mais autorizado o juiz a decidir, em desfavor do acusado, havendo pedido do Ministério Público em sentido contrário. O titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público e não o juiz. A busca da verdade, pelo juiz, compromete sua imparcialidade na medida em que deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade

¹¹ BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, 1941.

com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão acusatória (RANGEL, 2012 p.66).

Por sua vez, a segunda corrente entende que o dispositivo ainda é válido, mesmo sendo incompatível com um sistema processual acusatório.

Do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto de sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso (NUCCI, 2010, p.729).

Este é inclusive o entendimento do Superior Tribunal Federal, um dos responsáveis por tornar o sistema inquisitivo e o autoritarismo processual penal atuais.

Tem-se, portanto, no processo penal brasileiro a figura do juiz como um ente que tem a obrigação jurídica de conduzir o feito até o seu deslinde, tomando as providências que julgar necessárias contanto que fundamente sua decisão.

Além disso, o dispositivo ainda torna possível o reconhecimento de ofício de agravantes pelo juiz. Ora, um reconhecimento que reflete direta e negativamente no direito de defesa do acusado, uma vez que sequer teve a oportunidade de contra-argumentar. Nesse ponto, o STF vai além ao afirmar que as agravantes, ao contrário das qualificadoras, não precisam constar da denúncia para serem reconhecidas pelo juiz. Sendo suficiente, para que incidam no cálculo da pena, a existência nos autos de elementos que as identifiquem¹².

Percebe-se, assim, que o artigo 385 do código permite uma atuação imparcial do juiz que foi mantida, fundamentada nos princípios do livre convencimento e da verdade real, mesmo após a Constituição de 1988.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 93.211-8 DJe**. Distrito Federal. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau, 12 de fev. 2008. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523395> > Acesso em 24 de junho de 2021 às 13:42.

3.4.3 Artigo 574

Por fim, convém uma breve análise da atuação do juiz no sistema recursal no que condiz ao artigo 574 do CPP.

Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder habeas corpus;

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

De imediato, depreende-se da leitura do artigo que o recurso de ofício só é permitido para decisões favoráveis ao acusado.

Parte da doutrina entende o dispositivo não como um recurso, mas como um reexame necessário. Isto é, uma condição de eficácia da sentença para produzir o trânsito em julgado. Dessa forma, seria constitucional, e é esse o entendimento jurisprudencial.

Por outro lado, existe ainda o assertivo entendimento de que esse dispositivo não foi recepcionado pela CF/1988 por violar o artigo 129, inc. I, que confere ao Ministério Público a exclusividade de promoção da ação penal¹³. Além disso, contraria o sistema acusatório e os princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que não há razão para a decisão ser contraditada pela acusação e a defesa fica impossibilitada de oferecer contrarrazões.

Dessa forma, o artigo 574 permite basicamente que o juiz atue como se fosse o órgão de acusação, adentrando em um espaço que não o compete.

4 A SOBREVIVÊNCIA NO BRASIL DO MODELO AUTORITÁRIO DE PROCESSO PENAL

¹³ BRASIL. Constituição federal de 1988.

Segundo Gloeckner (2018), do ponto de vista da criminologia, o autoritarismo é um elemento inevitável de todo sistema penal, por três motivos: a) todo sistema penal admite a existência de sistemas penais subterrâneos; b) todo sistema penal exerce a “seletividade” natural, ou seja, os órgãos executivos são autorizados por lei para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, porém atuam quando e contra quem têm vontade; c) o poder punitivo é caracterizado pelos traços da inconstitucionalidade, ilegalidade ou irracionalidade. Nesse sentido, mesmo nas democracias seriam localizadas, em maior ou menor grau, posturas autoritárias.

Como já mencionado, a mudança de um regime autoritário para um democrático não implica instantaneamente em uma modificação no sistema e na prática processual penal. Mesmo porque a transição permite a existência simultânea do novo com o velho, então, não seria incoerente se falar em permanências autoritárias no processo.

Sobre o assunto, Anthony Pereira faz o seguinte comentário:

A formulação mais adequada seria apontar que a nova legalidade democrática (para não se falar de novo estado de direito) não supera por completo a legalidade anterior. Aqui, como na Alemanha, mesmo que tenhamos nos acostumado com o funcionamento de uma democracia fundada na lei, esta não está imune a recaída em atitudes autoritárias que tomam a forma de intolerância em relação a grupos marginais, estrangeiros e críticos radicais. As décadas pós implantação da democracia nos três países do Cone Sul, são marcadas por recaídas nas quais as garantias do devido processo inexistem para a maioria da população, em particular para os afro-latinos, os indígenas, as mulheres, as crianças, os adolescentes, LGBT (PEREIRA, 2010, p. 12-13).

Um dos principais responsáveis pela conservação do modelo autoritário brasileiro foi o tecnicismo jurídico de Arturo Rocco, modelo base do Código de Processo Penal brasileiro. A partir do momento em que foi estabelecido um modelo científico para a elaboração do ordenamento, os juristas sentiram-se amparados por este discurso justificando que o código foi baseado em um método científico e não em ideais fascistas. Nas palavras de Ricardo Sontag: “o tecnicismo é que articulará a noção de código como objeto técnico com um auditório imaginado juridicamente tecnicizado, isto é, em que os destinatários do texto legislativo seriam especialistas em sentido exclusivamente jurídico” (SONTAG, 2009, p.71).

O método técnico-jurídico não ficou agarrado a um momento temporal específico e seus efeitos foram profundos.

Outro ponto de extrema relevância é a premissa de que a Constituição teve a suposta capacidade de garantir um modelo democrático de processo penal, bloqueando tendências de conteúdo político autoritário. Nesse contexto, a incompatibilidade entre Estado de Direito e Estado Totalitário foi significativa, já que a existência de um apagara por completo as características do outro. Sendo assim, a nova CF garantiu a total divisão entre um período pré-constitucional e um democrático.

Por fim, e no mesmo sentido, a doutrina e os tribunais superiores brasileiros impediram também uma reconfiguração do sistema processual. Na medida em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça conservam entendimentos autoritários, a prática processual penal, independente das reformas realizadas na legislação, é conservada.

Em relação ao STF, Gloeckner comenta que:

O autoritarismo brasileiro sobrevive graças à manutenção da continuidade dos entendimentos da corte que foram sustentados, se aprimoraram ou ainda, foram criados em pleno regime ditatorial e que se perpetuam após o advento da Constituição da República. O autoritarismo processual penal brasileiro passa necessariamente pelo autoritarismo da corte constitucional, e que não se deve confundir com episódicas manifestações liberais que podem ser encontradas eventualmente em decisões de seus membros, cuja regra é a falta de sistematicidade (GLOECKNER, 2018, p. 335).

Indiscutivelmente existem decisões ao longo da história do STF que afastam procedimentos normativamente irregulares, podendo até mesmo servir como um inconveniente para o exercício do poder punitivo. Mas essas não devem ser confundidas com a atuação do Supremo Tribunal em relação à omissão, de muito tempo, em reprimir os excessos e as incompatibilidades democráticas do CPP.

4.1 O TECNICISMO JURÍDICO

O tecnicismo jurídico foi um movimento iniciado por Arturo Rocco, idealista do Código de Processo Penal Italiano, que acreditava na necessidade de uma retomada do direito pelos juristas. Esse movimento foi muito bem recepcionado no Brasil, inclusive pelos autores do CPP brasileiro, sendo um elemento essencial para se construir um código técnico que permitiria a eficácia do direito repressivo.

Apesar de Francisco Campos ter sido o idealizador do código processual penal, a comissão encarregada de revisar o projeto foi composta por professores e magistrados que também tinham ideais autoritários, até porque, se não tivessem, não teriam sido convidados. Nelson Hungria, por exemplo, afirmou que: “o tecnicismo jurídico tem sido, na esfera do direito penal, algo semelhante ao fascismo na esfera política” (HUNGRIA, 1934, p.255). Aqui Hungria faz um elogio ao fascismo porque entende que assim como esse regime foi uma barreira para as ideias políticas “turbulentas” da época, o tecnicismo jurídico seria um obstáculo às teorias simplistas do direito penal. Ponto interessante é que não obstante as claras inclinações fascistas, textos de Hungria já foram associados com uma interpretação constitucional do direito penal, desfigurando, assim, o horizonte democrático brasileiro.

Neste contexto, a sobrevivência acrítica dos autores tecnicistas como fontes apolíticas perpetuaram as práticas autoritárias, mesmo em um período democrático. Até porque, como já se pôde notar, o tecnicismo não foi um movimento politicamente imparcial e permitiu que as legislações autoritárias fossem não apenas aceitas como também consideradas obras neutras. De acordo com Diego Nunes, “os regimes de força brasileiro e italiano souberam empregar isso a seu favor, utilizando a maleabilidade do tecnicismo para dar conta da demonstração de forças do autoritarismo como reformas penais” (NUNES, 2016 p.175).

Com o movimento tecnicista surgiram dois conceitos-chave, uma vez que o processo penal precisava se “cientifizar”: o conceito de ação penal e o de relação jurídica. O primeiro estava relacionado com o direito de ação por parte do Estado, de modo que, independentemente dos elementos existentes contra o acusado, o Estado tinha o direito de ação.

No tocante ao segundo conceito, Gloeckner comenta que:

No que diz respeito à teoria da relação jurídica, devemos lembrar que ela convoca uma base de direito material, insuportável de ser assimilada em um processo penal democrático. Não há teoria da relação jurídica que possa ser sustentada, sem um direito subjetivo que reforce a conexão (mesmo de índole processual), existente entre acusador e acusado. Nossa doutrina fala em direito subjetivo de punir: jus puniendi. Essa é uma importante expressão desenvolvida por Arturo Rocco, que afirma a preexistência de um direito frente à violação da norma penal (GLOECKNER, 2018, p. 158-159).

O movimento tecnicista teve ainda relação com o desenvolvimento de outros conceitos processuais penais como a noção de pretensão punitiva (desenvolvida por Karl Binding e aprimorada por Manzini no processo fascista), do abandono da forma processual que foi julgada inconveniente, do modelo processual penal misto e a recepção da prisão preventiva como garantidora da ordem.

Gloeckner destaca ainda que o movimento tecnicista foi fundamental para a “ressignificação autoritária de dispositivos considerados novos, mas que atuam em nítido compasso com posturas antidemocráticas”(GLOECKNER, 2018, p.161). Utiliza como exemplo as prisões temporárias ou preventivas com a finalidade de extrair “colaborações premiadas”; a deformação da teoria da prova ilícita e a introdução de “meios ocultos de obtenção de prova”; a criação de penas administrativas para o uso do direito silêncio no processo penal (Lei de Lavagem de Dinheiro e Código Tributário), etc.

Evidentemente que o tecnicismo não é mais utilizado da mesma forma que em 1940, isto é, em níveis fascistas. Na atualidade suas consequências são vistas na reprodução de discursos aparentemente democráticos, mas que estimulam práticas autoritárias. Nesse contexto, tem-se um tecnicismo mascarado com algumas categorias da democracia e do direito constitucional para tentar desviar dos sentidos autoritários, dando ao constitucionalismo uma tendência conservadora e autoritária, por mais contraditório que possa parecer.

4.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já comentado anteriormente, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 criou-se o mito de que o processo penal não tinha

mais tendências autoritárias, uma vez que o modelo estabelecido pela Carta era democrático. Porém, na prática criminal, as mudanças não foram tão óbvias nem institucionais, até porque “uma estrutura muito antiga nos impõe a permanência de um modelo”¹⁴.

Por mais paradoxal que se possa parecer, a consequência mais evidente dessa crença foi acolher tradições inquisitoriais no campo das novas políticas democráticas e republicanas, visto que, na prática, houve a manutenção, praticamente integral, da base teórica de processo penal consolidada entre 1930 e 1970. Desse modo, o silêncio, referente ao passado autoritário, ajudou a caracterizar a forma de atuação da justiça criminal, que passou a não distinguir um passado e um presente autoritários. Nas palavras de Geraldo Prado (2015):

Não há dúvida de que o conceito de transição política, para a história das ideias, registra o fato de que muitas experiências consagradas em pleno autoritarismo terminam por conviver com outras, reprovadas pela opinião geral, mas nem por isso desaparecidas (PRADO, 2015, p. 553).

Continua explicando que o regime autoritário e o democrático coexistem e influenciam-se mutuamente até hoje, persistindo, assim, a concepção autoritária no discurso processual penal brasileiro. Considerando que a doutrina processual penal brasileira não tem preocupação em investigar e entender as origens inquisitivas do processo, não é de se admirar a sua permanência.

Nesse cenário, pareceu coerente declarar a igualdade entre as partes, a presunção de inocência e a importância dos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que a legislação processual, mesmo após 1988, determinava casos de prisão obrigatória e negava o exercício do direito de defesa.

Os direitos fundamentais, por exemplo, para conquistar o ideal de igualdade jurídica, limitam o poder punitivo sempre que seus efeitos deformarem as condições constitutivas de igualdade. Porém, apesar disso, tem-se situações jurídicas que fortalecem o poder da acusação, como os múltiplos casos de prisão provisória que, no caso concreto, enfraquece o direito de defesa e não é exceção,

¹⁴MOSÉ, Viviane. **A Escola e os Desafios Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 65

pois são o segundo maior contingente do país representando, de acordo com o Ministério da Justiça, aproximadamente 33% dos presos¹⁵.

Nesse cenário, percebe-se que, no Brasil, é mais fácil modificar as constituições do que aprovar um novo Código de Processo Penal. Sendo assim, a Constituição de 1988 apenas ressignifica alguns dispositivos processuais penais mantendo intacta a essência inquisitiva.

4.3 OS RESQUÍCIOS AUTORITÁRIOS DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O STJ, assim como o STF, tem grande responsabilidade na permanência do autoritarismo, uma vez que suas decisões são fontes secundárias do direito processual penal brasileiro e influenciam os entendimentos de outros tribunais.

A primeira análise jurisprudencial será realizada em relação ao artigo 156, de duvidosa constitucionalidade, do Código de Processo Penal que possibilita ao juiz, de ofício e antes de iniciada a ação penal, ordenar a produção antecipada de provas quando necessário para o desenvolvimento do processo.

No julgamento do RHC 92.458 - RJ em que o impetrante alegava que a determinação de ofício da busca e apreensão do laudo pericial após o oferecimento das alegações finais pelas partes ofenderia o sistema acusatório e os princípios da imparcialidade e do contraditório, o Ministro Jorge Mussi, ao negar provimento ao recurso, defende que:

Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade. Inteligência do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal. Doutrina. Jurisprudência¹⁶.

¹⁵PORTAL GOV.BR. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados.** Publicado em 17 de fev. 2020. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>> Acesso em 27 de junho de 2020 às 9:47.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 92.458/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, QUINTA Turma, DJe 28/6/2018.** Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702973004&dt_publicacao=31/05/2021> Acesso em 25 de jun. de 2021 às 19:57.

Outro julgamento que merece destaque é o do HC 418.244 - SP. Em síntese, a defesa alega constrangimento ilegal decorrente da ofensa ao sistema acusatório, pois a magistrada sentenciante havia, em um outro processo, remetido os autos à autoridade policial para a instauração de inquérito contra o paciente, configurando, portanto, a parcialidade da juíza.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, INCISO III, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. QUEBRA DA IMPARCIALIDADE DE MAGISTRADO. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DELITIVA SURGIDOS EM INTERROGATÓRIO DE OUTRA ACUSADA, EM OUTRO PROCESSO. REMESSA DOS AUTOS, PELO JUIZ, À AUTORIDADE POLICIAL PARA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. De acordo com o art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, "nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: [...] II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo". [...] É dizer, o fato de a mesma magistrada que verificou a suposta participação do paciente no interrogatório de sua amásia, após regular processamento – com opinio delicti formada, denúncia oferecida e recebida, colheita de provas etc. –, ter proferido sentença não torna nulo o feito, pois, de lege lata, o critério de prevenção não implica essa automática quebra da imparcialidade do juiz, tendo a remessa funcionado como uma espécie de notitia criminis de cognição mediata. Não, há, portanto, eiva apta a macular o feito ab origine¹⁷.

O Ministro Antônio Saldanha entendeu que não havia a quebra de imparcialidade, uma vez que, a remessa aos autos para a instauração do inquérito policial teria figurado como uma espécie de notitia criminis de cognição mediata. Dessa forma, verifica-se, que existe uma obscuridade entre as atividades de julgar e investigar, pois a autoridade judicial que irá julgar o caso, toma conhecimento da infração penal e, de ofício, faz a requisição para a instauração do inquérito.

Pode ser citado ainda o entendimento do órgão em relação ao artigo 385, do CPP. Conforme decidido pelo Ministro Rogério Schietti Cruz no julgamento do REsp 1521239/MG, o dispositivo é constitucional.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 418.244/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019.** Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702504613&dt_publicacao=01/07/2019> Acesso em 25 de jun. de 2021 às 19:57.

MINISTERIAL EM SEGUNDO GRAU PELA ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 385 DO CPP, RECEPCIONADO PELA CF/88. INDEPENDÊNCIA DO ÓRGÃO JULGADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES DO STJ E STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conquanto o Parquet tenha se manifestado pela absolvição do acusado, o órgão julgador poderá condená-lo, com base no princípio do livre convencimento motivado, visto que tal manifestação não vincula o julgador.¹⁸

Ou seja, mesmo o artigo tendo caracterizado uma imparcialidade do juiz que age praticamente como uma parte processual, o STJ entendeu que é constitucional, já que, o juiz tem a livre convicção motivada.

Ademais, é oportuno mencionar o entendimento do Superior Tribunal a respeito da prisão preventiva. Com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, não cabe mais ao juiz a decretação da prisão preventiva de ofício.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL. Lei Nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019)¹⁹.

A nova redação do art. 311, do CPP, corrige, no que diz respeito a decretação da prisão preventiva, a atuação do juiz como parte no processo criminal. Todavia o STJ no Informativo 691, concluiu que o vício da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz é suprido havendo requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

O posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à medida cautelar extrema suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento, corroborando a higidez do feito e ausência de nulidade processual.²⁰

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº1.521.239 -MG (2015/00582258-9)**. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500582589&dt_publicacao=16/03/2017> Acesso em 27 de jun. de 2021 às 10:41.

¹⁹BRASIL. **Lei 13.964/2019**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em 25 de jun. de 2021 às 12:01.

²⁰SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo 691-STJ (12/04/2021)**. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270691%27>> Acesso em 27 de jun. de 2021 às 10:48.

Apesar do avanço da nova redação do dispositivo, o STJ facilita que a prática processual permaneça inquisitiva. Ora, se após a decretação da prisão preventiva de ofício, o vício é facilmente sanado tornando a prisão ilegal em legal, a alteração no artigo é apenas superficial, tendo seus efeitos limitados.

Por fim, é pertinente analisar o posicionamento do STJ no julgamento do HC 598.051 - SP, em que são estabelecidas balizas para o cumprimento de mandado de busca e apreensão. De forma sucinta, a defesa alega a ilicitude das provas que fundamentaram a condenação do réu, pois teriam sido obtidas por meio de invasão desautorizada do seu domicílio. O STJ, então, decidiu no sentido de que cabe ao Poder Público comprovar que o ingresso no domicílio é realizado de forma consensual, com a devida assinatura pelo morador de termo de autorização, além da necessidade de serem realizadas gravações da ação.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

1.1 A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à intimidade do indivíduo, o qual, sozinho ou na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço íntimo preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige (...).

2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. (...).

7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação - como ocorreu no caso ora em julgamento - de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.

7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar.

13. Estabelece-se o prazo de um ano para permitir o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal.²¹

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 598.051/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021.** Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2027>>

Percebe-se que a decisão evita descumprimento em relação ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, expressão da dignidade da pessoa humana, pois além de tornar necessária a comprovação da autorização da violação por meio de registro escrito e de gravação audiovisual, possibilita, nos casos em que não haja observância das novas diretrizes, a responsabilização administrativa, civil e/ou penal do agente estatal. Dessa forma, é dificultada a arbitrariedade do Poder Público, suprimindo deficiências autoritárias do Código de Processo Penal.

4.4 A CONTRIBUIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A SOBREVIVÊNCIA DO AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL

O Código Penal, com suas muitas emendas, já resiste a três Constituições (1946, 1967 e 1988) sem a introdução pelo Supremo Tribunal Federal, o grande responsável pelo controle de constitucionalidade, de um modelo democrático e acusatório. Inclusive, utilizando-se de uma permanência de categorias processuais anteriores à Constituição de 1988.

Sobre o assunto Gloeckner (2018) faz o seguinte comentário:

Através da omissão genética do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento de questões às mais elementares possíveis, em torno de um processo penal de feições democráticas, a linha de pensamento estabelecida pela comissão de elaboração do código de processo penal de 1941 continua ainda a produzir reflexos práticos. Justo porque as diversas alquimias semânticas utilizadas durante décadas pelo Supremo Tribunal Federal, que sistematicamente se omitiu no enfrentamento desta primordial questão, empurrou um código de processo penal absolutamente infenso à democracia, para servir como mecanismo de solução de conflitos penais, em um regime político que lhe é completamente estranho. Às diversas alterações do texto do código de processo penal, apesar de lhe desfigurar desde o ponto de vista dos procedimentos, somente atingiram a fachada do código. Jamais o seu núcleo, muito parecido com o código de processo penal italiano de 1930.²²

Considerando que na história do STF, encontra-se omissão no período da ditadura militar para evitar conflito, não é de se surpreender a falha na adesão

533&num_registro=202001762449&data=20210315&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em 25/06/2021 às 20:17> Acesso em 26 de jun. às 10:53.

²²GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. EbooksBrasil. 2018. p. 471

constitucional, o que também pode ser observado pelo número de ex-ministros tradicionalmente autoritários.

A expressão “guarda” da Constituição surgiu de um debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt porque os tribunais constitucionais exerciam o controle de constitucionalidade. Com a Carta de 1988, o sentido dessa expressão erroneamente se estendeu ao entendimento de que a corte garante a proteção dos direitos fundamentais, gerando uma confiança no STF, como se o regime democrático automaticamente tivesse tornado o órgão menos conservador.

Nesse cenário, resta identificar como o STF sustenta um modelo autoritário de processo através de seus julgados que influenciam diretamente no entendimento dos juízes que vivem o dia-a-dia do processo penal brasileiro.

O STF jamais revisou, por exemplo, o dispositivo da *emendatio libelli*, artigo 383 do CPP, que permite ao juiz o julgamento para além da imputação objeto do processo, a fim de realizar uma filtragem constitucional e verificar como atinge o princípio do contraditório, apenas o replica de maneira acrítica. É o que fica demonstrado no voto da Ministra Rosa Weber no julgamento do HC 115.831²³ de 2013, mas que permanece atual.

[...] nessa linha, para assegurar a congruência entre o decisum e os fatos imputados ao réu, ou seja, a escorreita aplicação da lei penal, o Código de Processo Penal prevê as figuras da *emendatio libelli* e da *mutatio libelli*. Dá-se a *emendatio libelli* quando o juiz, sem modificar a descrição da dinâmica fática contida na exordial acusatória, a ela atribui definição jurídica diversa, ainda que tal procedimento resulte na fixação de pena mais grave (CPP, art. 383). Em outras palavras, o magistrado apenas procede à escorreita classificação jurídica do fato.

Além disso, podem ser encontrados resquícios do movimento tecnicista no que tange a relativização da presunção de inocência que gera um continuidade no pensamento doutrinário e dos tribunais. Isso pode ser facilmente identificado no voto do Ministro Teori Zavascki que admite a execução provisória da pena fundamentada na presunção de culpabilidade:

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 115.831 MA. Relator Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013.** Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4881558>> Acesso em 25 de jun. de 2021 às 20:22.

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa - pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.²⁴

Uma vez que a própria Constituição determina a necessidade do trânsito em julgado para definir a culpabilidade, é contraditório superar a presunção de inocência antes disso. Nesse sentido, há a permanência do discurso técnico-jurídico por meio dos fundamentos ideológicos e políticos.

Por fim, cabe analisar a defesa pelo STF dos princípios sustentáculos do modelo inquisitivo no processo penal contemporâneo: verdade real, liberdade das provas e livre convencimento do magistrado.

O princípio da verdade real é entendido pela corte como o orientador do processo penal brasileiro o que acaba por permitir uma limitação à defesa, já que, na prática, pode violar os direitos fundamentais. Em decisão relativa ao Inquérito nº 4.023/AP, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que:

O Ministério Público é o titular da ação penal, detentor da opinio delict e a quem compete avaliar se o acervo probatório produzido, até o momento, é suficiente para a instauração do processo penal. Se não for, poderá a prova ser produzida e complementada durante a instrução processual, caminhando-se na busca da verdade real, princípio orientador do processo penal.²⁵

No que tange ao princípio da liberdade das provas, o STF já tem um entendimento pacificado de que fatos revestidos de complexidade permitem uma investigação diferenciada e contínua. Nesse cenário, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impedem, nas palavras do ex-ministro Nelson Jobim²⁶, os formalismos exacerbados. Junto a este, cabe ser citado ainda o precedente do

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/HC, de relatoria do Ministro Teori Zavascki e julgado em 17.02.2016. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em 28 de jun. de 2021.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.023/AP. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 26/08/2016. Disponível em <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11585334> Acesso em 27 de jun. de 2021 às 11:08.

²⁶ HC n. 83.515-rs, pleno, min. Nelson Jobim, DJ de 04.03.2005.

ex-ministro Carlos Velloso em que os argumentos da Exposição de Motivos são praticamente replicados:

[...] Visando o processo penal o interesse público ou social da pressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias (HC n. 69.204-4SP, de relatoria do ministro Carlos Velloso, julgado em 04/09/1992).

Essa concepção corrobora ainda com o disposto no já citado artigo 156. Para o STF, esse dispositivo não contraria um sistema acusatório, apenas assegura a formação da convicção do juiz.

O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPC). 2. As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença. Precedente: AR 1.538-AgR-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02.²⁷

No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Dias Toffoli ao julgar o Habeas Corpus 95.319/SP em que, por equívoco do Ministério Público, a testemunha não foi arrolada, mas o Juízo processante entendeu por ouvi-la como se fosse do Juízo.

Com efeito, é dever do magistrado a busca da verdade real, para a formação de sua convicção e conseqüente prolação de sentença. Assim, julgando necessária a oitiva de outras testemunhas indicadas extemporaneamente pelo Ministério Público, o juiz pode perfeitamente inquiri-las como testemunhas do Juízo. [...] Os artigos 156 e 209, ambos do CPP, admitem que o Juiz, na busca da verdade real, determine a inquirição de outras pessoas além daquelas indicadas pelas partes.²⁸

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 121689, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014**. PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5980927>> Acesso em 25 de jun. de 2021 às 20:41.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 95.319/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 21/02/2011**. Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619308>> Acesso em 29 de jun. de 2021 às 22:47.

Compete verificar também o entendimento do STF acerca do livre convencimento do magistrado que autoriza o juiz a se desvincular dos limites probatórios contanto que fundamente sua decisão.

Vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional ou da livre convicção, sistema esse surgido em oposição ao sistema de provas tarifadas que prevaleceu até fins do século XVIII. Descabe, portanto, estabelecer regras probatórias a priori ou inflexíveis para reconhecimento de fatos específicos.”²⁹

Portanto, existe no STF um discurso que o aproxima daquela base ideológica existente no Estado Novo varguista e na Itália fascista. Ainda em relação a essa temática, cabe citar o julgamento do HC 119.315/PE, de relatoria da ministra Cármen Lúcia:

A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório³⁰.

Há aqui, além de um claro desequilíbrio nos limites probatórios e da semelhança entre os discursos fascistas e brasileiros contemporâneos, uma deformação do princípio do contraditórios, vez que permite a utilização de elementos do inquérito policial, destituído de contraditório e ampla defesa, para a formação do convencimento do juiz.

Ademais, a decisão reforça o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal³¹ que possibilita ao juiz formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, contanto que sua decisão seja fundamentada por outros elementos, além dos colhidos na investigação. Para o

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123.779/MG, **Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 19/03/2015.** Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8045199>> Acesso em 29 de jun. de 2021 às 22:49.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 119.315/PE. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 04/11/2014.** Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218687>> Acesso em 25 de jun. às 21:35.

³¹**Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

STF, o dispositivo não afeta os princípios do contraditório e da ampla defesa, inclusive a Corte o reproduz sem empecilhos, como se pode verificar no voto do Ministro Edson Fachin.

Quanto à avaliação da prova, nos termos do art. 155 do CPP, consta do voto detalhadas considerações acerca da harmonia entre a prova produzida na fase inquisitorial e aquela colhida em juízo, razão pela qual os elementos extrajudiciais possuem valor probante.³²

Finalmente, cabe citar o ponto de vista da Corte acerca do artigo 5^a, inciso II, do CPP, que dispõe sobre a possibilidade do magistrado requisitar a abertura do inquérito policial.

Percebe-se, portanto, que a “culpa” do autoritarismo processual penal brasileiro não pode ser totalmente descarregada em Francisco Campos. Os argumentos autoritários que formaram o atual Código de Processo Penal de 1941 persistem até hoje, com o apoio da doutrina e dos tribunais, influenciando diretamente no direito de defesa do acusado, já que, o processo penal deve ter como fundamento primordial a garantia da defesa social.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 618 ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 16/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096**. DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021 REPUBLICAÇÃO: DJe-103 DIVULG 28-05-2021 PUBLIC 31-05-2021. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755999428>> Acesso em 25 de jun. de 21 às 20:50.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente foi possível entender como o autoritarismo processual penal encontrou espaço no solo brasileiro, que, a partir da década de 1920, viveu um contexto político e social bastante turbulento. A desarticulação do país gerou a ideia de que apenas o Estado era capaz de manter a ordem e o bem-estar social e isso, de acordo com os pensadores da época, só poderia acontecer por meio de um regime estatal antidemocrático, centralizador e forte. Até porque a população, nesse contexto, foi considerada como um obstáculo para o desenvolvimento, visto que, não era dotada de inteligência política.

Nesse cenário, o processo penal foi entendido como um instrumento de garantia da segurança e da ordem, por meio das penas e das prisões, sendo assim, os direitos fundamentais eram apenas uma minuciosidade.

Verificou-se ainda que Francisco Campos, foi essencial para moldar o pensamento autoritário da época, auxiliando na criação de um código igualmente autoritário e com dispositivos inquisitivos, claramente inspirado na legislação processual penal italiana fascista.

O Código Processual Penal foi elaborado a partir da premissa de que o Estado deve se utilizar da repressão para combater a criminalidade e de que o Estado estava acima dos direitos e garantias individuais, principalmente em relação à defesa, uma vez que o acusado não era entendido como um sujeito de direitos. Dessa forma, o juiz se torna a personificação da eficácia do poder punitivo e, por isso, deve participar ativamente do processo.

Nesse sentido, o magistrado recebe poderes inquisitivos, fundamentados nos princípios da liberdade das provas, do livre convencimento e da verdade real, atuando de ofício em situações que basicamente têm o intuito de desestabilizar a balança entre acusação e defesa.

Considerando que ao juiz cabe investigar e solucionar a verdade real, a sua atuação autoritária é identificada em vários dispositivos. Por exemplo, é permitido alterar de ofício a descrição do fato contido na denúncia, julgando para além dos limites impostos pela própria acusação, ou ainda reconhecer agravantes

que sequer foram alegadas pelo Ministério Público. Portanto, restou claro que a atuação inquisitiva prejudica diretamente os direitos e garantias do acusado.

Foi certificado ainda que o autoritarismo processual penal não foi um evento restrito à Era Vargas. Permanece atual o princípio da liberdade das provas junto ao artigo 156, do CPP, que permitem ao juiz ordenar de ofício a coleta das provas, quando necessário para formar sua convicção, e ordenar a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal. Junto a isso, os artigos 383 e 385, do CPP, em consonância com o princípio da livre convicção do magistrado, permitindo, respectivamente, que a descrição dos fatos contida na denúncia ou queixa seja modificada, ainda que em razão disso seja aplicada pena mais grave e a possibilidade de condenação pelo juiz, mesmo o Ministério Público opinando pela absolvição, além do reconhecimento de ofício de agravantes não suscitadas pela acusação.

No mesmo sentido, cabe lembrar o artigo 574, do CPP, em que a legislação processual penal permite, nos casos de sentença favoráveis ao réu, habeas corpus e sentença absolutória com fundamento em circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, a interposição pelo juiz de recurso. Uma clara afronta ao sistema acusatório e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Portanto, percebe-se que as modificações e reformas realizadas no CPP, foram rasas e insuficientes.

Foi demonstrado que os motivos para a permanência desses dispositivos foram a utilização do método tecnicista, que deu a falsa ideia de que o código foi elaborado por meio de um pensamento exclusivamente técnico, a própria Constituição Federal de 1988, pois causou uma ilusão na doutrina e na jurisprudência de “nova era” processual criminal, e as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que não alteraram suas jurisprudências e, pior ainda, compactuam com o autoritarismo porque ignoram a presença do sistema inquisitivo na legislação.

O STJ, por exemplo, possibilitou a continuidade da decretação de ofício pelo juiz da prisão preventiva. Mesmo após a alteração do art. 311 pela Lei 13.964/2019, o órgão decidiu que, se logo após a prisão preventiva ser decretada,

o Ministério Público ou a autoridade policial requererem a prisão, o vício de ilegalidade será suprido.

Já o STF, por ser considerado o “guardião da Constituição”, teve um papel fundamental, pois, uma vez recepcionados os dispositivos inquisitivos, traz, na prática, uma falsa ideia de equilíbrio entre as partes no processo penal, como se o autoritarismo presente no código estivesse sanado. Em relação ao já citado artigo 383, a Ministra Rosa Weber no julgamento do HC 115.831 de 2013, posicionou-se afirmando que “o magistrado apenas procede à escorreita classificação jurídica do fato”, como se o tipo penal imputado não tivesse reflexos no decorrer do processo criminal. Compete recapitular também a decisão do Ministro Teori Zavascki, no HC 126.292 julgado em 2016, que permitiu a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado com base na presunção de culpabilidade, o que contraria a presunção de inocência estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, é evidente que o Código de Processo Penal de 1941 vai de encontro com um sistema processual democrático e acusatório, sendo necessárias mais do que reformas e modificações na legislação. É imprescindível a elaboração de um novo código, em consonância com os próprios princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, que afaste do juiz o status de parte processual e que possibilite de fato um processo equilibrado entre a defesa e a acusação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. O Princípio da Verdade Real. *In Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. v. 52. São Paulo, 1957.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito Processual Penal Brasileiro**. v II. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971.

BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 de abril às 13:15.

_____. **Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível EM: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 de junho de 2021 às 22:24.

_____. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Disponível em <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em 21 de junho de 2021 às 15:09.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. São Paulo: EbooksBrasil, 2002.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, volume 1. EbooksBrasil. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. *In Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. v.1.n1. Porto Alegre, 2015.

HUNGRIA, Nelson. Breve Notícias Sobre Eduardo Massari. *In Revista de Direito Penal*. v. VII. 1934.

LIRA, Roberto. Código Penal de 1940 e Outros Diplomas. *In Direito Penal Normativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

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

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. t II. Buenos Aires: El Foro, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MEDEIROS, Jarbas. Introdução ao Estudo do Pensamento Político Autoritário Brasileiro 1914/1945. *In* **Revista de Ciência Política**. n 17. v. 1. Rio de Janeiro, 1974.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro. *In* **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 264 - 275, jan - fev. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 10 ed. **Revista dos Tribunais**: São Paulo.

NUNES, Diego. Processo legislativo Para Além do Parlamento em Estados autoritários: uma análise comparada entre os códigos penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. *In* **Revista Sequência**. n. 74. Florianópolis, 2016.

PALIERO, Carlo Enrico. Legittimazione Democratica Versus Fondamento Autoritario: due paradigmi di diritto penale. *In* STILE, Alfonso Maria. **Democrazia e Autoritarismo nel Diritto Penale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

PEREIRA, Anthony. **Ditadura e Repressão: O Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 12-13.

PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências*. *In* **Revista EMERJ**: Rio de Janeiro, v. 18, n. 67.

QUEIROZ, Narcélio. O Novo Código de Processo Penal. *In* **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28 ed. Atlas: São Paulo.

ROSA, Inocêncio Barros da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3 ed. São Paulo; **Revista dos Tribunais**, 1982.

SALGADO, César. O Regime da Prova no Código de Processo Penal. *In* **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

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

SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica: a reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30 ed. v.1, 2008.

ZIZEK, Slavoj. O Espectro da Ideologia. *In* **Um Mapa da Ideologia**. São Paulo: Contraponto, 1996.