

MENTALIDADE INQUISITÓRIA E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO PENAL: TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA, REFORMAS PROCESSUAIS E PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS

INQUISITORY MENTALITY AND INSTRUMENTALITY OF THE CRIMINAL PROCESS: DEMOCRATIC TRANSITION, PROCESSIONAL REFORMS AND AUTHORITY PERMANENCES

Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes *

Marcos Eugênio Melo**

Recebimento em 31 de maio de 2017.

Aprovação em 30 de junho de 2017.

Resumo: O presente ensaio visa analisar como, após a transição democrática constitucional, conservar-se no processo penal brasileiro, resquícios do pensamento autoritário fundante do Código de 1941. Parte-se da identificação de algumas dessas permanências autoritárias que se mantiveram sob as vestes de princípios processuais, tais como a busca da verdade real, a instrumentalidade das formas, o livre convencimento e etc. Constata-se que a instrumentalidade das formas, em específico, como “princípio processual”, além de ignorar as peculiaridades do Direito Processual Penal, assemelhando-o à ciência processual civilista, também permite a aproximação de práticas inquisitórias, mesmo após o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988, que sustenta um sistema processual eminentemente acusatório.

Palavras-chave: Instrumentalidade. Permanências Autoritárias. Processo Penal;

Abstract: This essay aims at analyzing how, after the constitutional democratic transition, the traces of the authoritarian thinking that under lies the Code of 1941 can be preserved in the Brazilian penal process. It begins with the identification of some of these authoritarian stays that have remained under the guise of procedural principles, such as the search for "real truth", the instrumentality of forms, free convincing and soon. It is noted that the instrumentality of forms, in particular, as "procedural principle", besides ignoring the peculiarities of criminal procedural law, resembling the Criminal Procedure to civilian procedural science, also allows the approximation of inquisitorial practices, even after the advent of the Federal Constitution of Brazil of 1988, which sustains an eminently accusatory procedural system.

Keywords: Instrumentality. Authoritarian Permanences. Criminal Procedure.

INTRODUÇÃO

O processo penal carrega consigo a força do Estado em sua máxima expressão contra o indivíduo. Essa força estatal traz em uma dimensão político-criminal a capacidade de produzir artifícios discursivos para conter as feições que visam à limitação do poder punitivo, fazendo com que prevaleça uma persecução penal de cunho autoritário.

Esses artifícios perpassam por discursos retóricos que contaminam e mantêm práticas inquisitórias arraigadas na mente dos atores jurídicos que, de forma mecânica, reproduzem-nas em todas as esferas do sistema penal e no ensino jurídico.

No Brasil, mesmo após a transição democrática com a Constituição de 1988 essas práticas continuam a se espalhar e a disseminar uma cultura do processo penal como um

* Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre-RS, Brasil.. Pós graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Email: carloshmendes@gmail.com

** Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Porto Alegre-RS, Brasil. Email: marcosevmelo@gmail.com

instrumento a serviço da defesa da sociedade contra aqueles indivíduos considerados perigosos para a convivência social, instaurando a figura do julgador como a responsável pela manutenção dessa finalidade.

Essa ideia de instrumentalidade do processo registra que a ideologia do código de 1941 (ainda vigente na atualidade) pensada principalmente por Francisco CAMPOS ainda está presente nos dias atuais, porém tomados por outras roupagens que tentam mascarar essas práticas autoritárias.

Assim, é necessária uma ruptura com esse processo penal autoritário, com o julgador no centro da produção probatória, para colocar as partes como protagonistas da formação da prova em contraditório.

Portanto, procuramos nesse texto desvelar as permanências inquisitórias no processo penal brasileiro hodierno através da ideia de uma instrumentalidade advinda de uma teoria geral do processo.

1 PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O termo autoritarismo tem sido objeto de pesquisa de vários campos da ciência, tais quais a Sociologia, a Ciência Política, a Psicologia, o Direito. Em relação ao campo jurídico, entendemos ser a obra de FRAGOSO a que mais expressa os sentidos assumidos pelo autoritarismo. Nesse ponto, para o autor, existem quatro distintas vertentes: 1) autoritarismo como abuso na constituição ou no exercício do poder de autoridade; 2) como regime político; 3) como ideologia política; e 4) como mentalidade autoritária ou psicológico-social (autoritarismo social)¹.

Como se percebe, o conceito de autoritarismo é complexo e transpassa um único sentido, podendo ser utilizado em diversos significados. Nesse contexto, não se pretende reduzi-lo, porém, empregá-lo dentro do processo penal brasileiro para examinar como que por meio de categorias abstratas (defesa social e eficiência) a instrumentalidade do processo faz com que ocorra uma permanência nas práticas autoritárias, especialmente no que diz respeito a mentalidade inquisitória.

No que tange ao pensamento autoritário brasileiro, o principal nome no âmbito do processo penal é o de Francisco Campos, Ministro da Justiça no período varguista, onde foi

¹ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 63-109.

um dos principais responsáveis pelo Código de Processo Penal de 1941² e um dos elaboradores dos atos institucionais nº 1 e 2 após o golpe civil-militar de 64³.

CAMPOS foi um dos mais influentes intelectuais de sua época e possui uma vasta obra em que seu pensamento político pode ser compreendido. Para ele, por exemplo, democracia e autoritarismo não eram antagônicos, mas poderiam até se conciliar “em nome do povo e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”⁴.

No campo do direito, mais especificamente no direito e processo penal, o discurso de CAMPOS é o de defesa social, ou seja, defender a sociedade contra aqueles indivíduos perigosos que ameaçam a segurança do todo social. Em suas palavras na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, fica claro que para ele o sistema penal serve para defender a sociedade contra o crime, relativizando garantias: “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 que ser deficiente, decorrendo daí um estímulo indireto a criminalidade”.

Com isso, percebe-se que desde seu nascedouro o Código de Processo Penal, vigente até os dias atuais, tem como objetivo reduzir a criminalidade através de uma maior eficiência e energia da ação repressiva. Esses objetivos fazem com que o processo penal seja visto como um mero instrumento (muitas vezes considerado empecilho à eficiência da ação repressiva do Estado e gerador de impunidade) para o direito de punir do Estado.

Coloca-se para isso o Juiz como “super-parte”⁵ no processo, com a missão de combater a criminalidade e reduzir a impunidade. Contudo, isso só faz com que garantias do acusado sejam relativizadas, aumentando o autoritarismo no processo penal e fazendo com que ele se torne mero procedimento de legitimação⁶ do *jus puniendi* Estatal.

Importante salientar que mesmo após a promulgação da Constituição da República em 1988 e o “giro democrático” que com ela adveio, estabelecendo direitos fundamentais e garantias aos acusados, as práticas anteriores continuaram a ser observadas em todo território nacional, no entanto, de forma reconfigurada e ressignificada⁷ por meio de argumentos

² MALAN, Diogo. *Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira*. In MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCCI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa. *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³ SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. In *Locus: Revista de História*. v. 13. n. 12. Juiz de Fora, 2007.

⁴ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. São Paulo: EbooksBrasil, 2002, p. 126.

⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do Processo Penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 12.

⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015.

retóricos que naturalizam o pensamento autoritário brasileiro⁸ e tratam o processo penal como instrumento a serviço do poder punitivo, mantendo para isso o magistrado no centro da produção da prova e com uma livre apreciação desta.

Assim, nota-se que a Constituição por si só não trouxe nenhuma ruptura com o modelo anteriormente adotado de procedimento penal, pelo contrário, as reformas posteriores ao Código de Processo Penal expandiram os poderes processuais dos julgadores e introduziram elementos estranhos ao da tradição continental com uma releitura forçada, o que só fez aumentar as incongruências dentro do processo penal e (re)afirmar sua mentalidade inquisitória.

Dessa forma, na mesma esteira que GLOECKNER⁹, entende-se que categorias reiteradamente reivindicadas, isoladamente, como soluções para o autoritarismo processual penal – como democracia, Constituição, etc. – não produzem nenhuma alteração no quadro autoritário. Por outro lado, o autoritarismo se configura como um complexo de significante capaz de causar a ativação e a exequibilidade do instrumento político pena, que por meio de suas funções manifestas, se legitimam mediante o discurso resignificado de determinadas práticas.

O discurso jurídico adotado a partir da Constituição Federal de 1988 difere do anterior, porém as práticas processuais remanescentes dos regimes autoritários continuam as mesmas. Tem-se desse modo o conceito de *transição política*, que consagra o fato de que muitas experiências do autoritarismo acabam por conviver com outras típicas de regimes democráticos¹⁰.

Conforme CUNHA MARTINS¹¹, a Constituição da República mostra-se como um operador fraco de mudança, pois não modificou substancialmente as práticas autoritárias anteriores, apenas as deu outras roupagens. Assim, pode-se dizer que a transição democrática brasileira foi um operador fraco de mudança, pois permitiu a convivência do novo com o velho, ou em outras palavras, de permanências autoritárias em plena democracia¹².

⁸Existe no Brasil a ideia de que o autoritarismo seria um elemento arraigado nas relações da sociedade o que cria uma espécie de naturalização da mentalidade autoritária brasileira como uma construção inerente a sua constituição social (NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da UFF, 2012, p. 48.

⁹GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015, p. 389.

¹⁰PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015, p. 553.

¹¹CUNHA MARTINS, Rui. *A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

¹²PASTANA chama isso de democracia autoritária, que seria a capacidade da democracia de “combinar e arranjar valores como soberania popular e hierarquia social” (PASTANA, Débora Regina. *Justiça Penal no Brasil Contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária*. São Paulo: UNESP, 2009, p. 34).

Portanto, é possível afirmar que argumentos do processo instrumental como a busca da verdade¹³ – que colocam o julgador com poderes probatórios – e o livre convencimento do magistrado, configuram o elo entre as antigas práticas autoritárias, de matriz inquisitorial, e o processo penal pós-Constituição. Trata-se da concepção de sistema acusatório constitucional que convive com a possibilidade do julgador produzir provas, ou das provas serem colhidas na fase de investigação, sem garantias como o contraditório por exemplo, e serem transportadas de forma irrestrita para a fase do processo¹⁴.

Isso reforça a ideia de que o autoritarismo continua a dominar o processo penal brasileiro em que, por um lado, o julgador assume papel de protagonista na produção das provas, bem como, por outro, a apologia ao punitivismo sob os mais variados discursos da pena e de seus populismos fazem com que se instale um *impulso inquisitivo* e uma *mentalidade inquisitória* nos diversos atores jurídicos¹⁵.

Esse impulso inquisitivo liga-se diretamente às questões da verdade e da evidência dentro do processo. A verdade¹⁶, vista ainda de uma forma absoluta, considera-se uma espécie de critério argumentativo que oferece suporte ao processo inquisitório, persistindo-se vigente mesmo dentro de um Estado Democrático de Direito¹⁷; já a evidência, entende-se que, por não precisar de justificação¹⁸, é a exata descrição daquilo que se pensa verdadeiro. Deste modo, a evidência corresponde a uma satisfação excessivamente rápida diante dos fatos, instaurando de certa maneira um desamor ao contraditório, típico de sistemas inquisitoriais, já que aquilo que se parece notório (evidente) tem por finalidade eliminar o processo¹⁹.

¹³ Segundo o próprio CAMPOS: “À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça” (CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 163).

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 224-225.

¹⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 389.

¹⁶ Para FOUCAULT, existem vários lugares em que a verdade se forma na sociedade, em uma série de regras de jogos definidas a partir do mínimo de saber, entre elas a verdade das práticas jurídicas. Na esfera penal certas formas de verdade podem ser definidas a partir de determinadas práticas penais (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002, p. 21).

¹⁷ KHALED JR, Salah Hassan. *A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11. Dessa forma, acopla-se à instrumentalidade a busca da verdade como finalidade do processo, colocando o juiz com poderes probatórios, o que configura o elo de ligação entre as antigas práticas autoritárias – de cunho inquisitorial – e o processo penal pós-Constituição de 1988 (PRADO, Geraldo. *O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências*. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015, p. 561).

¹⁸ É evidente aquilo que dispensa a prova, isto é, “a evidência é uma verdade redobrada, uma afirmação que não precisa de justificação” (GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996, p. 9).

¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.

Nesse contexto, cabe ao processo penal de cunho democrático constranger a evidência através da prova produzida em contraditório de modo que limite as pulsões inquisitivas, o que consequentemente coloca como o regime de provas aquele que seja alheio ao protagonismo judicial na sua coleta, isto é, o do sistema acusatório²⁰, já que o problema jaz no fato de que as *pulsões*, como bem assinalou Coutinho, “*querem satisfação e, por isso, não se preocupam com as “construções racionais”*”²¹.

2 APROXIMAÇÃO ENTRE INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E INQUISITORIALISMO PROCESSUAL BRASILEIRO

A teoria da instrumentalidade do processo foi criada por DINAMARCO que se baseou na teoria do processo como relação jurídica de BÜLOW. Para DINAMARCO, o processo é um instrumento, um meio que só se legitima em função dos fins a que se destina. Com o intuito de incluir a fixação dos escopos do processo (seu propósito norteador), o autor aduz que a sua legitimidade tem que estar apoiada não apenas na capacidade de realizar objetivos, mas também no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade²².

Com isso, o processo não teria apenas o escopo da jurisdição, mas escopos metajurídicos nas esferas sociais, políticas e jurídicas e entre eles o de fazer justiça social e corrigir as mazelas do povo, buscando a paz social²³. Desse modo, a percepção instrumental do processo o coloca como mero instrumento da jurisdição que se realiza por meio de seus escopos metajurídicos na busca basilar pela pacificação social, depositando no magistrado a tarefa de fazer justiça através de seu instrumento, o processo.

²⁰ Existem diversas formas e critérios para diferenciar os sistemas processuais penais acusatório e inquisitório. Entende-se no presente trabalho os sistemas processuais como produtos culturais de uma época, e a opção metodológica que se parte aqui para a diferenciação entre esses sistemas é a gestão da prova, sendo o sistema acusatório aquele em que existe uma verdadeira separação de funções entre os sujeitos processuais, assegurando, assim, uma efetiva imparcialidade do julgador que deverá estar afastado da produção das provas (e que não deve(ria) ter contato com atos produzidos fora das garantias processuais), além de duas partes que se enfrentam em pé de igualdade (MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015, p. 83-84). É nesse sentido que o sistema acusatório aparece como o único que preza pelo devido contraditório no processo penal, já que no sistema inquisitório há um “desamor” por ele no momento em que admite ao juiz ir buscar as provas e/ou se contaminar com as evidências produzidas unilateralmente na fase preliminar.

²¹ Estado de Polícia: Matem O Bicho! Cortem A Garganta! Tirem O Sangue. (Coord.) *Direito e Psicanálise: interseções e Interloquções a Partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 179.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177. “(...) a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179).

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190. “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo sistema processual (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30, grifos no original).

Essa ideia de instrumentalidade do processo ganhou força principalmente na Escola de São Paulo, berço da Teoria Geral do Processo no Brasil, sobretudo desde que Liebman se radicou e lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Por ter um grande prestígio no processo legislativo brasileiro, a Escola Paulista influenciou todas as reformas do processo penal e pode-se dizer que a ideia de instrumentalidade estava presente em todas elas.

A Teoria Geral do Processo difundiu a teoria unitária do processo, o que fez com que categorias do processo civil fossem empregadas no âmbito processual penal sem nenhuma crítica da evidente diferença entre as duas estruturas. A união de conceitos heterônomos fez com que a instrumentalidade das formas adentrasse no processo penal com as mesmas finalidades do processo civil.

É preciso ter em mente que a instrumentalidade (constitucional) do Processo Penal corresponde à função de garantia contra a arbitrariedade do poder punitivo, é o postulado de um processo penal democrático²⁴.

Diametralmente oposta está a instrumentalidade das formas, na medida em que relativiza o defeito do ato em prol de uma obtenção de fins a qualquer custo. Conforme GLOECKNER²⁵ a instrumentalidade das formas, obedece à lógica da eficiência incompatível com a instrumentalidade constitucional do processo penal, pois relativiza as nulidades absolutas. Segundo o autor, ocorre uma transposição de conceitos privatísticos ao cerne do processo penal, matéria de direito público por excelência. A proteção do réu é pública, porque público são os direitos e garantias constitucionais que o tutelam, inexistente - portanto - interesse privado no processo penal.

Ainda para GLOECKNER²⁶ somente o que outorga a sanção a ser aplicada pelo Estado o status de “pena legítima” é o devido processo, desta forma a obediência aos regramentos e princípios básicos do Estado Democrático de Direito é que valorará substancialmente a aplicação da pena pelo Estado-Juiz.

Neste ponto é que se encontra o interesse público, em toda a erradicação de atos praticados em desprezo à forma. A instrumentalidade das formas preserva o amorfismo no processo penal e permite sua manutenção inquisitória. A instrumentalidade das formas como

²⁴Em sentido similar, colocando o processo como instrumento de máxima proteção dos direitos e garantias fundamentais, LOPES JR., que afirma que o problema não é afirmar que o processo é um instrumento, mas definir o conteúdo dessa instrumentalidade e a que(m) ela serve. De acordo com o autor, o direito penal não pode prescindir do processo e isso faz com que a instrumentalidade do processo penal seja o fundamento da sua existência, contudo com a característica de ser um instrumento de máxima proteção dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo, o que denomina de instrumentalidade constitucional (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69-70.)

²⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução à teoria do ato processual irregular*. 2ª ed. Editora JusPodivm, 2015. p. 520.

²⁶ Id. p. 553

princípio é proposto na Itália superveniente à ilegalidade congênita própria da ideologia da defesa social, presente no Código de Processo Penal brasileiro²⁷.

Por ter a finalidade de atender aos anseios da sociedade e buscar a paz social através de uma atuação estatal, o processo penal seria simplesmente um instrumento para a efetivação do direito penal material. Deste modo, a instrumentalidade das formas no sistema processual atenderia à lógica da eficiência do processo, conceito esse que perpassa por uma atuação do juiz ativo frente ao interesse e defesa social.

Essa ideia de processo como instrumento em busca de um eficiência é trazida por Francisco CAMPOS que entendia ser a finalidade do processo penal a defesa da sociedade contra o crime. Para ele existiam duas categorias extraprocessuais (escopos metajurídicos) que poderiam combater a criminalidade via processo penal: 1) poderes instrutórios nas mãos dos juízes; e 2) livre apreciação da prova pelos juízes²⁸.

A concepção de CAMPOS acerca do Direito processual consubstancia-se de caráter autoritário, em que considera o processo penal como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da Justiça²⁹. Caberia, portanto, ao Juiz a tarefa de pesquisar a verdade sem quaisquer limitações significativas, inclusive detinha da centralização autoritária de poderes processuais, bem como atuava como agente politicamente responsável pela “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”.

A instrumentalidade das formas, a partir do Decreto-Lei nº 3.689/41, limitava ao máximo as possibilidades de o Juiz criminal vir a declarar uma nulidade, aliás estava este proibido de decretar um ato nulo sem que houvesse prejuízo para uma das partes. MALAN³⁰ aponta que o referido Decreto-Lei demonstra a aversão de Francisco CAMPOS ao “excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais”, nulidades estas entendidas como entraves inaceitáveis ao poder punitivo. Para CAMPOS, o Direito Processual Penal deve limitar as hipóteses legais de nulidade ao mínimo indispensável para tutelar os interesses mais fundamentais do Estado e dos cidadãos.

Com isso, percebe-se que essa concepção de processo aloca o julgador em uma posição de superioridade, colocando-o como uma espécie de justiceiro da sociedade, com forte influência da filosofia da consciência. Logo, essa pretensão de que o juiz deve aspirar os anseios sociais com o objetivo de realizar o sentimento de justiça, além de não servir à defesa

²⁷ Id. p, 522.

²⁸ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. São Paulo: EbooksBrasil, 2002, p. 227.

²⁹ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937 - 1941). In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (org). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p, 56.

³⁰ Id. p, 58.

dos direitos e garantias individuais, não mais pode ser acolhida em um processo de cunho democrático³¹.

Desse modo, sendo o processo penal uma garantia fundamental, não pode ser considerado um meio para se chegar à paz social ou uma defesa da sociedade. No momento em que é considerado instrumento com esses fins torna-se simplesmente um caminho legitimador da pena, ou, em outras palavras, um empecilho necessário para punir alguém desde que seja cumprido determinados formalismos processuais³².

Essa visão que coloca o processo como instrumento a serviço de uma função social só aumenta os poderes do juiz dentro do processo. Porém, a atuação judicial deveria estar condicionada pela superioridade hierárquica da presunção de inocência em relação aos demais princípios processuais. Neste contexto, “o juiz transforma-se em garante jurídico-constitucional da presunção de inocência, o que é incompatível com funções persecutórias relacionadas à efetividade do direito penal no caso brasileiro”³³.

Com efeito, importante apontar que essas premissas democráticas partem necessariamente de um instrumento de limitação de um poder punitivo estatal, “por ser o próprio exercício do poder o núcleo inquebrável de qualquer preocupação democrática”³⁴, tratando-se, portanto, do marco constitucional “como limite às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo”³⁵.

3 MANUTENÇÕES INQUISITÓRIAS NA REFORMA PROCESSUAL PENAL Nº 8.045/10

O modelo de processo penal democrático deve ser fundado na presunção de inocência e na produção probatória em contraditório, não colocando nas mãos do julgador

³¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005, p. 135.

³² No mesmo sentido, GLOECKNER: “O processo penal não pode ser concebido unicamente como um caminho necessário para a pena, na esteira da teoria geral do processo. A seguir tal concepção, o processo passa a ser visto unicamente como um obstáculo à efetivação da pena, sendo os princípios e garantias fundamentais meros estorvos à eficiência do instrumento penalizador” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal*. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015, p. 399-340).

³³ PRADO, Geraldo. *O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências*. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015, p. 564.

³⁴ MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 146.

³⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74-75.

objetivos metajurídicos – como de pacificação social ou de defesa da sociedade – que favoreçam a manutenção de uma cultura inquisitória³⁶.

Para que isso ocorra é necessário que haja uma verdadeira ruptura – operador forte de mudança³⁷ – com esse modelo de processo penal autoritário e, ainda mais importante, com a mentalidade inquisitória dos atores jurídico-penais. Ocorre que ninguém mudará cinco séculos de sistema inquisitorial como um passe de mágica e sem uma grande batalha com alguns traumas³⁸.

Essa tentativa de transformação dentro do campo da justiça criminal sofre ainda com as mudanças políticas na América Latina dos anos 90, que mescla a transição do autoritarismo à democracia com a forte onda neoliberal no continente³⁹. Assim, essa nova ordem global sacrifica a solidariedade e o valor da pessoa humana, atuando, principalmente, na órbita psicológico-social, apelando para a disseminação da insegurança e do medo, na tentativa de buscar uma defesa social efetiva contra os considerados perigosos⁴⁰.

Pode-se afirmar, com isso, que existe um fantasma inquisitório oculto por trás de todas as reformas do processo penal, que ganha ainda mais importância com o caráter instrumental que as reformas contém. É o que se observa no projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro (Projeto de Lei nº 8.045/2010) que na exposição de motivos quando trata das cautelares afirma que: “Com a formação do processo, já no âmbito da atuação jurisdicional, aí sim, poderá o juiz decretá-las até mesmo de ofício, pois lhe compete, em última análise, zelar pela efetividade da jurisdição”.

Nota-se que a efetividade da jurisdição continua sendo um fator preponderante na formulação do novo CPP, não deixando dúvidas que os escopos metajurídicos da teoria da instrumentalidade de DINAMARCO continuam vivos, conservando nas mãos do magistrado objetivos que não podem ser alcançados pelo processo e mantendo a mentalidade inquisitória dos sujeitos que se acostumaram a serem conduzidos por um ente superior⁴¹.

Esse pensamento jurídico brasileiro parte da premissa de que o processo seria um instrumento de dominação e controle da população e o julgador o responsável por isso. Dessa

³⁶ MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, n. 2, jul./dez. 2015, p. 379-398.

³⁷ MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

³⁸ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 25.

³⁹ PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015, p. 552.

⁴⁰ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 273.

⁴¹ MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, n. 2, jul./dez. 2015, p. 393.

forma, assim como a monarquia absoluta encontrou na inquisição o instrumento desse controle, o Estado Moderno desenhou um novo modelo judicial, que contém todas as características do modelo inquisitorial, mas com outra roupagem.

O século XX, por exemplo, manteve o sistema inquisitório vivo, notadamente nos países da América Latina onde ocorreram períodos políticos de ditaduras em diversos países. Porém, mesmo após o fim das ditaduras e a formalização da democracia, muitos países continuam com as formas do *sistema misto* espelhado no *Code Crimennelle* bonapartista de 1808, que nada mais é que um sistema inquisitório de aparência acusatória⁴².

Não custa lembrar que esse tipo de processo bifásico foi um tipo de armadilha criada para a manutenção de um sistema de cunho inquisitorial (e de mentalidade inquisitória) em que as provas são colhidas fora do contraditório e valoradas pelo julgador, que no afã condenatório utiliza-as em desfavor do acusado⁴³.

Nesse passo, tem-se que essa mentalidade inquisitorial domina a disputa travada dentro da doutrina e nos tribunais sobre as garantias fundamentais, relativizando-as sob o pretexto de uma instrumentalidade das formas que serve aos desígnios do poder punitivo estatal.

Verifica-se, portanto, uma aproximação entre a concepção instrumental do processo e um modelo inquisitivo, pois ambos colocam o magistrado no centro da produção probatória e com uma ampla liberdade de valoração e decisão sobre elas.

Um processo penal democrático deve ter como sua marca a participação de ambas as partes na construção da decisão. Assim, “um processo efetivamente de partes e democrático somente se obteria pela adoção de um modelo onde a decisão seja fruto da construção coparticipada daqueles que serão afetados por ela”⁴⁴.

Dessa forma, para que ocorra uma verdadeira ruptura das práticas autoritárias não basta somente a alteração legislativa, porém seria muito difícil (senão impossível) haver uma transformação na justiça penal sem se modificar integralmente esta legislação que é funcional a tradição inquisitorial⁴⁵.

⁴²BINDER, Alberto. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003. Importante salientar também que o princípio da instrumentalidade das formas ou *pas de nullité sans grief* herança desse código napoleônico e traz uma teoria das nulidades unitária entre processo civil e processo penal.

⁴³PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015, p. 565.

⁴⁴MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, n. 2, jul./dez. 2015, p. 392.

⁴⁵BINDER, Alberto. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003, p. 11.

Contudo, de volta ao projeto de reforma do código de processo penal, embora ele traga na sua exposição de motivos a necessária adequação de normas processuais à ordem constitucional da Carta da República de 1988, não o faz. O que se nota é a permanência da cultura punitivista enraizada na dinâmica processual penal brasileira.

No caderno que versa sobre os princípios fundamentais que regem o anteprojeto do Código Processual Penal, encontra-se em seu dispositivo 4º que a estrutura acusatória será definida nos limites do referido Código.

A despeito de se afirmar que o anteprojeto de código possui uma estrutura acusatória, o que se observa é a manutenção do respeito ao princípio inquisitivo e, desta feita, a gestão de prova nas mãos do juiz criminal. Ora, não é preciso dizer que há uma essência fundamental em todo sistema (acusatório ou inquisitório) e esta é identificada a partir dos poderes mantidos na figura do Juiz. Percebe-se a quebra da suposta estrutura acusatória do projeto de código quando admite-se a possibilidade da atuação de ofício pelo julgador.

Em seguida, no artigo 5º do mesmo dispositivo, em que “a interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal”. Dizer apenas isso é limitar-se a dizer nada, uma vez que se retoma a ideia então vigente no Código de Processo Penal de 1941 onde pauta-se o processo penal como instrumento capaz de efetivar o Direito Penal, a defesa social, impossibilitando-se assim a “máxima proteção dos direitos fundamentais” do acusado.

Percebe-se então que os escopos metajurídicos continuam a influenciar as reformas processuais brasileiras. Isso ainda está mais latente no caderno das nulidades. O artigo 154 dispõe que “a declaração de nulidade e a invalidação do ato irregular dependerão de manifestação específica e oportuna do interessado, sempre que houver necessidade de demonstração concreta de prejuízo ao regular e efetivo exercício de direito ou de garantias processuais das partes”. O inciso I, por sua vez, aduz que “nenhum ato será declarado nulo, se da irregularidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. Por fim, o inciso II, acrescenta que “não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, preservada a amplitude da defesa”.

Esse artigo demonstra claramente o caráter maleável e amórfico de processo que o projeto adquire. Como já dito anteriormente, essas fórmulas não são compatíveis com um processo penal minimamente democrático, já que colocam à frente das garantias processuais categorias como “verdade substancial”, efetividade penal, etc.

Assim, do mesmo modo que no Código de Processo Penal de 1941, o anteprojeto reduz as nulidades a ideia de instrumentalidade das formas, que tem como critério principal a demonstração do prejuízo, o que acaba servindo como limites à declaração de nulidade e conseqüentemente às garantias processuais, aumentando os poderes do julgador, que poderá manipular as formas sob o moldável fundamento da finalidade atingida, mascarando sutilmente um sistema sob a ótica inquisitória⁴⁶.

Deste modo, apesar do Brasil necessitar de um novo código de processo penal para se moldar a um processo constitucional e efetivamente democrático, constituído em uma verdadeira presunção de inocência, com um magistrado sem poderes probatórios e limitado a valorar unicamente o produzido pelas partes em devido contraditório, não é o que se vê com o anteprojeto que não traz nenhuma ruptura com o modelo autoritário anterior, mas somente algumas mudanças e outras perigosas transições.

CONCLUSÃO

O pensamento autoritário brasileiro no Direito Processual Penal tem como expoente o Ministro da Justiça Francisco Campos, forte influente na concepção do Código de Processo Penal de 1941, época em que se instaura o Estado Novo no Brasil. Todavia, o que se percebe é a permanência deste pensamento até os dias atuais.

Há, em verdade, a manutenção de uma estrutura inquisitorial que atribui ao Juiz do processo penal funções de garantia da defesa social, transfigurando-se assim, este sujeito processual em um agente de segurança pública, função estrita do Poder Executivo. Para tanto alguns argumentos que fortalecem essa ideia são utilizados, em que se busca criar o discurso autoritário a partir da criação da figura da Autoridade.

Seria possível – embora absurdo – a união entre democracia e autoritarismo, onde para o próprio CAMPOS, o futuro de uma democracia estaria ligado e dependente ao futuro da autoridade, na medida em que caberia a esta – a partir do seu desenvolvimento – reprimir os excessos daquela.

Todo esse pensamento serve de base para o desenvolvimento de uma política processual penal pautada em significantes autoritários, que se introduzem no Código de Processo Penal como verdades prontas e inquestionáveis como a “verdade substancial ou real”, o livre convencimento motivado e a instrumentalidade das formas.

⁴⁶GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução à teoria do ato processual irregular*. 2ª ed. Editora JusPodivm, 2015. p. 297-301.

Estes três eixos servem de pilar para sustentar o sistema inquisitório que se adotara à época e que persiste até os dias de hoje. Inclusive, cumpre-se dizer que ainda servem de base para as reformas mais atuais – a exemplo do anteprojeto de código nº 8.045/2010.

A instrumentalidade das formas reacende a chama do espírito e da cultura inquisitória no Processo Penal brasileiro, pois permite com que atos irregulares sejam utilizados em prejuízo de Direitos Fundamentais e Garantias processuais, desde que atingindo os respectivos fins almejados, ou seja, o alcance de uma verdade real (que se sabe inalcançável), sem limites ao poder punitivo autoritário e anti-democrático.

A Constituição Federal de 1988 não conseguiu romper com essa cultura inquisitória, mesmo atentando para o respeito a preceitos de um sistema acusatório constitucional. Há uma distorção (intencional) da Instrumentalidade Constitucional, fundamento de existência do Processo Penal, em uma instrumentalidade que atende a ditames de eficiência e defesa social. Retirando-se, assim, do Processo Penal (Constitucional/Democrático) o seu viés de garantia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do Processo Penal*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BINDER, Alberto. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República. *Política Criminal Bonaerense*, n. 1, 2003.

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

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Estado de Polícia: Matem O Bicho! Cortem A Garganta! Tirem O Sangue. (Coord.) *Direito e Psicanálise: intersecções e Interlocações a Partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

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

GIL, Fernando. *Tratado da Evidência*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan – fev. 2015.

KHALED JR, Salah Hassan. *A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MALAN, Diogo. *Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937 - 1941)*. In: PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (org). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto; SANTIAGO NETO, José de Assis. A ultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, n. 2, jul./dez. 2015, p. 379-398.

MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. *A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

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

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

MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015.

NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da UFF, 2012.

PASTANA, Débora Regina. *Justiça Penal no Brasil Contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária*. São Paulo: UNESP, 2009.

PRADO, Geraldo. O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações e permanências. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan. – fev., 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. *In Locus: Revista de História*. v. 13. n. 12. Juiz de Fora, 2007.