

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

GABRIELA SCHNEIDER

**DO INQUISITORIALISMO À CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO  
BRASIL: Uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do  
Estado Democrático de Direito**

São Leopoldo

2014

Gabriela Schneider

**DO INQUISITORIALISMO À CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO  
BRASIL: Uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do  
Estado Democrático de Direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do título de Mestre em Direito,  
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos –  
UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

São Leopoldo

2014

S358d Schneider, Gabriela.  
Do inquisitorialismo à consolidação do sistema acusatório no Brasil : uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado democrático de direito / por Gabriela Schneider. – 2014.  
212 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.  
“Orientação: Prof. Dr. André Luís Callegari.”

1. Processo penal - Brasil. 2. Estado de direito.  
3. Política criminal. 4. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 343.1(81)

Catálogo na Publicação:  
Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**DO INQUISITORIALISMO À CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL: uma análise crítica das soluções qualitativas diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito**”, elaborada pela mestrand **Gabriela Schneider**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de julho de 2014.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

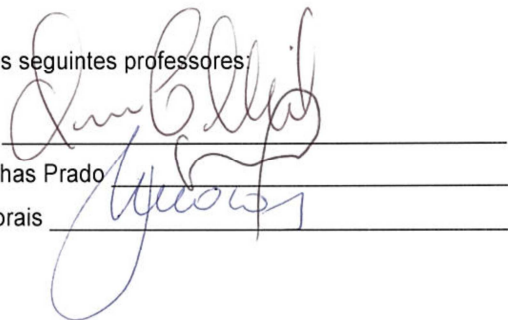
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luís Callegari

Membro: Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Morais



*Ao Igor, meu amor, por trazer constante alegria na (e para a) minha vida. Te amo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Paulo e Jani, pelo amor incondicional, pela confiança e pelo total apoio em todas as decisões e momentos de minha trajetória pessoal e profissional;

Ao meu irmão, Affonso, pela leveza com que encara a vida e por me fazer perceber, com pequenos gestos, que a felicidade se encontra nos mínimos detalhes;

Ao meu esposo, Igor, pela ajuda inestimável no transcorrer deste curso e pela oportunidade de poder caminhar ao seu lado dia a dia;

Aos meus amigos, pela paciência e compreensão nestes dois anos de estudos intensos;

Aos amigos, Alexandre e Lauro, pelo apoio inicial que incentivaram a escolha de investir forças em mais um ciclo acadêmico;

Aos amigos, colegas e professores do mestrado, os quais foram fundamentais por tornar este trajeto acadêmico ainda mais interessante e proveitoso;

Ao meu orientador, Prof. André Luís Callegari, pelos ensinamentos e pela confiança depositada neste trabalho.

Verdade

*A porta da verdade estava aberta,  
mas só deixava passar  
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,  
porque a meia pessoa que entrava  
só trazia o perfil de meia verdade.  
E sua segunda metade  
voltava igualmente com meio perfil.  
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.  
Chegaram ao lugar luminoso  
onde a verdade esplendia seus fogos.  
Era dividida em metades  
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.  
Nenhuma das duas era totalmente bela.  
E carecia optar. Cada um optou conforme  
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

(Carlos Drummond de Andrade)

## RESUMO

O presente estudo apresenta a discussão sobre a necessidade de buscar soluções para a superação do inquisitorialismo no Brasil e o conseqüente fortalecimento do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito (entendido como um conceito síntese entre direitos civis, políticos e sociais). O argumento sustentado é de que existe uma relação direta entre a transformação dos Estados, o processo histórico de aquisição de direitos da população, o constitucionalismo e o sistema processual penal. Primeiramente, faz-se uma abordagem do modelo ocidental, buscando apresentar como a relação acima referida ocorreu, em termos gerais, no Ocidente. Posteriormente, o segundo capítulo apresenta o caso específico do Brasil e estuda, à luz da perspectiva sociológica e constitucional, a relação entre o processo histórico de aquisição de direitos e a trajetória do sistema processual penal no país – diferenciando-o do modelo ocidental e abrindo espaço para uma compreensão ampla de sistema acusatório que envolva a tríade síntese do Estado Democrático de Direito. O sistema acusatório passa, assim, a ser visto como um reflexo do Estado Democrático de Direito. Por fim, o terceiro capítulo apresenta as insuficiências do Estado Democrático de Direito que parecem refletir nas dificuldades encontradas no sistema processual penal, entre elas os problemas para a superação dos resquícios inquisitoriais; por isso, busca-se apresentar propostas de soluções, sobretudo qualitativas, para o aprimoramento do sistema acusatório no Brasil nas esferas civil, política e social.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório. Estado democrático de direito. Resquícios inquisitoriais. Constitucionalismo. Direitos fundamentais.



## ABSTRACT

This study presents a discussion on the need to find solutions to overcome the inquisitorialism in Brazil and the consequent strengthening of the accusatory system, adopted by the Federal Constitution of 1988, in relation to the unfinished transition of the Democratic State (understood as a synthesis concept among civil, political and social rights). The sustained argument is that there is a direct relationship between transformation of states, the historical process of acquiring rights by the population, the constitutionalism and the criminal justice system. Firstly, the study presents an analysis of the Western model seeking to understand how the above relationship occurred in Western in general terms. Subsequently, the second chapter presents the specific case of Brazil, and investigate, in the light of a sociological and constitutional perspective, the relationship between the historical process of rights achievement and the trajectory of the criminal justice system in the country – differentiating it from the Western model and making room for a wider definition of the accusatory system that involves the synthesis of the three pillars of the Democratic State. The accusatory system thus comes to be seen as a reflection of the Democratic State. Finally, the third chapter presents the shortcomings of the democratic rule of law that seem to reflect the difficulties encountered in the criminal court system, including the problems of overcoming inquisitorial remnants. Therefore, one intends to present solutions, particularly qualitative, for the improvement of the accusatory system in Brazil in its civil, political and social spheres.

**Keywords:** Accusatory system. Democratic state. Inquisitorial remnants. Constitutionalism. Fundamental rights.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>AI</b>	Ato Institucional
<b>ANADEP</b>	Associação Nacional dos Defensores Públicos
<b>ART.</b>	Artigo
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CNJ</b>	Conselho Nacional de Justiça
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPP</b>	Código de Processo Penal
<b>EC</b>	Emenda Constitucional
<b>FHC</b>	Fernando Henrique Cardoso
<b>FMI</b>	Fundo Monetário Internacional
<b>HC</b>	Habeas Corpus
<b>INC.</b>	Inciso
<b>IDH</b>	Índice de Desenvolvimento Humano
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>PEC</b>	Projeto de Emenda Constitucional
<b>PL</b>	Projeto de Lei
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
<b>TJ</b>	Tribunal de Justiça
<b>TRF</b>	Tribunal Regional Federal
<b>UNESCO</b>	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO FORMA DE GARANTIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO .....</b>	<b>33</b>
INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO 2.....	33
2.1 O CONSTITUCIONALISMO E A AQUISIÇÃO DE DIREITOS NO OCIDENTE: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	34
2.1.1 <i>O processo inicial de aquisição de direitos dos cidadãos no Ocidente sob o viés histórico do Constitucionalismo Moderno: o surgimento do Estado Liberal .....</i>	<i>34</i>
2.1.1.1 O Constitucionalismo Moderno: aspectos histórico-conceituais .....	34
2.1.1.2 A construção das bases para o Constitucionalismo Moderno .....	36
2.1.1.3 O Constitucionalismo Moderno e o Estado Liberal (Estado de Direito).....	40
2.1.2 <i>Para além do Estado de Direito: a ampliação dos direitos nas sociedades ocidentais e a síntese do Estado Democrático de Direito .....</i>	<i>48</i>
2.1.2.1 A contribuição da Sociologia para a compreensão dos processos de aquisição de direitos nas sociedades ocidentais.....	49
2.1.2.2 A aquisição de direitos políticos e sociais e a construção dos Estados Liberal Democrático e de Bem-Estar Social.....	51
2.1.2.3 O Constitucionalismo Contemporâneo e a síntese do Estado Democrático de Direito .....	56
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E AQUISIÇÃO HISTÓRICA DE DIREITOS: UMA ALIANÇA NECESSÁRIA.....	59
2.2.1 <i>Sistemas Processuais Penais: aspectos conceituais dos sistemas inquisitório e acusatório (para além do núcleo duro).....</i>	<i>60</i>
2.2.2 <i>O caso de Roma: a Monarquia, a República e o Império .....</i>	<i>62</i>
2.2.3 <i>O Ressurgimento do Sistema Acusatório na Modernidade: o exemplo da Itália.....</i>	<i>68</i>
2.2.3.1 Um parêntese histórico: a idade de ouro do sistema inquisitorial .....	69
2.2.3.2 As reformas modernas e o ressurgimento do sistema acusatório .....	74
2.2.3.3 O exemplo do caso italiano: uma breve análise do sistema processual penal e do processo de aquisição de direitos .....	76
2.2.4 <i>O sistema acusatório como reflexo do Estado Democrático de Direito .....</i>	<i>81</i>
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 2 .....	82
<b>3 O SISTEMA ACUSATÓRIO COMO REFLEXO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O CASO ESPECÍFICO DO BRASIL .....</b>	<b>84</b>
INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO 3.....	84
3.1 O PROCESSO HISTÓRICO DE AQUISIÇÃO DE DIREITOS NO BRASIL: A PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA E A ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS (1824-1988).....	85
3.1.1 <i>Os direitos no Império e o surgimento do Constitucionalismo brasileiro .....</i>	<i>86</i>
3.1.2 <i>Os direitos na República Velha e a Constituição de 1891 .....</i>	<i>91</i>
3.1.3 <i>Os direitos entre as décadas de 1930 e 60: o surgimento dos direitos sociais e demais avanços e retrocessos.....</i>	<i>94</i>
3.1.4 <i>A redemocratização e a Constituição de 1988: uma nova era para os direitos civis, políticos e sociais .....</i>	<i>101</i>
3.1.5 <i>Um balanço geral sobre a aquisição histórica de direitos no Brasil.....</i>	<i>104</i>
3.2 COMO O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACOMPANHOU A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS NO BRASIL.....	106
3.2.1 <i>O Código de Processo Criminal de 1832 e a Reforma de 1841: o sistema inquisitório como base do processo e a sua relação com os direitos civis, políticos e sociais .....</i>	<i>107</i>
3.2.2 <i>A República Velha e o exemplo do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul .....</i>	<i>112</i>

3.2.3 <i>O Código de Processo Penal de 1941: da era inquisitorial ao surgimento do sistema acusatório com a Constituição de 1988</i> .....	117
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 3 .....	120
<b>4 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO INQUISITORIALISMO DIANTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS SOLUÇÕES QUALITATIVAS</b> .....	<b>122</b>
INTRODUÇÃO AO CAPÍTULO 4.....	122
4.1 IMPLICAÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	123
4.1.1 <i>Estado Democrático de Direito e Sistema Acusatório como propostas constitucionais (duas promessas, dois devires)</i> .....	123
4.1.2 <i>O Estado Democrático de Direito como um conceito síntese</i> .....	126
4.1.2.1 O Estado Democrático de Direito como conceito síntese: a tríade de direitos	127
4.1.2.2 O Estado de Direito e a trajetória de (não) aquisição de direitos no Brasil (e na América Latina) .....	131
4.1.3 <i>A insuficiência do sistema acusatório e a compreensão ampla do conceito</i> .....	137
4.1.3.1 Desafios contemporâneos adicionais para o sistema processual penal: as consequências nocivas da expansão do direito penal.....	138
4.1.3.2 A necessidade de o sistema acusatório assumir novos atributos em busca de soluções qualitativas: a construção da tríade civil, política e social .....	142
4.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL: AVALIAÇÃO DOS DESAFIOS NAS ESFERAS CIVIL, POLÍTICA E SOCIAL.....	145
4.2.1 <i>A Esfera Civil (individual)</i> .....	146
4.2.2 <i>A Esfera Política</i> .....	156
4.2.3 <i>A Esfera Social</i> .....	161
4.3 PROPOSTAS DE SOLUÇÕES QUALITATIVAS PARA O APRIMORAMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL .....	167
4.3.1 <i>A Esfera Civil: a proposta do juiz das garantias e a compreensão do papel do juiz no processo penal</i> .....	167
4.3.2 <i>A Esfera Política: a fundamentação das decisões judiciais e a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de accountability</i> .....	173
4.3.3 <i>A Esfera Social: o fortalecimento do acesso à justiça e da educação jurídica em matéria criminal</i> .....	178
CONCLUSÃO DO CAPÍTULO 4 .....	184
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>186</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>194</b>

## 1 INTRODUÇÃO

---

É crescente no Brasil o debate sobre a construção de um sistema jurídico que reflita as promessas positivadas na Constituição Federal de 1988. Os desafios existentes no sistema processual penal, que diz respeito às regras, atores e garantias do processo penal, se inserem nessa realidade. A adequação desse sistema aos preceitos constitucionais norteia o debate sobre a construção de mecanismos mais democráticos de direitos e garantias que possibilitem a transição de estruturas do inquisitorialismo em direção à consolidação do sistema acusatório. Este último se diferencia do primeiro pela capacidade de oferecer e garantir um processo penal igualitário e humanitário a toda população.

É possível afirmar que a discussão sobre a adoção do sistema acusatório no Brasil se baseia em três debates principais. O primeiro vincula-se ao próprio conceito de sistema acusatório. Há grande debate público, incluindo aqui a academia, sobre quais elementos principais diferenciam o sistema acusatório de um sistema inquisitório. Para além dessa polêmica, que beira o preciosismo, está uma discussão subjacente que trata sobre a existência de grandes resquícios inquisitoriais no sistema processual penal brasileiro e a incompatibilidade entre o Código de Processo Penal e os preceitos da Constituição Federal no que diz respeito ao processo penal. Já, o segundo e o terceiro debates envolvem, respectivamente, discussões de cunho explicativo e normativo sobre o tema. Trata-se aqui de explicar as origens da continuidade de traços inquisitoriais no processo penal brasileiro e prospectar possíveis soluções para a consolidação do sistema acusatório. Nesses dois últimos pontos urgem análises que relacionem de maneira mais holística a evolução do sistema processual penal brasileiro com o processo histórico, sociológico e político de aquisição de direitos da população do país e que vinculem tal análise com os desafios amplos de construção do Estado Democrático de Direito.

Esse trabalho procura contribuir para o avanço destas discussões. Para tanto, a pesquisa tem como objetivo principal estudar a continuidade do inquisitorialismo no Brasil como parte de uma incongruência histórica entre constitucionalismo, processo de aquisição histórico de direitos dos cidadãos e sistema processual penal, buscando identificar possibilidades de soluções para a problemática da consolidação do sistema acusatório diante do projeto inacabado de Estado Democrático de Direito.

Esta introdução procura apresentar a discussão sobre a situação do sistema processual penal brasileiro e por qual razão ele ainda se mostra insuficiente. Divide-se

assim em quatro seções. A primeira aborda o debate conceitual; introduz os limites atuais do próprio conceito de sistema acusatório, ou seja, a dificuldade de uma resposta consensual sobre a sua definição. A segunda adentra a discussão teórico-explicativa e discute a dificuldade de explicação de por que predominam resquícios inquisitoriais no ordenamento penal brasileiro. Em seguida, introduz-se o debate normativo, sobre a importância de estudar as soluções qualitativas para a possível superação dos resquícios inquisitoriais que ainda se fazem presentes na atualidade. Tal tarefa torna-se ainda mais necessária após a Constituição Federal de 1988 ter feito a opção democrática pelo sistema acusatório. E, por fim, a quarta seção refere-se à apresentação do desenho da pesquisa e da estrutura da dissertação.

### **O Debate Conceitual**

Para compreender o raciocínio lógico desta pesquisa, é importante, em um primeiro momento, explicar o que se entende conceitualmente por sistema acusatório e sistema inquisitório. Posteriormente, partindo-se da ideia de que o Brasil adota um sistema acusatório, pelas razões que serão expostas a seguir, demonstrar-se-á a problemática que envolve a superação dos resquícios inquisitoriais ainda presentes na atualidade, fato que está intimamente conectado com a síntese do Estado Democrático de Direito (direitos civis, políticos e sociais).

Primeiramente, importa reconhecer que a estrutura processual penal faz parte de um sistema<sup>1</sup>. Para fins deste trabalho, entende-se, a partir das reflexões de Geraldo Prado, que emprega os ensinamentos de Cármen Lucia Antunes Rocha (1990), que um sistema

não é um conjunto solto e desarticulado de normas e instituições [...], mas sim uma realidade medida exatamente em virtude da coerência interna destas

---

<sup>1</sup> Os significados de sistema (do latim *systema*, que significa reunião, junção) são diversos. Para Bobbio, sistema é uma "totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também em um relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõe estão num relacionamento de coerência entre si, em que condições é possível essa relação". (BOBBIO, 1995, p. 71). O ordenamento jurídico pode ser considerado um sistema, ou, nas palavras de Bobbio uma "unidade sistemática" (BOBBIO, 1995, p. 71). Tércio Sampaio Ferraz Júnior salienta que "um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não normativos (repertórios) guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em sua estrutura. [...] O sistema [...], ademais, tem caráter dinâmico. [...] Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas. O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social" (FERRAZ JR., 2012, p. 146-47).

mesmas normas e instituições – acrescentaria princípios e sujeitos, que agem no interior do sistema de determinada maneira [...]. (PRADO, 2006, p. 54)

Dessa forma, o sistema processual penal pode ser visto como um subsistema do sistema judiciário (BOBBIO, 1998b), espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político (PRADO, 2006, p. 55). Em específico, é aquele determinado pela exigência do direito penal e do Estado, em cada época particular, para proporcionar respostas frente às demandas da criminalidade (LOPES JR, 2010, p. 57). Os sistemas processuais penais podem ser analisados a partir de dois tipos: inquisitivo, ou inquisitório<sup>2</sup>, e acusatório<sup>3</sup>.

A conceituação básica e mínima dos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório pode ser vista a partir de sua principal diferença. Assim, o que difere minimamente um sistema de outro pode ser considerado o núcleo base do sistema. E, de uma forma geral, o conceito básico unânime desses modelos poderão nos aproximar da compreensão sobre qual é o modelo adotado atualmente no Brasil – fato este que encontra divergências na atual literatura processual penal.

Para explicar o que se entende por sistema acusatório e inquisitório utilizar-se-á a teoria da construção de conceitos de Giovanni Sartori, que proporciona às Ciências Sociais uma importante contribuição. A teoria de Sartori (1984) apresenta uma estratégia de análise conceitual comparativa e histórica na busca de características comuns (é o que ele denomina de conceito clássico ou conceito por redefinição). É uma estratégia que visa encontrar um núcleo comum que valerá para análise de todos os casos, ao qual poderão ser incorporados novos atributos, mas sempre mantendo-se o *núcleo comum principal* (FONSECA, 2013, p. 6). Pedro Fonseca, ao abordar a construção do conceito de desenvolvimentismo, afirma que o grande “desafio da construção do conceito clássico ou por redefinição é identificar esse núcleo comum” (FONSECA, 2013, p. 7).

Para este trabalho, optou-se por renomear o *núcleo comum principal* de *núcleo duro*. A partir da definição do núcleo será possível considerar um sistema como acusatório ou inquisitório. Entretanto, isso não significa que haja a consolidação de tal sistema. Por isso, em um segundo momento, importa perceber quais são os atributos

---

<sup>2</sup> Este trabalho trata os termos inquisitivo e inquisitório como sinônimos e os utiliza de maneira intercambiável.

<sup>3</sup> Parte da literatura considera o sistema misto (em linhas gerais seria aquele metade inquisitório, metade acusatório) também como uma espécie de sistema processual penal. Contudo, discorda-se desta linha pensamento, pelas razões que serão expostas ao longo desta introdução.

adicionais que possam contribuir para a consolidação do sistema processual penal, sem que, por qualquer hipótese, seja modificado o seu núcleo duro.<sup>4</sup>

Mas, primeiro, o desafio a ser enfrentado é identificar o núcleo dos sistemas processuais penais. Pra tanto, será realizado o procedimento adotado por Fonseca com base na teoria de Sartori, qual seja, investigar (i) como a literatura mais reconhecida tem definido o conceito de sistema acusatório, buscando um denominador comum entre a maioria dos textos, e (ii) em qual momento da história moderna normalmente aponta-se o surgimento do sistema acusatório e por qual razão este se diferencia do inquisitório. Trata-se de uma busca pelo núcleo duro construído pelos autores e pela história.

Independentemente do que cada autor entende por núcleo duro, bem como de quais sejam as suas principais posições teóricas sobre o tema, é possível constatar a existência de uma característica básica que, de forma ou outra, está sempre presente nos debates para diferenciar o sistema acusatório do sistema inquisitório. Essa característica mínima pressupõe a existência de partes no processo, através da separação inicial das funções de acusar, defender e julgar.

Geraldo Prado, quando escreve sobre o sistema acusatório, explica que tal sistema é regido por um princípio que leva o mesmo nome. Sustenta o autor que “a nosso juízo, o princípio acusatório, avaliado estaticamente, consiste na distribuição do direito de ação, do direito de defesa e do poder jurisdicional, entre autor, réu (e seu defensor) e juiz” (PRADO, 2006, p. 113). A decisão de instaurar um processo penal condenatório, portanto, será de um sujeito distinto do juiz (PRADO, 2006, p. 113)<sup>5</sup>. Joan Picó I Junoy, no mesmo sentido, esclarece que o princípio acusatório é parte das garantias básicas do processo penal, o que implica, em essência, a existência de partes que se contrapõem (acusador e acusado), diferente do órgão julgador que deve ser imparcial. Por isso, o autor sustenta que a separação das funções torna-se essencial: *“acusación propuesta y defendida por persona distinta del Juez, defensa con derecho y facultades iguales a las del acusador, y decisión por un órgano judicial Independiente e*

---

<sup>4</sup> Entende-se aqui que, para além de seu núcleo duro, os sistemas processuais penais sejam historicamente condicionados. Ao longo dos anos, de acordo com condições e necessidades das sociedades, novos fatores passam a ser necessários para a sua consolidação ou fortalecimento. Se o núcleo duro do sistema é a realidade mínima, o princípio, que o identifica, o seu desenvolvimento e consolidação é um eterno devir; mutável de acordo com as circunstâncias históricas.

<sup>5</sup> “[...] O princípio acusatório funde acusação e ação penal, justamente por não admitir a existência de processo condenatório sem iniciativa da parte autora (*nemo iudex sine actore*), e, em vista dele, somente se ação penal for proposta e desenvolvida ao longo do processo, haverá, após a contraposição da atividade de defesa, autorização jurídica para a prolação de decreto condenatório” (PRADO, 2006, p. 112).



*imparcial, no que actúe como parte frente al acusado em el proceso contradictorio*” (PICÓ I JUNOY, 2002, p. 112). Importa destacar, ainda com Joan Picó I Junoy que “*la finalidad última del principio acusatorio no es otra que la de proteger la debida imparcialidad del juzgador*” (PICO I JUNOY, 2002, p. 112).

Eugênio Pacelli de Oliveira reconhece que no sistema acusatório, diferente do modelo inquisitório, “além de atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação”<sup>6</sup> (PACELLI, 2010, p. 9). Jaime Bernal Cuéllar e Eduardo Montealegre Lynett também identificam que um dos conceitos mais importantes da teoria processual moderna é aquele que se refere à separação das funções de investigar e acusar (o que entende por princípio acusatório) do qual deriva algumas consequências, entre elas “*las atribuciones de instrucción y juzgamiento están encargadas a dos órganos independientes*” (CUÉLLAR e LYNETT, 2004, p. 121).

Ainda nesse mesmo sentido, entende Luigi Ferrajoli, quando afirma que a separação entre o juiz e a acusação se traduz no elemento constitutivo mais importante do sistema acusatório (modelo teórico acusatório), aquele que lhe confere o pressuposto estrutural (FERRAJOLI, 2000, p. 657). Nereu José Giacomolli, por sua vez, sustenta que

o monopólio da jurisdição no âmbito criminal se liga a uma série de garantias e direitos produzidos pela adoção do princípio acusatório no artigo 129, I, da Constituição Federal. Este não diz respeito somente à exclusividade da ação penal pelo Estado. Informa, em sua base, a divisão das funções entre os diversos sujeitos processuais: terceiro imparcial, acusador e defensor. Isso reflete uma série de efeitos no âmbito do processo penal, mesmo se entendido de forma bem restrita, ou seja, da necessidade de uma acusação. (GIACOMOLLI, 2006, p. 226-27)

De certo, há autores que consideram a separação das partes fator insuficiente para a caracterização do sistema acusatório. Por um lado, Aury Lopes Júnior reconhece que um dos principais diferenciadores dos sistemas inquisitório e acusatório é a separação das funções de acusar e julgar (LOPES JR., 2012, p. 128) e que essa separação é necessária para que a estrutura não se rompa. Por outro, o autor, na esteira de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, considera a separação de funções um elemento

---

<sup>6</sup> No mesmo sentido, destaca Calabrich (2008, p. 39), quando escreve que “o sistema ou modelo acusatório funda-se na distribuição a sujeitos processuais distintos das funções de acusar, defender e julgar”. Abade (2005, p. 140) também afirma que “ao consagrar a garantia do processo criminal de tipo acusatório a Lei Fundamental pretende assegurar que a entidade que julga não tenha funções de investigação e acusação: esta última tarefa há de ser levada a efeito por outra entidade – em regra, o Ministério Público”.

acessório (LOPES JR., 2014, p. 109) e que o núcleo do sistema seria, na realidade, a gestão da prova<sup>7</sup>. A premissa de que a gestão da prova é o “núcleo fundante” (por ex., LOPES JR., 2014, p. 110) do sistema processual penal é uma interpretação retirada pelos autores, sobretudo, de Franco Cordero<sup>8</sup>.

Nesta mesma linha de argumentação, Coutinho (2007, p. 12) afirma que “hoje ninguém mais com algum conhecimento duvida que um sistema processual se define pela *gestão da prova* e a quem ela cabe [...]”; e, por essa razão, o autor sustenta que, no Brasil, existe um sistema inquisitório regendo o Código de Processo Penal. A gestão da prova, portanto, seria para autores como Coutinho (2009), Lopes Jr (2014), Thums (2006), o “núcleo fundante” (o que aqui chamamos de núcleo duro) de um sistema processual penal. Para eles, se a gestão da prova for exclusiva das partes (acusação e defesa), o sistema configura-se como acusatório; por outro lado, se o juiz puder atuar na gestão da prova, o sistema será inquisitório. Para Thums, portanto, é falsa “a conclusão de que a presença do Ministério Público no processo penal, com o monopólio da ação penal, corresponda ao modelo acusatório” (THUMS, 2006, p. 213).

Entretanto, é forçoso perceber que, implícita ou explicitamente, tais autores também acabam por confirmar a necessidade de separação das funções, já que se trata de fundamento anterior ao próprio primado da gestão da prova. Ou seja, não é possível pensar na existência de gestão probatória exclusiva à acusação e defesa sem que antes exista separação das partes. Consequentemente, a separação destas funções, que se dá primariamente no início do processo, aparece como denominador comum entre os autores mencionados.

Além disso, entende-se que não é possível negar a história para definir um conceito, mesmo que em sua forma mínima. Contudo, isso não significa que, ao longo do tempo, o conceito não possa transformar-se e incorporar novos atributos, conforme

---

<sup>7</sup> Importa referir que esta nem sempre foi a posição de Aury Lopes Jr. O autor muda de posição no início dos anos 2000, como explica em uma nota de rodapé em seu livro “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”: “Mantivemos a redação original da tese de doutorado (1999), momento em que ainda admitíamos a existência de um modelo misto, bem como considerávamos que a separação das funções de acusar-julgar era a pedra angular da distinção acusatório-inquisitório. Atualmente, pensamos de forma diferente (...). Na esteira de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Franco Cordero, hoje entendemos que é a GESTÃO DA PROVA O PRINCÍPIO UNIFICADOR que irá identificar se o sistema é inquisitório ou acusatório” (LOPES JR., 2006, p. 77, nota de rodapé n° 8).

<sup>8</sup> Há posições que procuram desconstruir essa teoria apresentada pelos autores citados, tais como faz Mauro Fonseca Andrade, em específico, no artigo intitulado “Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma” (ANDRADE, 2010b), bem como eu seu livro “Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores” (ANDRADE, 2010).

já referido e se verá posteriormente. De todo modo, a importância da história parece inegável na construção do conceito e de seu núcleo duro. Inclusive, destaca Sartori que

as palavras não só têm uma história como, invariavelmente, uma história muito importante. Ignorar a razão de terem sido cunhadas, suas variações e os distanciamentos subsequentes dos significados originais é renunciar a um compasso numa navegação perigosa. (SARTORI, 1994, p. 40)

Nesse sentido, importa identificar, na história moderna e de uma forma geral, em qual momento se dá a transição de um sistema inquisitivo para um sistema acusatório. Esse momento remonta ao século XVIII e XIX, sobretudo na Europa continental, e com exceção, por exemplo, da Inglaterra, que já apresentava um procedimento diferenciado com a *Common Law*. No geral, a história demonstra que a separação das funções de acusar e julgar foi a base para o início da derrubada do sistema inquisitivo em toda a Europa (no qual o juiz-inquisidor assumia, em tese, três funções: investigar, acusar e julgar).

De modo geral, a reforma que aconteceu na França, com o surgimento do *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, e que posteriormente influenciou outros países, é considerada pela literatura como um marco para a derrubada do sistema inquisitivo (por ex., MAIER, 2004). O que importa, neste momento, é que este código, por mais que seja comum na literatura classificá-lo como regido por um sistema misto<sup>9</sup> (por haver separação das fases de investigação e processual), pode ser visto como um marco inicial que introduziu a separação das funções de acusar e julgar, atribuindo a exclusividade da ação penal somente ao Ministério Público (ANDRADE, 2008). Delimitou-se, desta forma, que o processo penal teria partes (acusação e defesa) e um julgador distinto delas, diferente do que acontecia no sistema inquisitivo, como, por exemplo, no *Code Louis*, de 1670<sup>10</sup>. Essa separação básica é essencial para a distinção mínima conceitual

---

<sup>9</sup> O sistema adotado pelo Código napoleônico geralmente é cunhado de misto (CORDERO, 2000, p. 67). Isso, pois, introduziu uma fase de investigação (inquisitiva) e outra processual (acusatória). Nesse ponto importa ressaltar a discussão acerca da existência ou não de um sistema misto. O sistema misto seria aquele composto por duas fases: investigativa ou pré-processual (inquisitória) e processual (acusatória). Entretanto, a afirmação de um sistema misto (metade inquisitório, metade acusatório), pelo simples fato de existirem duas fases, aponta, nas palavras de Lopes Jr. (2010, p. 58), um “reduccionismo ilusório”. Independente de se concordar ou não com o que o autor entende sobre núcleo do sistema, concorda-se com a justificativa de que para identificar um sistema processual penal é necessário identificar o seu “núcleo fundante” (núcleo duro); é ele quem irá decidir se o sistema é acusatório ou inquisitório. Ainda que, na atualidade, grande parte dos sistemas sejam de fato mistos (com a separação das fases pré e processual - como é o caso do Brasil), não se pode dizer que exista um princípio fundante misto e, por isso, não se justifica a ideia de sistema misto: ou é inquisitório ou é acusatório, mesmo que existam resquícios contrários ao núcleo.

<sup>10</sup> Aqui havia presença de um acusador, entretanto, por mais que existisse, era visto como dispensável, já que o processo também poderia ser iniciado por *notitia criminis* ou de ofício (ANDRADE, 2010b).

(núcleo duro) dos sistemas processuais penais em inquisitório ou acusatório, partindo-se do pressuposto da impossibilidade de existir um núcleo misto.

Poder-se-ia, neste momento, fazer a ressalva sobre a Inquisição espanhola, o que é feito inclusive por Mauro Fonseca Andrade, quando afirma que em uma das mais perversas inquisições da história existia um órgão específico, diverso do juiz, para promover a acusação<sup>11</sup>.

Entretanto, há outros pesquisadores que refutam essa hipótese trazida pelo autor, como por exemplo, Andrea Ortiz Rangel, quando concorda com A.S Tuberville, que

*El puesto de mayor relevancia después del inquisidor general lo ocupaba el promotor fiscal, quien actuaba como acusador. Esta figura fue creciendo con el transcurso de los años y en algunas ocasiones sus funciones fueron ejercidas por el inquisidor, por lo que éste recibía el título de inquisidor fiscal. (RANGEL, s/d)*

Ou seja, de acordo com esta pesquisadora, o inquisidor, em alguns casos, também poderia assumir a função de promover a acusação. Além disso, importa destacar que, embora não haja muitos estudos acerca das atribuições específicas dos funcionários do Tribunal do Santo Ofício, há indícios de que todos eram subordinados ao inquisidor-geral (que era nomeado pelo Papa, em nome do Rei). Nauhcatzin Tonatiuh Bravo Aguilar, por exemplo, afirma que a acusação realizada pelo *Fiscal* era apenas uma formalidade que foi lhe foi atribuída nas *Instrucciones*, já que desde o momento que o acusado era interrogado e torturado pelos inquisidores já era considerado culpado e a confissão era o seu caminho.

*En medio de la secrecia que caracterizaba a la Inquisición, el acusado era llevado ante los inquisidores para ser interrogado y una vez amenazado con ser torturado si faltaba a contestar con la verdad, se le cuestionaba sobre la causa por la que había sido arrestado. Sin esperanzas de saber la acusación en su contra, se le advertía también que lo que le convenía era confesar, ya que el Tribunal nunca arrestaba sin tener pruebas. [...] Con fundamento en la determinación de los teólogos presentes y los indicios existentes hasta ese momento, el fiscal denunciaba formalmente al acusado, lo que en efecto era una mera formalidad ya que el acusado desde que entraba en esa cámara era considerado culpable y su deber era probar lo contrario. (AGUILAR, 2004, p. 103)*

É possível concordar com o autor quando afirma que o ato do *Fiscal* era apenas para formalizar uma acusação que já existia, pois, por exemplo, ao fazer uma leitura dos atos segundo e décimo oitavo da *Compilación de Las Instrucciones del Santo Oficio de*

---

<sup>11</sup> Mauro Fonseca Andrade (2010, p. 454) afirma que a titularidade da acusação já era encontrada na inquisição espanhola uma vez que era atribuição exclusiva do *Fiscal* – espécie de Promotor – denunciar oficialmente os acusados e, por isso, era possível perceber um sistema acusatório em uma das Inquisições consideradas por muitos como a mais terrível da história.

*la Inquisición*, de Fernando de Valdés, parece que não era possível o *Fiscal* acusar de modo contrário ao que foi determinado pelos inquisidores nas audiências “investigativas” anteriores<sup>12</sup>. Dessa forma, a inquisição espanhola demonstra que a análise das estruturas formais dos sistemas devem também ser cotejadas com o estudo da história prática (adequada à realidade da época)<sup>13</sup>.

Desse modo, os sistemas acusatórios construídos nos séculos XVIII e XIX em relação aos sistemas caracteristicamente inquisitoriais (nos quais existia a figura do juiz-inquisidor que assumia as funções de acusar e julgar), via de regra, basearam-se no atributo de conferir a acusação mínima (início de um processo) a um órgão diferente do julgador. Essa acusação mínima remete a duas questões importantes: (i) a exclusividade do órgão acusador, ou seja, somente ele poderá iniciar o processo criminal e (ii) a sua independência, no sentido de não poder haver interferência do julgador na decisão sobre o início da pretensão acusatória.

Por isso, de acordo com a característica comum mínima atribuída (implícita<sup>14</sup> ou explicitamente) pela maioria dos autores como básica para a existência de um sistema acusatório, bem como pela passagem da história que evidencia a queda do sistema inquisitório para o surgimento de outro sistema, é que se entende que a separação das funções de acusar (com exclusividade e sem interferência do juiz), defender e julgar é o que define o núcleo duro do sistema acusatório para fins conceituais. Trata-se de um sistema de partes (mesmo que em sua forma mínima).

---

<sup>12</sup> “**2. Denunciacion** – Satisfechos los Inquisidores, que la materia es de Fé, por el parecer de los Teólogos, ó ceremonia conocida de Judíos, ó Moros, heregía, ó fautoría manifiesta, y de que no se puede dudar, el Fiscal haga su denunciacion contra la tal persona, ó personas, pidiendo sean presos, presentando la dicha testificacion y calificacion” e “**18. Acusacion del Fiscal** – El fiscal tendrá cuidado de poner las acusaciones á los presos en el término que la Intruccion manda, acusándolos generalmente de hereges, y particularmente de todo lo que están indiciados, así por la testificacion, como por los delitos que hubieren confesado: Y aunque los Inquisidores no puedan conocer de delitos que no sepan á manifiesta heregía, siendo textificado el reo de delitos de otra calidad, debe el Fiscal asusarle de ellos, no para que los Inquisidores le castiguen por ellos, sino para agravacion de los delitos de heregía que le ha acusado, y para que conste de su mal cristiandad, ó manera de vivir, y de allí se tome indicio en lo tocante á las cosas de la Fé, de que se trata” (VALDES, 1561, s/p. Grifos nossos.).

<sup>13</sup> Torna-se possível pensar, em uma análise preliminar, que a separação formal das funções de acusar (*Fiscal*) e julgar (Inquisidores) na inquisição espanhola foi um meio encontrado para acalmar os ânimos da população que clamava por julgamentos com menos excessos (esse foi, inclusive, o motivo de Torquemada ter sido nomeado Inquisidor-Geral pelo Papa anteriormente ao Inquisidor Valdés, conforme informa Andrade (2010, p. 286)). Contudo, é possível concluir que há indícios importantes de que o *Fiscal* não possuía independência para acusar – o que caracteriza, pelo núcleo duro, um sistema inquisitório e não acusatório.

<sup>14</sup> Como visto, nem mesmo autores, como Aury Lopes Júnior, que seguem outra teoria para firmar o “núcleo fundante” do sistema, ignoram o fato de que a separação das funções é fator essencial para a sua caracterização.

Ressalta-se que a definição aqui proposta não possui o intuito nem a pretensão de desconstruir teorias respeitáveis dos debates contemporâneos que envolvem o processo penal, mas sim apenas contribuir para o debate através de uma concepção diferenciada (e metodologicamente sustentada) sobre a construção teórica conceitual. De acordo com a teoria de construção de conceitos de Giovanni Sartori, o núcleo é aquele que firma a base conceitual e que em hipótese alguma poderá ser modificado. Por isso, sustenta-se que a razão pela qual é possível pensar em princípios como o do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre acusação e defesa, da gestão probatória afastada do juiz para garantir a imparcialidade efetiva (todos estes elementos essenciais para a ampliação e consolidação do sistema acusatório)<sup>15</sup>, é justamente porque existem partes (diferente do que acontecia no modelo inquisitorial onde o juiz-inquisidor assumia todas as funções). Ou seja, para a existência de qualquer outro atributo que envolva a consolidação do sistema acusatório, é imprescindível a existência de partes distintas do juiz, que não poderá iniciar um processo de ofício e que deve assumir a função de um terceiro imparcial.

O desenvolvimento dos sistemas processuais penais ao longo dos séculos indica que o próprio sistema acusatório é caracteristicamente mutável. A separação mínima das funções, de fato, não é suficiente para a sua consolidação. Sendo assim, considera-se, atualmente, o afastamento do juiz na gestão da prova, entre outros, elemento fundamental para consolidação do sistema acusatório – abrindo espaço, não para a descaracterização do conceito, mas para a evidência de resquícios inquisitoriais em sistemas minimamente acusatórios.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Entendia-se que a separação mínima das funções de acusar e julgar seria suficiente para garantir a imparcialidade do julgador – o que, conforme se verá ao longo da pesquisa, não é o caso. Afirma Giacomolli (2014, p. 233-34) que com o tempo “constatou-se que [...] a repartição das atribuições de investigar, acusar e decidir [...] não foram suficientes para garantir a imparcialidade do julgador”. Entretanto, entende-se que a falta de efetiva imparcialidade, neste caso, também não descaracteriza o conceito, pois, por menor que seja, a imparcialidade com a separação das funções está presente no momento em que não mais se possibilita ao juiz acusar/denunciar alguém e propor ação penal contra qualquer indivíduo, sendo que ele mesmo iria julgá-lo posteriormente, como acontecia no sistema inquisitório, onde não existia um sistema de partes. Poder-se-ia fazer uma analogia com o que Picó I Junoy afirma ser a imparcialidade objetiva: juiz que investiga (refere-se o autor ao juiz de instrução, que não existe no Brasil) não deve sentenciar (PICÓ I JUNOY, 2002, p. 137).

<sup>16</sup> O sistema acusatório se caracterizou gradualmente (exceto pela *Common Law* inglesa, que já apresentava historicamente algumas dessas características) por assumir novos atributos, quais sejam: dar tratamento igualitário às partes (acusação e defesa); ser predominantemente oral e público; e trazer o princípio do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões e da imparcialidade do órgão julgador. Já o sistema inquisitório apresenta-se como um modelo histórico e, por regra, predominantemente secreto e escrito, sem oportunidade de igualdade ao acusado no processo. A prova (sobretudo a confissão) poderia ser obtida sob tortura, sem possibilidade de contraditório, defesa e a decisão ficava sob o arbítrio do julgador/acusador. Para compreender como o sistema inquisitivo (reflexo de um regime autoritário) se espalhou pelos países da Europa, e, posteriormente, a outras

Desse modo, é importante que se faça um esclarecimento. A divergência que se apresenta nesta pesquisa em relação aos autores que sustentam o “núcleo fundante” do sistema processual com a gestão da prova é apenas conceitual: enquanto eles entendem que vigora no Brasil um sistema inquisitório (pois o juiz ainda atua na produção de provas), este trabalho compreende que vigora no país um sistema acusatório, de partes, constitucionalmente estabelecido, mas que ainda encontra-se em fase de transição para a sua maior consolidação, apresentando resquícios inquisitoriais a serem superados. Um destes resquícios é justamente a questão da atuação *ex officio* do juiz, sobretudo, em matéria probatória.

É por isso que se sustenta que no Brasil existe um sistema acusatório, instituído pela Constituição Federal de 1988, porém argumenta-se que o sistema não está consolidado (em razão dos diversos resquícios inquisitoriais presentes no Código de Processo Penal)<sup>17</sup> e legislações esparsas. Não é por menos que quando se fala na adoção do sistema acusatório pela Constituição brasileira, somos remetidos ao artigo 129, inciso I, do texto constitucional, o qual estabelece que compete ao Ministério Público (órgão independente<sup>18</sup>) promover, privativamente, a ação penal pública<sup>19</sup>. Além disso, a Constituição trouxe expressamente alguns dispositivos constitucionais que são vistos hoje como essenciais para uma futura consolidação do sistema: o tratamento igualitário das partes (art. 5º, caput e inc. D); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV); a publicidade dos atos processuais e a necessidade de fundamentação das decisões (art. 93, inc. IX); a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII); entre outros que, além destes, preservam a imparcialidade efetiva do julgador, como o devido processo legal (art. 5º,

---

regiões, entre elas a América Latina, e, em específico, o Brasil, é importante conhecer a história das principais inquisições (medieval, espanhola e romana), pois elas permitem verificar que algumas de suas influências, de forma ou outra, se fazem presentes, até os dias de hoje, na estrutura processual penal de diversos locais (são os chamados *resquícios inquisitoriais*).

<sup>17</sup> Essa insuficiência do sistema também pode ser vista nas decisões que são proferidas diariamente no nosso país. Geraldo Prado (2006, p. 195) refere, inclusive, que as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal) fazem com que seja necessário admitir, de acordo com o entendimento do autor, que prevaleça, no Brasil, a *teoria da aparência acusatória*.

<sup>18</sup> Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público “não passava de um apêndice do Poder Executivo, propulsor de um direito penal de cunho-liberal individualista. Esse modelo, todavia, está esgotado. Agora alçado à condição análoga a de um poder de Estado, o Ministério Público figura, em face das responsabilidades que lhe foram acometidas, no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito” (STRECK; FELDENS, 2006, p. 41).

<sup>19</sup> Sabe-se que o mínimo que se exige para a promoção da ação penal é a provocação do Estado (é o primeiro ato, o que iniciará a discussão processual). Ou seja, pode ser considerado o primeiro ato que indica a presença de partes (e por isso se diferencia do sistema inquisitório), mesmo que por si só, como dito, ele não seja suficiente para a consolidação do sistema acusatório que, no Brasil, ainda enfrenta muitas dificuldades.

inc. LIV), o juiz natural (art. 5º, incs. XXXVII e LIII); e, além disso, sobre a imparcialidade, importa salientar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desde a década de 1980, vem proferindo decisões no sentido de preservar o direito, de qualquer acusado, de ser julgado por um juiz imparcial (GIACOMOLLI, 2014; MAYA, 2011).

### **O Debate Teórico-Explicativo**

Como referido, embora se sustente a existência de um sistema acusatório, constitucionalmente estabelecido, na realidade processual penal brasileira, ressalta-se o caráter insuficiente e mutável do conceito. Isso implica a tentativa de solucionar os resquícios inquisitoriais ainda presentes na atualidade. Nesse sentido, muito debate-se sobre a necessidade de existir um verdadeiro sistema acusatório, mas pouco se explica acerca da razão pela qual ainda predominam resquícios inquisitoriais no país. Há duas explicações principais que vêm sendo debatidas, conforme se verá a seguir.

A primeira refere-se ao fato de que existem leis infraconstitucionais, sobretudo o Código de Processo Penal, que não estão de acordo com a Constituição. Isto explicaria o predomínio de resquícios inquisitoriais no sistema brasileiro. A solução para o problema seriam mudanças legislativas para adequar as normas infraconstitucionais à Constituição Federal. Trata-se de uma explicação legal, pautada na adequação de normas para tentar inserir no texto, sobretudo no CPP brasileiro, as garantias constitucionais, tentando apagar, desta forma, os resquícios inquisitoriais, como a possibilidade de atuação *ex officio* do juiz.

Ressalta-se aqui a importância das Constituições para a conformação do próprio perfil do Estado. Nas Constituições democráticas estão conectados os postulados da cidadania – entendida como capacidade plena de gozar dos direitos fundamentais (cidadania civil, política e social) – aos princípios constitucionais do processo, assegurando-se a prevalência da liberdade e da democracia. Na modernidade, a estrutura processual penal de uma determinada localidade subordina-se à Constituição, sobre a qual devem atuar as garantias constitucionais.

*Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. La mutua lucha de los mismos, el triunfo ya del uno, ya del otro, o su fusión, caracterizan la historia del proceso. El predominio de uno u otro de estos principios opuestos em el Derecho vigente, no es tampoco más que um tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro. (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 109-110)*



A segunda explicação está no campo da filosofia. Explica que ainda há resquícios inquisitoriais pois não houve mudança do processo filosófico paradigmático no campo processual penal. Ainda não existiu, no país, a superação da filosofia da consciência, conforme estudos de Lenio Luiz Streck<sup>20</sup>. A discussão sobre o sistema processual penal e as dificuldades de superação do inquisitorialismo estaria interligada a este paradigma filosófico que, inclusive, é o pano de fundo deste estudo. De fato, o processo penal, e não somente o penal, precisa ser refletido sob outra lógica se realmente desejarmos mudanças. É importante destacar, e concordamos com Streck (2010, p. 18), que em tempos de viragem linguística – ou ontológico-linguística<sup>21</sup> – não se pode mais passar despercebidas teorias que reduzem a complexa questão do ato de julgar à consciência do intérprete.

---

<sup>20</sup> Importa destacar, sobre o campo da filosofia, que esta área de estudo sempre teve um compromisso com a verdade. Ou seja, a filosofia sempre procurou um olhar que desvendasse o que as coisas são (STRECK, 2010, p. 11). Para a metafísica clássica (que teve como grandes pensadores, por exemplo, Aristóteles e São Tomás de Aquino), os sentidos estavam nas coisas, pois nelas estariam as essências. Streck (2010, p. 13) ensina que a metafísica fornece a todas as outras ciências o fundamento comum, ou seja, o objeto ao qual todas se referem e os princípios dos quais todas dependem, por isso é concebida como a ciência primeira (originalmente projetada por Aristóteles). Com o nominalismo já foi possível perceber uma superação do pensamento de Aristóteles e São Tomás de Aquino. Contudo, a superação do objetivismo (realismo filosófico) ocorre na modernidade e é nesta ruptura histórica-filosófica (com o Iluminismo) que ocorre uma busca sobre os fundamentos do homem. O homem não é mais sujeito às estruturas e, então, surge a ideia de subjetividade. A palavra sujeito muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas (sujeito-objeto) e o mundo passa a ser explicado pela razão, com o surgimento do Estado Moderno (STRECK, 2010, p.13-14). O paradigma da subjetividade recebe o nome de filosofia da consciência.

<sup>21</sup> A ruptura da filosofia da consciência ocorre no século XX, com o chamado giro linguístico – ou, como melhor denomina Lenio Streck, viragem ontológico-linguística. “Numa palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão” (STRECK, 2011, p. 226). Percebe-se, desta maneira, com a reviravolta linguística do pensamento filosófico, de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que este é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, fazendo com que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos faça exigir reflexão sobre sua infra-estrutura linguística (OLIVEIRA, 2001, p. 13). Logo, nesse novo paradigma, a viragem linguística do início do século XX rompe com o modelo que interpõe a linguagem como uma terceira coisa entre o sujeito e objeto, quer dizer, não há mais um sujeito solitário; “agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito” (STRECK, 2010, p. 17). É também importante referir e compreender que a viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein und Zeit* de Martin Heidegger, somada à obra *Wahrheit und Methode* (1960), de Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. Foi a partir de então que se iniciou o “processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência)” (STRECK, 2010b, p. 95). Então, com a ideia de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, pode-se dizer, e aí concordamos com Jânia Saldanha, que a viragem linguística (especialmente por conta da filosofia heideggeriana e da hermenêutica filosófica gadameriana), “mostra que o Direito não comporta pensamentos absolutizantes ou verdades primevas” (SALDANHA, 2012, p. 333-34).

Essas duas explicações, portanto, são atualmente as predominantes na academia. Em síntese: explica-se que para superação do inquisitorialismo precisa-se (i) de mudanças legislativas e (ii) de um entendimento, que perpassa a esfera filosófica, dos devidos papéis daqueles que atuam no processo penal, sobretudo do juiz, para não mais envolver subjetividades e discricionariedades na função jurisdicional. Ambas as explicações são importantes e ressaltam aspectos centrais do dilema. Entretanto, é preciso atentar para duas questões importantes. Os desafios legais (alteração legislativa), mesmo se modificados e superados não garantem a aplicação prática da legislação. As dificuldades de implantação do Estado Democrático de Direito positivado constitucionalmente (como se verá neste trabalho) são exemplos práticos de que direito positivado não significa direito aplicado. Por seu turno, os limites da filosofia são desafios importantes, mas de difícil superação sem constrangimentos institucionais que os instiguem. Além disso, mesmo se hipoteticamente superados, não se sustentariam sem instituições que garantam a continuidade de uma suposta transformação de mentalidade.

Por isso, acredita-se que essas duas explicações precisam ser pensadas em conjunto com uma terceira. Além de os textos não estarem adequados à Constituição e de não haver a superação da filosofia da consciência, o Brasil, país em desenvolvimento, possui uma grande insuficiência de direitos que estão relacionados com a transição inacabada do Estado Democrático de Direito, fato este que pode contribuir com a explicação da existência atual de resquícios inquisitoriais no país.

Este trabalho busca na história, na sociologia e no constitucionalismo uma explicação mais ampla e holística. Entende que uma explicação possível sobre a razão de o sistema processual penal acusatório estar ainda em fase de transição para a sua consolidação é porque enfrenta dificuldades que envolvem a própria insuficiência de direitos, sobretudo civis e sociais no país. Por isso, esta pesquisa procura apresentar uma explicação ampliada que está relacionada com problemas sociais e políticos (processo de construção do Estado) e que possui ligação com o próprio desenvolvimento do constitucionalismo, entendido aqui como um processo conjunto de estruturação do Estado (garantia de direitos), além da limitação do poder (LOEWENSTEIN, 1976; FIORAVANTI, 2001; DIPPEL, 2007). Para isso, este estudo reúne literatura de diversas áreas do conhecimento, como da Ciência Política, da Sociologia, da Filosofia e de outras áreas do Direito, que não estejam apenas restritas a área penal e processual penal.

No que tange às particularidades históricas, a Sociologia, por exemplo, quando expõe o processo de aquisição de direitos dos cidadãos, nos apresenta uma lógica que se conforma mais ou menos com o que foi sendo garantido pelas Constituições ao longo dos tempos. No caso do Ocidente, Marshall (1967), principalmente, apresenta a estrutura tripartite da cidadania, com a aquisição de direitos dos cidadãos divididos em uma lógica: primeiramente os direitos civis, posteriormente, os direitos políticos, e, por fim, direitos sociais. Essa literatura se mostra importante, pois, a partir dela, é possível fazer uma análise mais ampla da sociedade.<sup>22</sup> Além disso, importante também é estudar o modelo ocidental (Europa Ocidental, sobretudo Inglaterra e França, e América do Norte, exceto o México)<sup>23</sup>, pois é a partir dessa simplificação válida, que será possível verificar que o processo de aquisição de direitos na América Latina, e, em específico, no Brasil, apresenta forma diversa e distinta. Ou seja, o modelo foi internamente diverso (na própria América Latina) e destoa do modelo ocidental comum. Os estudos de Guillermo O'Donnell (1998), José Murilo de Carvalho (2001), Elisa Reis (1998), entre outros, mostram que o processo de aquisição de direitos na América Latina ocorreu de maneira diferenciada do modelo europeu ocidental e norte-americano. Haveria duas diferenças importantes: a necessidade de maior ênfase aos direitos sociais e a inversão da sequência lógica e cronológica de Marshall na aquisição de direitos (o social antecedeu o político e o civil).

---

<sup>22</sup> Sabe-se que há muita crítica em relação à estrutura tripartite, principalmente da teoria de Marshall. É por isso que tais teorias devem ser vistas com cautela, para que não se pense em uma noção determinista e evolucionista de processos sociais que são per se complexos. Por exemplo, falar dessa teoria no modelo ocidental como um todo é uma simplificação, apesar da teoria ser, com o perdão da redundância, teoricamente válida.

<sup>23</sup> Ao propor uma definição que vai além da concepção geográfica de hemisfério ocidental, esta dissertação adota uma concepção de Ocidente baseada em elementos socioculturais e econômicos. Importa que em ambos os casos, a América Latina se separa da América do Norte (exceto México) e Europa Ocidental (e, eventualmente, de Austrália e Nova Zelândia) pela formação sociocultural distinta (HUNTINGTON, 1996) e por seus países situarem-se na periferia e semiperiferia do sistema capitalista mundial (WALLERSTEIN, 2004). Além disso, como a pesquisa procura argumentar no segundo e terceiro capítulos, a própria trajetória de aquisição de direitos na região latino-americana, e, especificamente, no Brasil, foi diversa ao caso europeu ocidental e norte-americano. Cumpre igualmente referir que o conceito de Ocidente envolve certa generalização e simplificação; fundamentais para fins analíticos. A análise de Marshall (1967), por exemplo, que é adotada por este estudo, acaba por generalizar o estudo do caso inglês para o processo histórico de transformação dos direitos nas sociedades ocidentais. Importa, contudo, reiterar a ressalva de que o próprio caso ocidental possui importantes variações, já que França e Estados Unidos aproximam-se bastante do modelo inglês, enquanto as experiências de Itália, Alemanha e Espanha, por exemplo, destoam deste caso em suas trajetórias específicas, essencialmente por apresentarem, em momento histórico específico, experiências particulares de autoritarismo/totalitarismo. Todavia, para fins deste estudo, como esforço inicial de comparação frente ao caso brasileiro, omitiu-se tal distinção e adotou-se a posição de Elisa Reis, que ressalta a importância de “transcender a singularidade de tais experiências na busca por generalizações que por sua vez nos ajudem a compreender as particularidades” (REIS, 1998, p. 27-8).

Assim, a explicação aqui proposta para a manutenção de um sistema acusatório com resquícios inquisitoriais no Brasil relaciona-se às próprias características e incompletudes no processo mais amplo de aquisição de direitos no país. A evolução dos sistemas processuais penais parece estar diretamente relacionada com o processo apresentado acima, de evolução das Constituições, dos Estados e da aquisição histórica de direitos pela população. Assim, o papel da filosofia, da hermenêutica, do constitucionalismo, até mesmo de outras ciências, assume neste patamar especial importância.

Ao ver ainda manifestações de “desprezo” aos avanços do constitucionalismo, da filosofia, da sociologia e, mesmo, das ciências gerenciais por parcela dos estudiosos do direito processual, reduzindo-as a concepções teóricas desprovidas de importância, se deixa de perceber que estes pensadores ainda insistem em manter uma análise própria do panorama jurídico anterior à Constituição Brasileira de 1988. (NUNES; BAHIA, 2010, p. 77)

Dentro desse contexto amplo e complexo, é que a pesquisa sustenta a necessidade de se superar os diversos resquícios inquisitoriais presentes no processo penal brasileiro (como a atuação *ex officio* do juiz). Resquícios estes que permaneceram ao longo do texto infraconstitucional após a história autoritária do país, e, também, na mentalidade daqueles que se encontram em posições confortáveis (COUTINHO, 2011). Contudo, a superação dos resquícios precisa ser analisada pensando-se sempre em um conceito amplo de sistema acusatório, para além de seu núcleo duro. Nesse caso, mudanças individuais que não levem em consideração uma complexidade maior exigida pela sociedade e pelo Estado Democrático de Direito parecem não ser suficientes para solucionar as principais necessidades do processo penal de um país em desenvolvimento. O problema do inquisitorialismo no Brasil parece ir além e essa pesquisa propõe o estudo dessa realidade.

### **O Debate Normativo**

O debate normativo se insere, sobretudo, nas soluções que vem sendo apresentadas no país para buscar uma consolidação do sistema acusatório. Elas podem ser classificadas como quantitativas e qualitativas e geralmente aparecem em contraste, contrapostas. Essa discussão está intrinsecamente relacionada com a transição para a

consolidação do Estado Democrático de Direito<sup>24</sup> (que se apresenta como uma tríade, síntese de direitos civis, políticos e sociais).

O Estado Democrático de Direito surge como um novo conceito de síntese, como uma resposta para a transformação da realidade, reunindo em só conceito as esferas civil, política e social. Contudo, importa salientar que no Brasil a ideia de Estado Democrático de Direito (sucedido da Constituição de 1988) ainda constitui em grande medida apenas uma grande promessa, diante de uma transição democrática inacabada, por não garantir a todos, na prática, principalmente direitos civis e sociais (O'DONNELL, 1998).

Compreende-se que a não consolidação do sistema acusatório, como visto anteriormente, está relacionada a essa realidade. Além disso, enquanto no século XIX o sistema acusatório (re) surgiu<sup>25</sup> no Ocidente concomitantemente com a aquisição de direitos civis e políticos pelos cidadãos, atualmente esse sistema, que está em transformação, parece não se sustentar apenas com esses direitos. Mais especificamente, os direitos sociais se apresentam como um complemento necessário para a efetividade do sistema acusatório, especialmente no caso dos países em desenvolvimento e no ambiente de tentativa de consolidação do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

Além disso, da mesma forma que o Estado Democrático de Direito apresenta as suas particularidades no processo de transição, a consolidação do sistema processual penal acusatório também está envolta de desafios crescentes. Entre eles, ressalta-se o fenômeno contemporâneo da expansão do direito penal. Esse fenômeno ocorre há algum tempo no país sob a justificativa de superar a impunidade e garantir segurança à população. Essa parece ser a forma que se apresenta na atualidade para tentar suprir a deficiência de concretização de alguns direitos fundamentais que deveriam ser resguardados a todos pelo Estado (mas não pelo direito penal), entre eles o da segurança. A sociedade de risco, da insegurança ou do medo clama por repostas urgentes e geralmente o legislador é chamado a elaborar e aprovar normas penais, diante do apelo midiático e da pressão popular (CALLEGARI; WERMUTH, 2010). Tal fenômeno, por via de consequência, faz com que cada vez mais a esfera de interferência

---

<sup>24</sup> Aqui, utiliza-se por analogia o conceito de transição de Guillermo O'Donnell (1994), quando escreve sobre a teoria democrática, o qual entende haver dois tipos de transições: a primeira, do autoritarismo para um regime democrático; e a segunda, mais complexa, para a consolidação da democracia. O autor sustenta que em grande parte da América Latina essa segunda transição ainda não ocorreu.

<sup>25</sup> Utiliza-se "(re) surgiu", pois é possível dizer que, na Antiguidade, apesar das particularidades da época, também se fez presente um sistema acusatório, conforme se verá ao longo deste trabalho.

do direito penal seja alargada e, em muitos casos, ocasionando a relativização de garantias constitucionais, o que desequilibra o sistema acusatório e uma política criminal que preserva os direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, no que diz respeito especificamente ao processo penal, o que vem acontecendo no Brasil são mudanças parciais, reformas incompletas que não estão atingindo o objetivo principal, que é o fortalecimento do sistema adotado pela Constituição para garantir um processo igualitário e humanitário. Comumente são apresentadas mudanças particularistas que não levam em conta processos mais amplos e que não colaboram com a superação do inquisitorialismo. Entretanto, é possível pensar em soluções que, no longo prazo, possam colaborar com essa superação. Essas soluções são de cunho qualitativo e surgem a partir de uma análise da tríade síntese do Estado Democrático de Direito, uma vez que as insuficiências da síntese são refletidas no processo penal.

Na esfera civil, direitos individuais como o da ampla defesa, do contraditório, de ser julgado por um juiz imparcial, da presunção de inocência, entre outros, são comumente desrespeitados em razão dos resquícios inquisitoriais presentes na legislação infraconstitucional. Buscando aprimorar o sistema acusatório e criar uma cultura “mental” acusatória, seriam necessários novos arranjos institucionais, pautados em debates públicos entre a academia e a sociedade, para suprir lacunas deixadas pela história do sistema inquisitivo e para que de forma qualitativa possa a legislação estar devidamente adequada às garantias constitucionais. Neste ponto, elenca-se a proposta do juiz das garantias como uma possibilidade de avanço.

Além disso, na esfera política, importa considerar a responsabilidade pública do Estado, sobretudo no que concerne ao controle das fundamentações das decisões (*accountability*), pois as próprias decisões judiciais devem ser pautadas pelos princípios do sistema democrático e, como tal, serem passivas de controle e fiscalização. No Brasil, os mecanismos de voto e representação política existem, mas os mecanismos de *accountability*, sobretudo no âmbito judicial, permanecem débeis, já que seguidamente deparamo-nos com decisões que contrariam a Constituição e os seus princípios fundamentais. Esse contexto importa para o processo penal, pois é a partir da fundamentação das decisões que se torna possível averiguar se os direitos fundamentais civis foram devidamente respeitados por aqueles que têm responsabilidade ao decidir.

Por fim, na esfera social, entende-se necessário aprimorar institutos que são caminho-meio para se chegar à efetividade de direitos civis e políticos. Para isso, o

acesso à justiça e a educação em matéria criminal são igualmente essenciais para aperfeiçoar e fortalecer o sistema acusatório.

Nesse sentido, o presente trabalho busca apresentar soluções qualitativas vinculadas à implementação do Estado Democrático de Direito através de estruturas que reforcem não somente os direitos fundamentais civis e políticos, mas também os sociais. São soluções de longo prazo que se subdivide em argumentos que, juntos, podem vir a colaborar para a superação do inquisitorialismo no país, tendo sempre em vista que o sistema acusatório reflete as condições do Estado Democrático de Direito.

### **Elementos Principais da Pesquisa e Estrutura da Dissertação**

A pesquisa busca contribuir para o debate social e acadêmico de matérias de extrema importância na atualidade: a necessária superação do inquisitorialismo diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito. Para isso, parece ser essencial a junção e a compreensão de diversos institutos que estão interligados: constitucionalismo, construção do Estado, processo histórico de aquisição de direitos por parte dos cidadãos e sistemas processuais penais. A própria sustentabilidade democrática depende da superação do inquisitorialismo e da consequente consolidação do modelo processual penal já constitucionalmente adotado no Brasil: o sistema acusatório.

Para isso, o presente trabalho se baseará na epistemologia e metodologia dialética e no método hipotético-dedutivo. Isto é, as conclusões serão formuladas a partir do silogismo dialético, quer dizer, não serão apresentadas verdades reais, mas conclusões prováveis, possíveis e aceitáveis, obtidas por meio da confrontação de premissas que refletem argumentos. O método hipotético-dedutivo refere-se ao estabelecimento de hipóteses de cunho descritivo ou explicativo e a sua avaliação no decorrer da pesquisa. Além disso, valer-se-á do recurso da hermenêutica para avaliar textos jurídicos e jurisprudências, sobretudo na análise do sistema processual penal brasileiro. Trata-se de um estudo de caso qualitativo que avalia de maneira diacrônica o constitucionalismo brasileiro, o seu processo de aquisição histórico de direitos e a evolução do seu sistema processual penal. O estudo ainda adota iniciativas comparativas ao relacionar o caso brasileiro com o modelo ocidental. Para tanto, os principais meios de trabalho encontrados para sustentar a dissertação foram: (i) pesquisa bibliográfica (livros e artigos científicos, brasileiros e estrangeiros) relativa ao tema do trabalho, (ii) análise de legislações, e (iii) enfoque da jurisprudência, mormente no capítulo terceiro

quando apresenta a maneira pela qual os Tribunais decidem sobre os resquícios inquisitoriais ainda presentes na atualidade.

A pesquisa, a partir do método exposto, tentará responder dois problemas principais. O primeiro questiona o que representa a continuidade do inquisitorialismo no Brasil, tendo em vista a evolução do constitucionalismo no país e o seu concomitante processo histórico de aquisição de direitos. A hipótese é que a continuidade do inquisitorialismo no Brasil relaciona-se com a insuficiência de aquisição de direitos no país, que indica a não consolidação do Estado Democrático de Direito (síntese entre direitos civis, políticos e sociais). Além disso, as deficiências do sistema acusatório e do Estado Democrático de Direito ocorrem a despeito do caráter amplo prometido pela Constituição de 1988 em comparação com as que a antecederam. O segundo problema tenta desvendar quais tarefas estão envolvidas para a desejada consolidação do sistema acusatório no Brasil frente o atual estágio de garantias de direitos no país (tendo como base a tríade do Estado Democrático de Direito) e, em termos normativos, quais as alternativas mais viáveis para a concretização desse processo. O argumento é que a consolidação do sistema acusatório no Brasil está diretamente relacionada às tarefas envolvidas na construção do Estado Democrático de Direito e de que há no âmbito específico do sistema processual penal soluções de cunho qualitativo (em oposição às de cunho exclusivamente quantitativo) que poderiam auxiliar nesse processo.

O texto divide-se em três capítulos. O primeiro capítulo apresentará uma discussão sobre o constitucionalismo à luz do processo de aquisição de direitos das sociedades ocidentais, o que contribuiu para a própria configuração dos Estados e dos sistemas processuais penais. O segundo capítulo estudará o processo histórico de aquisição de direito no Brasil, através das pesquisas realizadas nas Ciências Sociais, sobretudo à luz da perspectiva sociológica e tentará demonstrar qual é a relação deste processo com a trajetória do sistema processual penal no país. E o terceiro e último, diante das insuficiências do Estado Democrático de Direito que ainda encontra-se em transição, o capítulo buscará estudar algumas possíveis propostas de soluções qualitativas para a superação dos resquícios inquisitoriais que ainda se fazem presentes no país, visando fortalecer o sistema processual penal para torná-lo igualitário e democrático para todos.

Trata-se de um intento inicial que busca contribuir para o debate explicativo e normativo sobre a consolidação do sistema processual penal acusatório brasileiro à luz



dos desafios postos pela trajetória particular de aquisição de direito no país e pelo projeto firmado de construção do Estado Democrático de Direito.

## 2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO FORMA DE GARANTIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO

---

### Introdução ao Capítulo 2

O estudo da passagem do constitucionalismo moderno ao Constitucionalismo Contemporâneo<sup>26</sup> permite-nos observar uma lógica histórica importante e muitas vezes esquecida. Essa lógica se refere ao caráter mutuamente conectado e intrinsecamente relacionado das esferas jurídica, política e social ao longo da história antiga e moderna. Nesse último caso, sobretudo, é notória, mas pouco explorada, a relação entre Constituições, perfis do Estado, e características dos direitos dos cidadãos. Além disso, essa discussão é basilar para a compreensão sobre a evolução dos sistemas processuais penais, incluindo a construção gradual e constante do sistema acusatório (em oposição ao sistema inquisitorial).

Este capítulo discute o constitucionalismo à luz do processo histórico de aquisição de direitos das sociedades ocidentais, o que contribuiu para a própria configuração dos Estados e dos sistemas processuais penais. A primeira seção aborda o surgimento do constitucionalismo moderno, que redundou na conformação do Estado Liberal (o Estado de Direito). Em seguida, demonstra que o perfil deste Estado, ao garantir basicamente direitos civis fundamentais, o coloca na origem do processo de aquisição de direitos das sociedades ocidentais – o qual se expandiu gradualmente para as esferas política e social, configurando novos tipos de Estados. O Estado Democrático de Direito, por exemplo, cumpre a função de síntese, ao englobar esses três pilares de direitos adquiridos por estas sociedades. Já a segunda seção analisa a relação entre os sistemas processuais penais, mormente o surgimento do sistema acusatório (em oposição ao inquisitorial), e o processo de aquisição de direitos nas sociedades ocidentais. Argumenta que o estabelecimento desse sistema coincidiu com o processo de aquisição de direitos civis e políticos no mundo ocidental, além de ter evoluído

---

<sup>26</sup> Importa, desde já, fazer a ressalva de que será utilizado letras iniciais maiúsculas para “Constitucionalismo Contemporâneo”, seguindo os argumentos de Lenio Streck, para diferenciar esta ideia, que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra, do “neoconstitucionalismo”, pois este último representa “apenas, a superação – no plano teórico interpretativo – do *paleojuspositivismo* (Ferrajoli), nas medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, a Jurisprudência dos Valores” (STRECK, 2012, p. 36). Feita a ressalva, esclarece-se que a presente dissertação não entrará nestas discussões mais aprofundadas sobre o tema. Portanto, remetemos os leitores para o textos de Streck (2012) e Ferrajoli *et al.* (2012).

gradativamente com a expansão desses direitos para a esfera social, abrindo portas para uma nova concepção de sistema acusatório no Estado Democrático de Direito.

## 2.1 O CONSTITUCIONALISMO E A AQUISIÇÃO DE DIREITOS NO OCIDENTE: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO<sup>27</sup>

A presente seção introduz a discussão sobre a origem do constitucionalismo moderno no Ocidente, discutindo a sua transformação (Constitucionalismo Contemporâneo) à luz do processo histórico de aquisição de direitos (civis, políticos e sociais) pelas sociedades ocidentais. Este processo, que acabou por configurar o próprio perfil dos Estados, parece ter como síntese o conceito de Estado Democrático de Direito.

### 2.1.1 O processo inicial de aquisição de direitos dos cidadãos no Ocidente sob o viés histórico do Constitucionalismo Moderno: o surgimento do Estado Liberal

O primeiro passo para compreender a aquisição de direitos dos cidadãos nas sociedades ocidentais é entender como o nascimento do constitucionalismo moderno influenciou esse processo e a construção do Estado Liberal e, também, do Estado de Direito.

#### 2.1.1.1 O Constitucionalismo Moderno: aspectos histórico-conceituais

Uma discussão inicial sobre constitucionalismo moderno envolve a compreensão do seu significado, a sua diferença diante das experiências antigas e o marco de sua concretização.

Em termos gerais, pode-se entender o constitucionalismo como um processo conjunto de estruturação do Estado e limitação do poder. No primeiro caso, importa que o constitucionalismo remete à ideia de organização/fundamentação do governo e do Estado – sendo instrumento da racionalização burocrática weberiana, própria do Estado moderno<sup>28</sup>. No segundo caso, o constitucionalismo fundamenta o princípio da

---

<sup>27</sup> De forma simplificada e abreviada os temas tratados na primeira seção deste trabalho foram publicados no artigo de minha autoria, intitulado “Dos Estados Liberal e Social ao Estado Democrático: revisitando o princípio do “Juiz Natural” nas Constituições brasileiras (1824-1988)” (SCHNEIDER, 2011).

<sup>28</sup> O conceito de Estado moderno é definido por Weber como “aquela comunidade humana, que, dentro de determinado território – este, o “território”, faz parte da qualidade característica -, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribuiu o direito de exercer coação física na

distribuição do poder (LOEWENSTEIN, 1976, p. 50). A distribuição de poder existe quando vários e independentes titulares deste poder, ou órgãos estatais, participam na formação da vontade do Estado. E as funções que são designadas aos titulares de poder estão submetidas necessariamente a um controle. O constitucionalismo, portanto, dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os seus detentores possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado. Em síntese, trata-se de uma garantia de liberdade contra o poder autoritário/arbitrário (MATEUCCI, 1998, p. 24).

Nesse mesmo sentido, para Canotilho (2003, p.51) o constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. E, em conformidade com o autor, é nesse sentido que o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

O constitucionalismo moderno, contudo, diferencia-se de versões anteriores do constitucionalismo. No mundo antigo também houve a necessidade de se estruturar uma ordem política mediante formas distintas de constitucionalismo.<sup>29</sup> Essa ordem manifestou-se nas condições indispensáveis para individualizar e configurar um significativo plano coletivo, que foi capaz de se sustentar – de acordo, é claro, com as peculiaridades da época –, e se desenvolver com o passar do tempo (FIORAVANTI, 2001, p. 15). Mateucci (1998, p. 23) acrescenta, ainda, que a terminologia constitucionalismo, em geral, faz referência a certas reflexões sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos estes que são próprios da história europeia desde o mundo antigo grego e, principalmente, romano. Dessa forma, em linhas gerais, o constitucionalismo antigo seria todo o sistema de organização político-jurídico que antecedeu o constitucionalismo moderno.

A origem do constitucionalismo moderno, por sua vez, consiste na aspiração para a existência de uma Constituição escrita, que contenha uma série de normas jurídicas e que haja uma relação entre elas, diferente da tradição medieval que se expressava através de “Leis fundamentais” consuetudinárias (MATEUCCI, 1998, p. 25).

---

medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do “direito” de exercer a coação” (WEBER, 2009, p. 525-26).

<sup>29</sup> Para um estudo mais aprofundado da matéria, indica-se a obra de Fioravanti (2011).

A necessidade de uma Constituição escrita une-se diretamente a dois caracteres: a sua legitimidade e a sua função. A legitimidade baseia-se, neste caso, em dois campos: no conteúdo das normas, que se impõe em razão da racionalidade intrínseca e por sua justiça; e, no conteúdo formal, por emanar a vontade soberana do povo através de uma assembleia constituinte e, por vezes, através de um referendo. No medievo, ao contrário, a fonte da legitimidade unia a razão e a vontade de Deus. Já a função da Constituição escrita acontece no sentido de impedir um governo arbitrário (autoritário) e na garantia dos direitos dos cidadãos, evitando, desta forma, que o Estado os viole (MATEUCCI, 1998, p. 25).

Em meados do século XVII, o constitucionalismo foi interpretado como o conjunto de doutrinas que se dedicou a recuperar, no horizonte da Constituição dos modernos, o aspecto dos limites e das garantias. Mas é somente a partir de meados do século XVIII que o constitucionalismo mostrou-se capaz de expressar-se de maneira intensa (FIORAVANTI, 2001, p. 85-100).

As Constituições escritas marcaram o constitucionalismo liberal clássico do século XVIII e parece ser fato indiscutível, na doutrina majoritária, de que foi em meados desse século que o constitucionalismo moderno surgiu de forma definitiva. Esse constitucionalismo, portanto, inicia os questionamentos nos planos político, filosófico e jurídico, sugerindo uma nova forma de fundamentação do poder político, através dos esquemas tradicionais (CANOTILHO, 2003).

Dippel (2007, p. 2), concordando com Fioravanti (1999), relata que a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789, foram marcos decisivos na construção da história do constitucionalismo, pois teria sido a partir delas que existiu a possibilidade de se inaugurar uma nova prática constitucional.<sup>30</sup> Contudo, para a compreensão da gênese do constitucionalismo moderno no Ocidente é preciso avaliar outros importantes momentos históricos que antecederam esse processo.

#### *2.1.1.2 A construção das bases para o Constitucionalismo Moderno*

A despeito de o Estado absolutista não representar a efetivação do constitucionalismo moderno (realizado no Estado Liberal), foi justamente no seu âmago que as bases desse fenômeno surgiram.

---

<sup>30</sup> De lá pra cá, com exceção, por exemplo, de Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, todos os países do mundo possuem a sua própria Constituição escrita positivada em um único documento.

Em termos cronológicos, podemos encontrar o embrião do constitucionalismo já na Magna Carta inglesa de 1215.<sup>31</sup> Na Magna Carta já estão presentes alguns dos elementos essenciais do constitucionalismo moderno, como a limitação do poder do Estado e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana o que a tornou, por essa razão, uma referência histórica para alguns pesquisadores<sup>32</sup>.

Outro elemento importante, que agrega direitos fundamentais dos cidadãos, surgido na Inglaterra, é o *habeas corpus* (positivado pela Lei de 1679). Comparato (2013, p. 101) esclarece que a sua importância histórica se dá principalmente em razão dessa garantia judicial, que foi criada especificamente para proteger a liberdade de locomoção, posteriormente ter se tornado matriz para a proteção de outras liberdades fundamentais (como no caso da criação do mandado de segurança, na América Latina, por exemplo).

Em segundo lugar, pode-se destacar a declaração de um século antes da Revolução Francesa, o *Bill of Rights* inglês, de 1689, que pôs fim, pela primeira vez, ao regime de monarquia absoluta, no qual “todo poder emana do rei e em seu nome é exercido”, estabelecendo a separação de poderes como garantia das liberdades civis. O *Bill of Rights* – que permanece ainda hoje como um dos documentos constitucionais mais importantes do Reino Unido – criava, com a divisão de poderes (que impressionou Montesquieu meio século depois), aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria a denominar de uma “garantia institucional”, ou seja, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger direitos fundamentais da pessoa humana (COMPARATO, 2013, p. 105).

Outro antecedente do constitucionalismo moderno pode ser encontrado nos documentos preparatórios da Revolução Americana. Importa nesse caso a Declaração

---

<sup>31</sup> “A Constituição inglesa (ou o Constitucionalismo inglês para alguns) começa a nascer simbolicamente com a Magna Carta de 1215. Três são as instituições protagonistas da histórica constitucional inglesa: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. O predomínio de cada um destes protagonistas marca períodos da história política e constitucional do Reino. No período que vai de 1215 até o século XVII, predomina a autoridade do Rei, marcando um período monárquico. Entre o século XVII e meados do século XIX prevalece a Câmara dos Lordes, marcando o período aristocrático, e, desde final do século XIX até os dias de hoje ocorre o predomínio da Câmara dos Comuns, que seria então o período democrático” (MAGALHAES, 2005, p. 202).

<sup>32</sup> Comparato afirma que “o sentido inovador do documento consistiu no fato da declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos estamentos livres – nobreza e clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. [...] o poder dos governantes, portanto, passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados. Esse seria um pilar antecessor, já no século XIII, da democracia moderna, a qual se difere da democracia grega. [...] Na democracia moderna, a soberania popular é meramente passiva, pois o governo é representativo. Em compensação, os poderes dos governamentais são sempre limitados e as liberdades individuais solenemente afirmadas” (COMPARATO, 2013, p. 92-3).

dos Direitos de Virgínia, que é uma declaração que se inscreve no contexto da luta pela Independência dos Estados Unidos e antecede a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Foi um documento revolucionário adotado em 12 de junho de 1776 pela Convenção Geral de delegados de corporações da Virgínia e representantes de sete *counties* (condados) – que seriam “vilas com administração municipal própria e com certos direitos de autogoverno, que enviam representantes ao parlamento” (DIPPEL, 2007, p. 255). Foi esta declaração, a partir de uma linguagem revolucionária, e como “base e fundamento do governo”, que proclamou ao mundo a soberania popular, os princípios universais e os direitos inerentes à condição humana. Por isso, uma interpretação possível é a de que a partir da Declaração dos Direitos de Virgínia acontece o verdadeiro nascimento do constitucionalismo moderno americano (DIPPEL, 2007, p. 4-8).

Importante ressaltar, também, que a Revolução Americana, já havia apresentado outros documentos constitucionais escritos antes da Declaração de Virgínia, como a Constituição de New Hampshire, de 05 de janeiro de 1776, e a Constituição da Carolina do Sul, de 26 de março de 1776<sup>33</sup>. Contudo, no entendimento de Dippel (2007, p. 8-9), ao contrário da Declaração de Virgínia, estes documentos não poderiam ser considerados os nascedouros do constitucionalismo moderno americano, pois a linguagem tradicional utilizada não permitiu que se apresentassem, por exemplo, a soberania popular ou os direitos inerentes à natureza humana. Ademais, esses documentos também não foram criados como a “base e o fundamento do governo”. Entretanto, tais documentos também servem de referência para a construção histórica do constitucionalismo moderno.

A Declaração de Virgínia apresentou todos os direitos inerentes à pessoa humana, soberania, e mais alguns adicionais (ideia de um governo constitucional limitado, a responsabilidade e sindicabilidade do governo, a separação dos poderes, o

---

<sup>33</sup> Entre 1776 e 1788 assistimos nos Estados Unidos um período histórico de máximo interesse para a formação do constitucionalismo moderno, uma vez que foi intensa a atividade de redação das novas Constituições e também foi rápido o progresso técnico de elaboração e legitimidade. Em 4 de julho de 1776 o Congresso continental aprovou a Declaração de Independência das treze colônias, entre elas New Hampshire e Carolina do Sul, que já proclamaram, também, as suas Constituições. Seguindo estas, no decorrer do mesmo ano, outros seis Estados também introduziram as suas Constituições: Virgínia, New Jersey, Delaware, Pensilvânia, Maryland e Carolina do Norte. Em 1777, temos a Constituição de Georgia e Nova York; em 1778 a Constituição de Massachusetts. Importa, além disso, mencionar que em 1788 a Constituição dos Estados Unidos é ratificada pela grande maioria dos estados. Mateucci destaca que as Constituições escritas são eixos revolucionários na história do Constitucionalismo Moderno e, nos Estados Unidos, em específico, os textos foram sentidos por todos como algo natural e necessário (MATEUCCI, 1998, p. 161).

direito correspondente de reformar, alterar ou abolir e o julgamento por um júri imparcial)<sup>34</sup> os quais, posteriormente, foram reconhecidos como constitutivos do constitucionalismo moderno. Direitos estes que seriam tidos como “pré-condição indispensável tanto para assegurar a liberdade individual como para garantir um governo racional e regulado pelo direito, em vez de um governo regulado pelo arbítrio (autoritarismo) e pela corrupção” (DIPPEL, 2007, p. 9-10).

Além disso, vale dizer, que a Declaração de Virgínia traz nos seus dois primeiros parágrafos os fundamentos do regime democrático.<sup>35</sup> Contudo, a garantia contra a expropriação abusiva, que vem expressa no mesmo período, parece reconhecer que somente os cidadãos com condição de proprietários teriam direito a votar. Veja-se, portanto, que é nessa primeira fase do Estado Moderno que aparece teoricamente os direitos individuais que se fundamentam na propriedade privada. Para obter o direito de votar ou ser votado, o indivíduo teria que ser necessariamente proprietário, só assim poderia participar no poder do Estado (voto censitário). Nesse patamar, apenas o proprietário era visto como cidadão e, portanto, os direitos civis e políticos não eram para todos. Importa perceber, assim, que o Estado mantinha-se incompatível com a ideia de democracia política (entendida como governo que garante ampla competição e participação, incluindo o sufrágio universal).

Porém, foi a partir da concepção trazida pela Declaração de Virgínia que se formou a ideia do que Dippel (2007, p. 10) chamou de “dez traços essenciais do constitucionalismo moderno”<sup>36</sup>: soberania popular; princípios universais; direitos humanos (ainda que de forma incompleta); governo representativo; a Constituição como

---

<sup>34</sup> A declaração ainda traz no texto a previsão de proteção da liberdade individual, da liberdade de religião (claramente apresentada como uma exigência das virtudes cristãs), a soberania parlamentar, entre outros.

<sup>35</sup> Ou seja, o reconhecimento dos direitos inatos de toda pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política, e o princípio de que todo poder emana do povo, sendo os governantes ao povo subordinados. O parágrafo terceiro parece completar a declaração de soberania popular do parágrafo anterior, quando proclama o direito do povo substituir seus governantes. Já o princípio fundamental da igualdade vem estampado no parágrafo quarto. Além disso, em que pese o parágrafo quinto estabelecer a igualdade de condição política de cada cidadão (qualquer um pode ser governante ou governado), o parágrafo sexto traz uma ambiguidade com relação ao voto. Não fica claro se o “permanente interesse comum e a dedicação à comunidade” estaria ligado somente à situação de proprietário (COMPARATO, 2013, p. 127-130).

<sup>36</sup> Contudo, é importante ressaltar, concordando com o próprio Dippel (2007, p. 34-5), que todas essas impressões acerca do constitucionalismo moderno (principalmente em relação aos dez “traços essenciais”) são gerais, não exaustivas e não adequadas a todas as realidades. Não podemos esquecer, por exemplo, que há diferenças na história das Constituições da Guatemala, Equador, México, Argentina e demais Constituições latino-americanas, uma vez que as condições políticas-sociais dessas regiões podem levar a outra concepção e ampliação dos “traços” do constitucionalismo moderno. Aliás, é por isso que o autor acredita que a história do constitucionalismo moderno encontra-se ainda incompleta. Outras regiões mereceriam análises aprofundadas para a existência de uma nova reflexão sobre o tema.



direito supremo; separação dos poderes; governo limitado; responsabilidade e sindicabilidade do governo; imparcialidade e independência dos tribunais; e o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da Constituição. Embora não tenham sido efetivamente incorporados à época<sup>37</sup>, esses traços essenciais foram de extrema importância para que no futuro pudesse atingir algum resultado realmente efetivo no processo de evolução das Constituições modernas e de aquisição de direitos por parte das sociedades.

### *2.1.1.3 O Constitucionalismo Moderno e o Estado Liberal (Estado de Direito)*

O novo vocabulário político inventado nos Estados Unidos em 1776 – nascido durante o processo revolucionário, consolidado com a sua Declaração de Independência<sup>38</sup> e posteriormente sancionado através da prática e da experiência políticas – foi elevado ao nível de um axioma da teoria constitucional na Declaração Francesa de 1789 (sobretudo pelo artigo 16) dando origem a uma fundamentação teórica do constitucionalismo moderno no Ocidente (DIPPEL, 2007, p. 16-17).

O estilo abstrato e geral distingue a Declaração de 1789 dos documentos revolucionários estadunidenses. Isso porque havia diferenças importantes entre os pais do constitucionalismo moderno. Por um lado, os estadunidenses estavam interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político. Por outro, os revolucionários franceses procuravam levar a ideia de liberdade a outros povos; julgavam-se apóstolos de um mundo novo, não se contentando em fazer uma declaração apenas para a França, mas sim para o mundo em geral. E, efetivamente, esse espírito da Revolução Francesa foi difundido não só na Europa, mas também em regiões como a Índia, a Ásia Menor e a América Latina. Situava-se aí o seu caráter revolucionário.

O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra revolução uma mudança semântica de 180°. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração ex novo não apenas de um governo ou de um regime político,

---

<sup>37</sup> Nos Estados Unidos, o tempo e a experiência foram fatores essenciais para que os “dez traços” fossem recebidos em sua totalidade pela história do Constitucionalismo Moderno. Por exemplo, a Constituição de New Jersey, de 1776, e a da Carolina do Sul, de 1778, foram as que menos direitos incorporaram, adotando apenas a ideia do governo representativo. Os temas que mais encontraram resistência nesse trajeto foram a separação estrita dos poderes e a independência judicial.

<sup>38</sup> Na história da política moderna, a Declaração de Independência dos Estados Unidos pode ser vista como o primeiro documento a firmar os princípios democráticos. A ideia de publicizar a declaração para a humanidade já é inovadora. Fato que está ligado ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular, que está intimamente relacionada ao reconhecimento dos direitos inalienáveis de todos os homens (por exemplo, a vida, a liberdade e a busca pela felicidade) (COMPARATO, 2013, p. 117-120).

mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas - inclusive e sobretudo a violência, a “parteira da História”, como disse Engels - para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos. (COMPARATO, 2013, p. 141)

Em termos práticos, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (16 de agosto de 1789) faz referência aos representantes do povo, aos direitos humanos<sup>39</sup>, aos princípios universais e ao que pode ser interpretado como soberania popular, e culmina com o famoso artigo 16, o qual dispõe que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes<sup>40</sup> não tem Constituição”. Tratava-se de conquistas inéditas no processo de aquisição de direitos por parte dos cidadãos.

Posteriormente, com a Constituição Francesa de 1791, reconheceu-se pela primeira vez na história a existência de direitos humanos de caráter social.<sup>41</sup> Além disso, a primeira Constituição Francesa dispôs que o Poder Legislativo não poderia fazer algo

<sup>39</sup> As reflexões de Edmund Burke e Karl Marx (principalmente com a obra “A questão Judaica”) constituem a base das críticas ao discurso das declarações do século XVIII, como a da Revolução Francesa. O ensaio de Burke, “Reflexões sobre a Revolução Francesa”, de 1790, foi a primeira crítica fundamentada sobre a teoria dos direitos do homem. Burke acreditava, de acordo com Douzinas, que os filósofos da Revolução Francesa “tinham por objetivo derrubar o *ancient* regime em toda a sua força institucional e moral e redesenhar completamente o mapa da nação e do Estado, seguindo prescrições e receitas filosóficas”. Outra crítica realizada por Burke diz respeito à natureza abstrata dos sujeitos dos direitos humanos. Cada sociedade cria o seu próprio tipo de pessoa e, portanto, não existem direitos gerais do homem. “Os únicos direitos eficazes são os criados por uma história, tradição e cultura particulares”. Na realidade, Burke teme o político conservador. O racionalismo e a abstração dos direitos os transformam em princípios morais absolutos. Direitos tão absolutos ignoram que diferentes sociedades conduzem a diferentes arranjos institucionais (DOUZINAS, 2009, p. 159-167).

<sup>40</sup> Entretanto, é preciso esclarecer que apesar do artigo 16 ter trazido a importante contribuição da separação dos poderes para o tema do Constitucionalismo, não parece viável estabelecer uma forte ligação ao ponto do constitucionalismo coincidir tão somente com a separação dos poderes. Mateucci explica que “a tentação de aceitar esta identificação é muito forte, se não for por outros motivos, ao menos pelo prestígio das pessoas que a corroboraram: basta citar os nomes de Locke, Montesquieu e Kant”. Em síntese, “o princípio jurídico da separação dos poderes, tão frequentemente proclamado e exaltado pela ciência jurídica, se não for aprofundado, corre o risco de se tornar um dogma ambíguo e misterioso por duas razões: de um lado, pela diversidade de maneiras como juridicamente se concretizou até hoje a exigência da divisão do poder e, do outro, pela impossibilidade de explicar, de modo suficientemente realista, a dinâmica do poder nos nossos sistemas democráticos parlamentares, partindo deste dogma, formulado no século XVIII com vistas a regimes monárquicos, quando a aristocracia ainda constituía poder político. Não só isso: é um dogma perigoso, porque não garante eficazmente a liberdade do cidadão” (MATEUCCI, 1998b, p. 248).

<sup>41</sup> A Revolução Francesa, na prática, desencadeou, em curto espaço de tempo, um movimento amplo em direção à supressão de desigualdades entre indivíduos e grupos sociais. A liberdade para os homens de 1789 consistia na supressão de todas as amarras sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. “A fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios”. A igualdade, porém, foi a chave da tríade (igualdade, liberdade e fraternidade) francesa. Na luta contra as desigualdades, foram extintas todas as servidões feudais e proclamou-se a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Em 1792 houve a proibição do tráfico de escravos nas colônias. Contudo, esse movimento não conseguiu derrubar a desigualdade entre os sexos (COMPARATO, 2013, p. 148-49).

que prejudicasse ou impedisse o exercício dos direitos naturais e civis. A despeito dos direitos políticos, importante fazer uma ressalva sobre essa Constituição, uma vez que ela

calou-se a respeito da escravidão nas colônias e estabeleceu uma cláusula de exceção (censitária) para a participação dos cidadãos na política, dividindo-os em duas categorias, a saber, os ativos (com direitos políticos, podendo ser eleitores e/ou candidatos conforme os critérios de renda) e os passivos (portadores de direitos civis, mas não dos direitos políticos, ao menos até preencherem os requisitos materiais para tal). Isto sem mencionarmos um terceiro “silêncio” importante, mas de pouca repercussão para a época, qual seja, os direitos políticos das mulheres. (SOARES, 2012, s/p)

Não obstante o seu caráter vanguardista, o constitucionalismo francês foi marcado por muitas rupturas durante a história, o que o faz, conjuntamente com o constitucionalismo europeu, tão diferente do constitucionalismo americano. Constituições foram instituídas e sequer foram colocadas em prática. As rupturas e dificuldades de concretização dos direitos de 1789 e dos princípios constitucionais amplos de 1791 foram recorrentes:

- a) a guerra externa e a queda da monarquia provocaram a extinção da Constituição de 1791 em menos de um ano de sua promulgação;
- b) uma nova Assembleia Constituinte foi convocada e os deputados decidiram extinguir a monarquia e instituir o regime republicano. Posteriormente, a Constituição Francesa de 1793 não apresentou muitas novidades em relação à sua predecessora e não inovou em matéria de direitos sociais. Reconheceu-se, contudo, a soberania política pertencente ao povo, com a abolição das diferenças de voto entre os cidadãos; a proclamação de que "a lei deve proteger a liberdade pública e individual contra a opressão dos que governam"; e a afirmação de que quem tivesse seus direitos violados pelos governantes poderia insurgir-se contra o ato. Porém, novamente a Constituição não chegou a ser aplicada. Logo após a sua promulgação, a Convenção Nacional instituiu um governo provisório que deveria atuar enquanto durasse a guerra das potências monárquicas. Ou seja, a Constituição existiu, mas não surtiu efeitos;
- c) uma nova carta política foi promulgada em 22 de agosto de 1795, gerando uma nova ruptura. Já não discorria mais sobre a soberania popular e sim sobre a "universalidade dos cidadãos". Os direitos fundamentais expostos nas Constituições anteriores também não foram consagrados, tais como os

da liberdade de expressão, de opinião, etc. Os direitos sociais como a garantia de trabalho, a assistência pública e a instrução também não foram recepcionados. Essa Constituição foi vista como uma declaração de deveres dos cidadãos (tendo instituído mais deveres do que direitos) e, além disso, é considerada como a consagração constitucional explícita da ordem privativa burguesa e do sistema capitalista de produção (COMPARATO, 2013, p. 168-70);

- d) já a Constituição francesa de 1799 introduziu outras mudanças severas. O poder restou todo concentrado nas mãos do Primeiro-Cônsul e esse modelo de Constituição tornou-se protótipo para outros regimes autoritários, demonstrando que é possível “a concentração do poder político nas mãos de um ditador por detrás de uma fachada constitucional” – máscara esta que é totalmente contrária às concepções do constitucionalismo moderno (DIPPEL, 2007, p. 17-18);
- e) após a queda do Império napoleônico, alguns projetos de textos constitucionais foram apresentados pelo Senado e pela Câmara dos Representantes, como por exemplo, a Declaração dos Direitos dos Franceses de 05 de julho de 1815. Entretanto, nenhum desses textos se concretizou. Em vez disso, a Restauração francesa (Restauração dos Bourbon, 1814-1830), com a Carta de 1814, obteve a sua legitimação; a soberania popular não foi admitida, o governo representativo não foi realmente estabelecido e a Constituição não foi protegida. Não havia separação de poderes, e sim poderes emanados apenas pelo monarca. E este viria a ser modelo de quase todas as Constituições alemãs nos anos subsequentes (DIPPEL, 2007, p. 18).

Além das amplas rupturas em seu processo de implantação (no caso francês), em termos econômicos, as Revoluções Liberais Americana e Francesa<sup>42</sup> buscavam assegurar um sistema econômico que dessem ampla liberdade de comércio aos

---

<sup>42</sup> Em 1793, Robespierre, líder à época do governo jacobino, ao sugerir uma nova redação para a Constituição – criticando as noções de liberdade e igualdade da primeira declaração de direitos de 1789, disse o seguinte: “Ao definir liberdade, o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele recebe da natureza, dissesstes com razão que com os limites dela eram os direitos de outrem; por que não aplicastes esse princípio à propriedade, que é uma instituição social?...Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade, e não dissesstes uma única palavra para determinar o caráter legítimo desse exercício; de maneira que vossa declaração parece feita não para os homens, mas para os ricos, para os monopolizadores, para os agiotas e para os tiranos” (ROBESPIERRE, 1999, p. 88-9).

capitalistas e que garantisse a segurança aos seus meios de produção, sobrepujando na prática os ideais de igualdade social.

Essas ideias estavam alinhadas com o pensamento econômico liberal que surgia na Inglaterra e se concretizava com a publicação de *Riqueza das Nações* de Adam Smith. Para Smith (1970, p. 422-423), tanto o comércio nacional, como o internacional, tinham suas formas de autoregulação, estando o Estado a serviço da garantia de segurança (ordem pública, direitos individuais) e da infraestrutura necessária para o bom funcionamento das relações econômicas. Na França os fisiocratas defendiam igualmente o liberalismo econômico no comércio agrícola com o intuito de favorecer as vantagens comparativas do país (TAYLOR, 1965, p. 36).

Frisa-se, portanto, que é nesse primeiro momento de surgimento dos direitos civis<sup>43</sup> que também ocorre o processo de formação dos Estados nacionais e de expansão do capitalismo<sup>44</sup> (O'DONNELL, 1998, p. 43). O ideário liberal estabelece uma visão na qual o Estado é reduzido ao mínimo necessário à preservação do indivíduo e a ação social e a política é desaconselhada, deixando que a sociedade se regule através das ações econômicas. Para consolidar as suas conquistas, a burguesia molda uma forma de Estado de acordo com as suas necessidades (MINGHELLI, 2005, p. 19).

O nascimento do constitucionalismo moderno, portanto, coincide com o nascimento do Estado Liberal e do liberalismo econômico. Importa destacar, como visto, que a essência desse constitucionalismo encontra-se “na construção do individualismo e de uma liberdade individual, construída sobre dois fundamentos básicos: a omissão estatal e a propriedade privada”<sup>45</sup> (MAGALHÃES, 2007, s/p).

O Estado Liberal, dessa forma, centra-se no indivíduo como sujeito de direitos. Caberia ao Estado, por meio do Direito positivo (abstrato e geral) garantir uma previsibilidade nas relações sociais, por intermédio da compatibilização dos interesses

<sup>43</sup> Importa acrescentar que o pressuposto filosófico do Estado liberal é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural, também conhecida como Jusnaturalismo. Essa doutrina ensina que todos os homens, indiscriminadamente, têm independente da sua vontade ou da vontade dos outros (ou seja, por natureza) certos direitos fundamentais: como à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade. Esses direitos devem ser respeitados por quem detêm o poder. Estes devem, portanto, não infringi-los e protegê-los contra toda violação de outrem (BOBBIO, 1998, p. 11).

<sup>44</sup> Posição semelhante apresenta Nelson Saldanha, quando afirma que “a visão individualista da sociedade dominou o pensamento contemporâneo, em paralelo ao crescimento da vida urbana e do capitalismo”. O autor ainda ressalta que para alguns críticos, como Ferdinand Toennies, “isto trouxe um lado negativo, pois o otimismo liberal pensava numa harmonia que jamais existiu, e com ele se romperam velhos laços comunitários que haviam existido nas fases pré-liberais” (SALDANHA, 2000, p. 164).

<sup>45</sup> Bobbio destaca que a afirmação dos direitos naturais e a teoria do contrato social, ou contratualismo, estão estreitamente ligados, em razão da comum concepção individualista da sociedade (primeiro existem os indivíduos e suas carências e depois a sociedade). Sem individualismo não há liberalismo (BOBBIO, 1998, p. 15-6).

privados de cada um com o interesse de todos. Buscava-se garantir, ainda que apenas formalmente, a liberdade, a igualdade e a propriedade, de modo que todos os sujeitos receberiam os mesmos direitos subjetivos, deixando a busca da felicidade na mão de cada indivíduo (OLIVEIRA, 2010, p. 37-38).

Diante disso, é possível argumentar que, em linhas gerais, o Estado Liberal não consagra direitos sociais e políticos amplos ao seu texto, caracterizando uma omissão perante os problemas sociais e econômicos da época. Por um lado, as Constituições liberais, de modo geral, buscavam declarar os direitos individuais (dos homens livres) e proteger a esfera desses interesses, contra o Estado, sendo o limite desses direitos o direito do outro.<sup>46</sup> Por outro, o constitucionalismo não nasceu democrático. “O constitucionalismo nasceu liberal [...] com o objetivo de limitar o poder do estado frente aos direitos de homens, brancos, proprietários e ricos” (MAGALHÃES, 2010, p. 89).

Percebe-se, então, que tanto a Revolução Americana (1776), como a Revolução Francesa (1789), foram exemplos do liberalismo com a ideologia da burguesia que buscava a ascensão política da classe capitalista paralela a ascensão socioeconômica. No âmbito político importa a luta contra o poder autoritário que na prática era representado por dois modelos, o colonialismo e o absolutismo.<sup>47</sup>

O constitucionalismo, dessa forma, somente adquire um delineamento sistemático e científico com os liberais. Foi com a conjugação dos pensamentos de Montesquieu, Rousseau e Sieyès que surgiu um coerente tratamento jurídico e político do Estado, o qual tomou novas aparências que romperam com o

modelo consuetudinário antigo e se projetaram ao longo dos séculos seguintes, chegando aos nossos tempos com seus alicerces fundamentais bem firmes, ainda que com algum redimensionamento: Estado de Direito, separação de poderes e direitos fundamentais. (MOURAO e LIMA, 2010, p. 3)

---

<sup>46</sup> Importa destacar que o conteúdo destes direitos é variável de Estado para Estado, “assim como o tratamento que estes direitos recebem é diverso no tempo e no espaço”. (MAGALHÃES, 2000, p. 62-63). Em termos gerais, Dippel afirma que as Constituições da primeira metade do século XIX reconheceram de boa vontade o governo representativo e a separação dos poderes. Algumas elevaram a Constituição à lei suprema e integraram normas elaboradas com o intuito de regular os processos de revisão. Os direitos humanos foram declarados com frequência, embora muitas das Constituições da época os reservaram apenas para os *ciudadinos* – o que parece ter sido apenas uma outra palavra para designar a elite governante; “da mesma forma, os “deveres”, que em quase nenhuma Constituição foram esquecidos, parecem ter sido pensando principalmente para o resto da população” (DIPPEL, 2007, p. 34).

<sup>47</sup> Essa ideia política do liberalismo teve raízes no contratualismo de John Locke que já havia, no século XVII, denunciado a excessiva centralização do poder na Inglaterra e sugerido que os indivíduos por si só se relacionassem de forma harmônica e que o Estado (bem comum) serviria somente para regular as anomalias nessa relação equilibrada.

Importa referir, ainda, que o Estado de Direito sustenta o modelo de Estado Liberal, calcando os direitos mais básicos na construção deste tipo de Estado, os direitos civis. Como sustenta Danilo Zolo (2006, p. 5) os pensadores teóricos europeu-continentais e anglo-saxões pensam o Estado Direito a partir de uma filosofia política individualista, ou seja “uma filosofia que não só abandonou definitivamente o organicismo social, o utilitarismo coletivista e o estatismo, mas que subordina a dimensão pública e o interesse geral ao primado absoluto dos valores e das expectativas individuais”. O Estado de Direito

emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado e a concreção do ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a divisão de poderes ou funções e, a nota central, garantia dos direitos individuais. (MORAIS e STRECK, 2012, p. 94)

Nesse sentido são as lições de Loewenstein:

*dado que el telos del Constitucionalismo de la primera época fue la limitación del poder absoluto y la protección de los destinatarios del poder contra la arbitrariedad y falta de medida de los detentadores del poder, todas las constituciones del final del siglo XVIII principios del XIX están necesariamente teñidas de ideología liberal; esta influencia se manifiesta latentemente en la distribución de tareas estatales a varios detentadores del poder, respectivamente controlados, y abiertamente en la inclusión en el documento constitucional de un catálogo de derechos fundamentales.* (LOEWENSTEIN, 1976, p. 213)

É importante compreender que a despeito das diferenças históricas no processo de construção do Estado de Direito e das peculiaridades de sua implantação prática<sup>48</sup>, o conceito pode ser compreendido a partir de um denominador comum, de um significado geral que o relaciona à obtenção de direitos civis fundamentais<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> É sempre importante retomar a discussão sobre o Estado de Direito, principalmente em razão das diferentes definições, muitas vezes controversas, que o conceito apresenta. O'Donnell (2004, p. 34) adverte que “avançar em direção a uma definição positiva do Estado de Direito não é uma tarefa fácil. A primeira complicação é que os conceitos de *Rule of Law* e de *Estado de derecho* (ou *Rechtsstaat* ou *État de droit*, ou equivalentes originários em outras línguas dos países pertencentes à tradição *Civil Law* romana) não são sinônimos.”. Ainda, de acordo com Zolo (2006, p. 9-11), o Estado de Direito pode ser compreendido a partir de duas perspectivas: de forma limitada, através daquilo que o autor denomina de “história interna”, que seria a perspectiva somente a partir da experiência do *Rechtsstaat* – Estado de Direito alemão; e/ou, de forma abrangente, a partir da “história externa”, que seria o acontecimento histórico mais amplo que começou com o Estado moderno europeu e que pode ser construída a partir da tradição do liberalismo clássico, de Locke a Montesquieu, a Kant, a Beccaria, a Humboldt, a Constant. Na “história externa” os acontecimentos históricos que merecem destaque e relevância são quatro: a experiência do *Rechtsstaat*, a do *Rule of Law* inglês, a do *Rule of Law* norte-americano e a do *État de droit* francês.

<sup>49</sup> Interessante é a análise de Pietro Costa quando realiza a introdução histórica do Estado Direito e afirma que este pode ser estudado e visto sobre diversos aspectos. Há aqueles que utilizam a expressão para opor a “liberdade ao totalitarismo, o para reivindicar a importância dos direitos ou, ainda, para exaltar a autonomia dos indivíduos contra a intromissão da burocracia” (COSTA, 2006, p. 95). Refere ainda, que

O Estado de Direito considera todos os indivíduos como sujeitos do próprio ordenamento jurídico. Isso significa que, em linha de princípio, a todos os sujeitos pertencentes a um mesmo grupo político é atribuído igual capacidade de serem titulares de direito e de produzirem consequências jurídicas, de acordo com os próprios comportamentos. O Estado de Direito faz valer o princípio da unicidade e individualidade do sujeito “com vista à realização da liberdade na esfera pública e privada” (SALGADO, 2009, p. 107; SALGADO, 1998).

Assim, o Estado de Direito passa a ser a pauta de conduta político-jurídica que todos – seja o Estado ou os indivíduos – deverão se guiar (TEIXEIRA, 2008, p. 47). Portanto, ele significa não só a subordinação dos poderes públicos às leis, mas também a subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais. Ou seja, o Estado de Direito sustenta que “as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham rigorosamente por finalidade a garantia dos direitos subjetivos” (ZOLO, 2006, p. 5). Dessa forma, o Estado de Direito impede o exercício arbitrário e ilegítimo do poder, bem como o abuso do poder<sup>50</sup>. De acordo com Bobbio, esse tipo de Estado é caracterizado como “Estado de Direito em sentido forte” e alguns mecanismos podem ser utilizados para impedir o exercício arbitrário de poder:

1) o controle do Poder Executivo pelo Legislativo; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional, a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e graus, com respeito ao governo central; 4) uma magistratura independente do poder político. (BOBBIO, 1998, p. 19)

---

os pontos cardeais do Estado de Direito “parecem ser os seguintes: o poder político (a soberania, o Estado), o direito (o direito objetivo, as normas), os indivíduos. [...] O problema do Estado de Direito pode então ser apresentado como um momento do “discurso da cidadania”: se o “discurso da cidadania” assume como próprio objeto a relação que une o indivíduo a uma comunidade política e determina a identidade político-jurídica deste, o Estado de Direito constitui uma das suas possíveis estratégias, visto que a sua razão de ser é precisamente a de influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo a favor do sujeito, alguma limitação (“jurídica”) do poder soberano” (COSTA, 2006, p. 96-97).

<sup>50</sup> Zolo enfatiza que “o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos fundamentais, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da ‘difusão do poder’ e o da ‘diferenciação do poder’. O ‘princípio de difusão’ tende a limitar, com vínculos explícitos, os poderes do Estado para dilatar o âmbito das liberdades individuais. [...] O ‘princípio de diferenciação’ se expressa seja como diferenciação do sistema político-jurídico com relação aos outros subsistemas, em particular o ético-religioso e econômico, seja como critério de delimitação, coordenação e regulamentação jurídica de distintas funções estatais sumariamente correspondentes à posição de normas (*legis latio*) e à aplicação de normas (*legis executio*)” (ZOLO, 2006, p. 31-2).



As diversas experiências do Estado de Direito caracterizam-se pelo empenho constitucional em garantir direitos subjetivos, atribuindo aos seus titulares o poder de fazê-los valer em âmbito do judiciário também contra os órgãos do Estado. Tratava-se, de forma geral, de racionalizar juridicamente o exercício do poder político (HORTA, 2011), representando um “esforço de conjugação entre liberdade e poder, pela via da criação de um poder a serviço da liberdade” (HORTA, 2012, p.10). Canotilho (1998, p. 4) aduz que Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização política cuja atividade é determinada e limitada pelo Direito. Diferentemente daquilo que o autor denomina de “Estado de não direito” que seria aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder de proteção pelo direito.<sup>51</sup>

A garantia de direitos individuais (civis) sustentada pela ideia de Estado de Direito deve, contudo, ser compreendida à luz da perspectiva histórica da aquisição de direitos das sociedades ocidentais. A garantia sucessiva e gradual de direitos civis, políticos e sociais, respectivamente, por parte dessas sociedades demonstra que o surgimento do Estado de Direito esteve na origem da aquisição de tais direitos. Situa-se aí a sua importância histórica, mas também o seu limite principal (MALUF, 2010).

#### 2.1.2 Para além do Estado de Direito: a ampliação dos direitos nas sociedades ocidentais e a síntese do Estado Democrático de Direito

Como visto, o Estado de Direito encontra-se na origem de um processo complexo de aquisição de direitos por parte das sociedades ocidentais modernas. Esse processo evoluiu ao longo dos séculos para além da esfera dos direitos civis, ampliando-se aos direitos políticos (Estado Liberal Democrático) e sociais (Estado de Bem-Estar Social). Contudo, frente aos limites desses modelos particularistas do Estado, desde meados do século XX, o conceito de Estado Democrático de Direito se propõem como ideia de síntese – ao vincular necessariamente a tríade de direitos e oferecer alternativas mais justas às sociedades em desenvolvimento.

---

<sup>51</sup> De acordo com Canotilho (1998, p. 4) existem três premissas principais para caracterizar um “Estado de não direito”: (i) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (ii) é um Estado em que o direito se identifica com a “razão do Estado” imposta e iluminada por “chefes”; (iii) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito. Então, para o autor, o “Estado de não direito” pode ser caracterizado como sendo aquele no qual existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando o indivíduo sem qualquer defesa jurídica e eficaz. É aquele em que o capricho dos déspotas, a vontade dos chefes, a ordem do partido e os interesses de classe se impõem com violência aos cidadãos. É aquele em que se negam a pessoas (ou a grupos de pessoas) os direitos inalienáveis dos indivíduos e dos povos.

### 2.1.2.1 A contribuição da Sociologia para a compreensão dos processos de aquisição de direitos nas sociedades ocidentais

Ao adentrar à discussão sobre o desenvolvimento do processo de garantia de direitos nas sociedades ocidentais (o que inicia normativamente com o surgimento do constitucionalismo moderno), Marshall (1967), trazendo o exemplo da Inglaterra, propõe a divisão dos direitos em três categorias, que corresponde à tipologia tripartite da cidadania<sup>52</sup> por ordem cronológica de aquisição<sup>53</sup>: primeiramente os direitos civis, posteriormente os direitos políticos e, por fim, os direitos sociais.<sup>54</sup>

Por direitos civis, Marshall entende que são os direitos da liberdade individual, incluindo aqui a liberdade da pessoa, de ir e vir, a liberdade de imprensa, pensamento e fé, os direitos de propriedade, o direito de firmar contratos válidos e o direito à justiça. Os direitos políticos se referem àqueles que criam a possibilidade de participar no exercício do poder político como “um membro de um organismo investido da autoridade política” ou como eleitor. Já os direitos sociais abarcariam “desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”, ou seja, os direitos que tenham ligações com o sistema educacional e com os serviços sociais (MARSHALL, 1967, p. 63-2).

De uma maneira um pouco mais detalhada, é possível classificar os direitos civis, políticos e sociais da seguinte forma (ZOLO, 2006, p. 42):

- a) os direitos civis englobam os direitos de liberdade: pessoal, garantia processuais do *habeas corpus* em relação aos poderes repressivos do Estado, liberdade da palavra, de pensamento e de religião, a inviolabilidade do domicílio, a confiabilidade das comunicações pessoais, etc.; além do

<sup>52</sup> Cidadão pode ser considerado o membro do Estado-nação dotado de direitos e capaz de interferir na produção do Direito. Este, por sua vez, é o conjunto dos direitos dos cidadãos — e das pessoas jurídicas por eles instituídas. A cidadania se expande e se afirma na sociedade à medida que os indivíduos adquirem direitos e ampliam sua participação na criação do próprio Direito. Logo, os direitos estão no centro das ideias de Direito, Estado e cidadania (BRESSER-PEREIRA, 1997, p. 105).

<sup>53</sup> Em que pese não seja, neste momento, o objetivo destacar as objeções aos debates propostos por Marshall, tampouco aprofundar a sua teoria (e sim, como já anunciado, apenas apresentar a estrutura de direitos apresentada pelo mesmo), importa destacar que o autor é alvo de muitas críticas em razão do esquema analítico que propõe. Entretanto, destaca Zolo (2006, p. 76), apesar do seu otimismo social-democrata, a sua contribuição é extremamente útil para se compreender, entre outros fatores, que enquanto na Europa continental “se passava do reconhecimento dos direitos civis aos direitos políticos e, enfim, aos assim chamados “direitos sociais”, a garantia dos direitos tornou-se sempre mais seletiva, juridicamente imperfeita e politicamente irreversível”.

<sup>54</sup> Cumpre adicionar aqui a contribuição de Elisa Reis (1998, p. 29-34) sobre o percurso histórico do conceito de cidadania. Segundo a autora, a noção de cidadania é originária das religiões da antiguidade, passa pela filosofia moderna, pela noção marxista de alienação, pelo conceito igualitário de Tocqueville, pela visão weberiana de resultado histórico, chegando ao conceito de Marshall.

direito à vida. Relacionados a estes estão os direitos patrimoniais (propriedade e livre iniciativa econômica), a autonomia da negociação, o direito aos serviços do sistema judiciário;

- b) os direitos políticos sancionam o interesse dos cidadãos de participar do exercício do poder político como membros de órgãos investidos de autoridade decisória ou como eleitores de tais órgãos: o sufrágio geral para a eleição do Parlamento e das outras assembleias públicas é a expressão principal desse direito;
- c) e os direitos sociais relacionam-se àqueles relativos ao trabalho, saúde, instrução, habitação, assistência, previdência social, igualdade social, etc.; e correspondem à tentativa de conferir dimensão normativa ao “interesse dos cidadãos em um nível de educação, de bem-estar e de segurança social adequados aos padrões predominantes em determinado país”.

Assim como Marshall (1967), Habermas (1988) também propõe uma sequência interessante na aquisição de direitos civis, políticos e sociais (bem-estar) em países desenvolvidos. Em um primeiro momento, como já visto, com o surgimento dos direitos civis, o autor destaca que, com o absolutismo, e a passagem da sociedade feudal para a sociedade capitalista, o direito europeu passou a garantir a igualdade dos cidadãos no que dizia respeito aos direitos de propriedade e liberdade.

O desenvolvimento do direito europeu durante a fase do absolutismo pode ser entendido basicamente como uma institucionalização de dois meios através dos quais a economia e o estado foram sendo diferenciados em subsistemas. O Estado burguês formou uma ordem política, a qual transformou a sociedade feudal inicial em uma sociedade capitalista de mercado. [...] as relações entre os proprietários individuais de mercadoria foram objeto de regulamentação legal, em um código civil, desenhado para que pessoas jurídicas pudessem firmar contratos entre si. Como visto, essa ordem jurídica/legal tem as características de positividade, generalidade e formalidade, e é construída na base do conceito moderno de lei ordinária, bem como do conceito de pessoa legal, que pode celebrar contratos, adquirir, alienar e transmitir a propriedade. A ordem jurídica deve garantir a liberdade e a propriedade da pessoa privada, a certeza do direito e a igualdade formal dos sujeitos de direito perante a lei e, assim, a previsibilidade de toda ação das normas legais.<sup>55</sup> (HABERMAS, 1988, p. 205. Tradução nossa.)

---

<sup>55</sup> “*The European development of law during the phase of Absolutism can basically be understood as an institutionalization of the two media through which the economy and state were differentiated into subsystems. The bourgeois state formed the political order within which the transformation of early modern feudal society into capitalist market society was effected. [...] relations among individual commodity owners were subject to legal regulation in a code of civil law tailored to strategically acting legal persons who enter into contracts with one another. As we have seen, this legal order bears the features of positivity, generality and formality, and is constructed on the basis of the modern concept of statutory law as well as of the concept of the legal person, as one who can enter into contracts, acquire,*

Como enunciam os autores, portanto, após a aquisição de direitos civis, os direitos políticos passaram a ser garantidos. Marshall chega a precisar os séculos que esses direitos teriam aparecido de forma mais visível. Os direitos civis no século XVIII, os direitos políticos no século XIX, e os direitos sociais a partir do século XX (MARSHALL, 1967, p. 75). Apesar de o autor discorrer com maior precisão sobre a Inglaterra, a atribuição cronológica de Marshall parece ser de uma forma generalista, lógica para o Ocidente como um todo, conforme se verá no próximo item.

#### *2.1.2.2 A aquisição de direitos políticos e sociais e a construção dos Estados Liberal Democrático e de Bem-Estar Social*

A evolução do processo de aquisição de direitos nas sociedades ocidentais foi parte integrante da lógica de transformação do constitucionalismo moderno e das características dos Estados. Na metade do século XIX, a elite que se firmou no Estado Liberal percebeu a necessidade de incorporar gradativamente as reivindicações sociais para acalmar tensões e atenuar as deformidades políticas, sociais e econômicas.

A mobilização social que tem como marco simbólico as Revoluções de 1848 (popularmente conhecidas como Primavera de Nações ou Primavera dos Povos) e ideológico nos teóricos do socialismo utópico (ou romântico) e, também, do socialismo real (Marx e Engels<sup>56</sup>), marcaram o início de pressões que buscavam garantir direitos às classes esquecidas pelas revoluções liberais. A mobilização também foi um marco significativo para o fim dos poderes autoritários até então exercidos pelos absolutistas. Este movimento foi a base para o surgimento dos grupos anarquistas e do movimento operário que se intensificou na Europa nos finais do século XIX.

Então, como primeiro passo, a prática que foi originalmente estipulada pelo próprio liberalismo, qual seja, de participação política na condução de vida em

---

*dispose and bequeath property. The legal order has to guarantee the liberty and property of the private person, the certainty of the law and the formal equality of the legal subjects before the law, and thereby the calculability of all legal-normed action” (HABERMAS, 1988, p. 205).*

<sup>56</sup> De acordo com Peixoto (2011, p. 6) “a doutrina científica de Marx e Engels, sucedendo ao socialismo utópico de vários autores – que não lograram firmar uma teoria sistemática a respeito do assunto -, com o seu manifesto comunista de 1848, e a obra “O Capital” [...], augurou desencadear uma reação teórica de resistência à realidade e pensamento liberal clássicos, ensejando-se, naquela oportunidade, uma verdadeira profecia maledicente ao capitalismo: as crises seriam imanentes ao modo de produção capitalista, porquanto este último, ao privilegiar de modo absoluto a concentração de renda e capital, possuiria em seu cerne um inevitável subconsumo, fruto de uma superprodução, o que acarretaria a quebra do ciclo produtivo, porque, em algum momento, a oferta se tornaria maior do que a procura (os consumidores-assalariados não teriam meios pecuniários de adquirir os produtos - que eles mesmos produziram); o mercado encontrar-se-ia exaurido, esgotado, e a recessão ou retração daí advindas provocariam falências múltiplas, desemprego, fome e mortes – e, mediatamente, até conflitos bélicos, como se verificou, realmente, entre outros eventos, com a grande crise do capitalismo mundial com a quebra da bolsa de Nova York em 1929”.

sociedade, de poucos cidadãos foi se estendendo em passos lentos a núcleos antes impensados: mulheres, negros, analfabetos; e a consciência, mesmo ainda que em nível de grupos elitizados, de que a liberdade do indivíduo, garantido pelo princípio de que *todos são iguais perante a lei*, por si só seriam insuficientes para realizar o bem comum ao qual estava o Estado comprometido (MACEDO, 2005, p. 116). Não é por menos que Hobsbawn afirma que

*a partir de 1870 se hizo cada vez más evidente que la democratización de la vida política de los estados era absolutamente inevitable. Las masas acabarían haciendo su aparición en el escenario político, les gustara o no a las clases gobernantes. Eso fue realmente lo que ocurrió. Ya en el decenio de 1870 existían sistemas electorales basados en un desarrollo amplio del derecho de voto, a veces incluso, en teoría, en el sufragio universal de los varones, en Francia, en Alemania (en el Parlamento general alemán), en Suiza y en Dinamarca. En el Reino Unido, las Reform Acts de 1867 y 1883 supusieron que se cuadruplicara prácticamente el número de electores, que ascendió del 8 al 29 por 100 de los varones de más de 20 años. [...] Fuera de Europa, los Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda tenían ya regímenes democráticos y Argentina lo consiguió en 1912. De acuerdo con los criterios prevalecientes en épocas posteriores, esta democratización era todavía incompleta -el electorado que gozaba del sufragio universal constituía entre el 30 y el 40 por 100 de la población adulta-, pero hay que resaltar que incluso el voto de la mujer era algo más que un simple eslogan utópico. Había sido introducido en los márgenes del territorio de colonización blanca en el decenio de 1890 -en Wyoming (Estados Unidos), Nueva Zelanda y el sur de Australia- y en los regímenes democráticos de Finlandia y Noruega entre 1905 y 1913. (HOBBSAWN, 1999, p. 94-6)*

Dessa forma, ocorreu no século XIX um fenômeno amplo nas sociedades modernas ocidentais, que redundaria na aquisição de direitos políticos, representados no sufrágio universal. Formou-se um inédito Estado Liberal Democrático, no sentido de que garantia direitos individuais (mesmo que de forma desigual) e era politicamente representativo como nunca havia sido (mesmo que ainda de maneira incompleta).

Em um momento posterior, houve ainda a formação do modelo constitucional do Estado Social (*Welfare State*), como resposta ainda mais ampla à falência do modelo liberal, de Estado mínimo.

É possível relacionar a transição do Estado Liberal para o Estado Social com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que marca também a ascensão do comunismo revolucionário como alternativa real às carências do Estado Liberal (mesmo àqueles que adotaram a democracia política).<sup>57</sup> Em 1917, no México, o mundo assistiu ao advento

<sup>57</sup> A Revolução Russa, ensaiada em 1905 e efetivada em 1917, foi um dos primeiros marcos para que grupos sociais conseguissem ver os direitos que clamavam assegurados nas Constituições Nacionais. A Revolução Russa simbolizou um desafio para os países capitalistas, simbolizado na ameaça que sistemas exclusivamente liberais, que descartavam a possibilidade de distribuição de direitos sociais, poderiam trazer as próprias bases do Estado capitalista. A Revolução tornou-se opção factível frente à

da primeira Constituição Social que ampliou o catálogo de direitos fundamentais acrescentando dois novos grupos: os sociais (trabalho, saúde, educação, previdência) e os econômicos. Neste sentido, Loewenstein afirma:

*Un conocido ejemplo de constitución condicionada ideológicamente es la mexicana de 1917, con su expresa orientación hacia un orden social de tipo socialista. Otros Estados conmemoran el nacimiento de su Ley Fundamental bautizando una calle o una plaza con dicha fecha; México es, sin embargo, aparentemente el único país que honra de esta manera un artículo de la Constitución, el 123, que proclama el principio del Estado social de bienestar. (LOEWENSTEIN, 1976, p. 214-215)*

Entretanto, o grande marco do constitucionalismo social é a Constituição de Weimar – *Weimarer Verfassung*, de 1919, na Alemanha. De acordo com Loewenstein (1976, p. 399) a Constituição alemã contribuiu essencialmente para popularizar e estender os direitos sociais dos cidadãos. Além disso, salienta que seu catálogo de direitos fundamentais é uma curiosa mescla entre um coletivismo moderno e um liberalismo clássico.<sup>5859</sup>

Como já anunciado, o surgimento dos direitos sociais é considerado por Habermas (1998), como outro momento da sequência de direitos, posteriormente aos direitos civis e políticos. Ele aponta o bem-estar da população, amparado por todos os direitos (sociais) que o acompanham. É importante dizer, conforme explica Guillermo O'Donnell que “esse período assinalou um claro avanço na equidade social e na democratização [...]” (O'DONNELL, 1998, p. 43).

Assim, é possível afirmar, na esteira de Almeida Filho (2007, p.1-10), de que este período, verificado na primeira metade do século XX, além de ser chamado de democratização, o qual teve influência dos conflitos sociais entre o capital e trabalho, fez surgir Constituições que inseriram em seus textos disposições sobre a sociedade,

---

opressão social dos trabalhadores, mesmo no caso dos países em que o próprio capitalismo não era desenvolvido.

<sup>58</sup> Oportuna são as considerações Morais e Copetti nesse sentido. As duas Cartas (mexicana e alemã) ampliaram conceitualmente e operacionalmente o princípio democrático e da função da garantia, pois, além das garantias individuais, também se ocuparam em integrar os princípios fundamentais da ordem econômica, social e cultural. “Com isso, o âmbito dos tradicionais direitos fundamentais do homem, de matriz marcadamente liberal-individualista, ampliou-se em direção a novas categorias de direitos políticos, de direitos dos trabalhadores, de direitos sociais de caráter positivo, de direitos essencialmente coletivos, transindividuais e difusos, como os direitos ao ambiente, ao patrimônio cultural, às relações de consumo reguladas” (MORAIS; COPETTI, 2006, p. 142-43)

<sup>59</sup> Com aumento de desemprego e a pauperização da classe trabalhadora, a crise de 1929 agravou e levou para dentro do coração capitalista a ameaça de a crise social levar a um colapso do sistema. Era necessário, portanto, que o Estado se fizesse presente, garantindo emprego e políticas anticíclicas que assegurassem o crescimento econômico. A Alemanha de Weimar, em 1919, antecipou a solução encontrada pelos estados autoritários e liberais à crise capitalista. Estabeleceu um sistema de direitos sociais que na Itália, mais tarde, e no próprio Brasil, foi exemplificado nas leis trabalhistas.

ordem econômica e direitos sociais. Desta forma, a implementação efetiva dos direitos sociais e econômicos, em boa parte da Europa ocidental, trouxe consigo “o germe da nova fase democrática do Estado Social e a superação da visão liberal dos grupos de direitos fundamentais” (MAGALHÃES, 2000, p.69).

Importa destacar que a adjetivação pelo social

pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora [, posteriormente,] do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial. (MORAIS e STRECK, 2012, p. 96)

Aqui surge o espaço para os chamados “direitos de segunda geração”<sup>60</sup> (ou direitos de igualdade), entre eles estão os direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado, entre outros, através de políticas de justiça distributiva. Assim, os direitos (vida, liberdade, propriedade, segurança, igualdade), nesta fase do Estado, são ampliados e redefinidos.

Ressalta-se que, de acordo com Ernest Forsthoff (1986, p.49), o Estado Social pode ser considerado um “Estado que garante a subsistência, e, portanto, é um Estado de prestações”. Assim, no Estado Social o cidadão é visto como cliente, onde o Direito é garantido e, na medida do possível, concretizado. Contudo, a partir da década de 1960, a nova esquerda (não-stalinista), através dos movimentos sociais (que visavam denunciar sobretudo a crise do sistema capitalista), tais como o movimento estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista, os das lutas pelos direitos das minorias, além dos movimentos contra-culturais, passaram a proferir severas críticas ao Estado de Bem-Estar, denunciando os limites e alcances das políticas públicas e as contradições entre capitalismo e democracia.

As crises do petróleo (1973 e 1979) foram marcos decisivo para desencadear o fim do Estado de Bem-Estar Social. Este fator, alinhado às insatisfações das empresas privadas (que passaram a ser supertributadas pelo Estado), foram alvos de críticas de parte da sociedade que tinha outra concepção de Estado (entre eles, Keynes). E, após a crise econômica desencadeada sobretudo no início dos anos 1980, algumas alternativas

---

<sup>60</sup> É normal referir as “gerações” de direitos à Norberto Bobbio, com a obra intitulada a “Era dos Direitos”. Contudo, o primeiro a falar em “gerações” de direitos foi *Karal Vasak*, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Nacional de Direitos Humanos, em Estrasburg. Ele falou em gerações de direitos inspirado na tríade francesa *liberté* (primeira geração: direitos de liberdade e os direitos individuais), *égalité* (segunda geração: direitos de igualdade e econômico-sociais), e *fraternité* (terceira geração: os direitos de solidariedade) (TRINDADE, 1997).

foram propostas para enfrentar as altas taxas de inflação e os índices de paralisação econômica (VICENTE, 2009, p. 124-125).

Entretanto, a alternativa vitoriosa frente à crise do Estado de Bem-Estar Social não foi aquela que buscava transformações mais profundas do sistema político, econômico e social, mas aquela que vislumbrava o retorno do Estado à sua condição de infante. Diante dos problemas que estavam sendo apresentados no *Welfare State* (amparado pelas ideias keynesianas), a alternativa que predominou foi aquela trazida pela esfera econômica. O neoliberalismo, principalmente através de Hayek e Fridman, surge forte como uma ideologia nos países do centro capitalista e rapidamente se espalha para a periferia (África, América Latina e alguns países da Ásia) como resposta à crise do Estado de Bem-Estar. Em linhas gerais, os programas adotados pelos neoliberais, elevaram as taxas de juros, baixaram drasticamente os impostos sobre os rendimentos altos, aboliram controle sobre os fluxos financeiros, instituíram amplos processos de privatizações e liberalização comercial, e, sobretudo, enxugaram as contas públicas e as atividades do Estado. Com isso, muitos problemas surgiram, entre eles, altos níveis de desemprego e pauperização na periferia, crises econômicas (na periferia, decorrentes da desestruturação de processos de industrialização, e, no centro, com financeirização excessiva do sistema econômico mundial).

Após as dificuldades e os limites experienciados por essa resposta elitista (neoliberalismo) frente aos desafios do Estado de Bem-Estar Social, há uma grande incerteza sobre os caminhos que serão traçados pelo Estado. É nesse contexto que reemerge o debate sobre o Estado Democrático de Direito<sup>61</sup>, ideia surgida já no próprio ambiente pós-Segunda Guerra Mundial nos países do centro sistema capitalista. Tratava-se (trata-se) de uma alternativa, relacionada também às mudanças ocorridas no próprio constitucionalismo, que sintetizava o processo gradual de aquisição de direitos (civis, políticos e sociais) em um conceito de síntese. Isto é, que os integrava formando uma entidade essencialmente nova.

---

<sup>61</sup> Alternativas vindas da periferia, inclusive, parecem dar respostas parciais à esterilidade e à falta de criatividade atualmente existente nas sociedades do centro. Na América Latina, por exemplo, a ascensão de governos e movimentos sociais progressistas sugere que o desenvolvimento social deve ser auxiliado de perto pela ação estatal, que estaria pautada em políticas de distribuição de renda, em alternativas inteligentes para a transição energética/ambiental e de construção de processos de integração regional, que fortaleçam a periferia frente os desafios da globalização. Essas novas alternativas vão ao encontro das necessidades próprias da consolidação do Estado Democrático de Direito nesses países, como se verá a seguir.



### 2.1.2.3 *O Constitucionalismo Contemporâneo e a síntese do Estado Democrático de Direito*<sup>62</sup>

Importa que ao longo da história, no segundo pós-guerra, eclodiu um novo movimento que desaguou nas Constituições e que ainda está presente no contexto atual, que é o Constitucionalismo Contemporâneo. Esse Constitucionalismo agrega as novas conquistas que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional. Destaca-se que todas essas conquistas devem ser pensadas como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo – que, como visto, pode ser concebido como um movimento que busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania (STRECK, 2012).<sup>63</sup> O Estado Democrático de Direito emerge conectado com essa transformação do constitucionalismo.

O Estado Democrático de Direito é considerado por Lenio Streck como um dos planos (da teoria do Estado e da Constituição) que redimensiona a práxis político-jurídica do constitucionalismo (STRECK, 2012, p. 37). No Estado Democrático de Direito há uma maior ênfase da justiça constitucional, através do deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano constitucional. Há uma mudança de realidade nos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário.

No Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. (STRECK, 2011, p. 63)

O Estado Democrático de Direito, portanto, surge como um novo conceito, como uma resposta para a realidade jurídica, política, e social na tentativa de “conjugiar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias

---

<sup>62</sup> O tema Estado Democrático de Direito como síntese será aprofundado no terceiro capítulo deste trabalho. A intenção, neste momento, é apenas introduzir o debate para não romper com a lógica descritiva, bem como para que seja possível a compreensão de alguns argumentos que serão sustentados ao longo da dissertação, mas que serão posteriormente melhor explorados.

<sup>63</sup> Como já anunciado anteriormente, a ideia de Constitucionalismo Contemporâneo surge como um modo de refutar as propostas neoconstitucionalistas, que, embora tentassem reforçar o papel do Constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial, acabaram corroendo seu principal pressuposto, que é a limitação do poder, justamente por incluir em suas teses a discricionariedade judicial. Streck salienta que o paradigma constitucional que vivenciamos é marcado por conquistas democráticas, por uma democracia materialmente concebida, por isso, é preciso de uma teoria constitucional que coloque limites à atuação do Judiciário, ou seja, que inclua uma teoria da decisão judicial (STRECK, 2012, p. 35-37).

jurídico-legais e a preocupação social” (MORAIS e STRECK, 2012, p. 97). Nesse sentido, destaca Santiago Mir Puig que a fórmula do Estado Democrático de Direito

*supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social —esto es, que tome partido efectivo en la vida social— al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad «real» —oponiéndose a que el «Estado social» dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos— como «formal» —cerrando el paso a la posibilidad de un «Estado de Derecho» no controlado por todo el pueblo— para los ciudadanos. (PUIG, 1994, p. 33-4)*

É neste momento histórico, também, que surge o que Vasak, e depois Bobbio, consideram como “direitos de terceira geração”<sup>64</sup>, os quais foram consolidados com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada pela ONU, em 1948, que são aqueles que se destinam à proteção de um grupo ou de um determinado Estado, e não apenas especificamente aos interesses do indivíduo<sup>65</sup>. Além disso, Bonavides (2010, p.

<sup>64</sup> Como já visto em nota anterior, as gerações de direitos surgiram como direitos dos indivíduos frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma esfera de autonomia individual e uma zona de não-intervenção do Estado (SARLET, 2002, p. 50). Bobbio (1992) classifica os direitos em quatro gerações, sendo a última referente à pesquisa biológica e científica, pela defesa do patrimônio genético, pelo avanço tecnológico, pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Há, ainda, autores, como Paulo Bonavides (2008), que sustentam a quinta geração de direitos (para este autor, a quinta geração estaria relacionada com o direito de paz). Diferente de Bonavides, outros autores, como Oliveira Júnior (2000), relacionam os direitos de quinta geração com os avanços da tecnologia/internet. É importante destacar que as “gerações dos direitos” devem sempre ser analisadas e compreendidas sob uma forma crítica de acordo com o momento histórico de cada região.

<sup>65</sup> Entretanto, é importante mencionar que há críticas direcionadas a Declaração Universal de 1948. É preciso referir que as raízes bases dessa Declaração são as declarações burguesas ocidentais que defendiam a dignidade do indivíduo frente à sociedade. Raimundo Panikkar adverte que a Declaração Universal foi claramente articulada com as tendências históricas do Ocidente e que teve como fundamento o humanismo individualista (PANIKKAR, 2004, p. 216). Para Boaventura de Souza Santos (1997, p.113), a Declaração Universal de 1948 é uma marca ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos, pois foi elaborada “para todos” sem a participação da maioria dos povos do mundo, reconhecendo quase que exclusivamente direitos individuais e priorizando direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais. Importa, ainda, reconhecer que a concepção dominante dos direitos humanos que teve como base as declarações burguesas referidas aparece nos países que, desde sempre, detiveram o poder hegemônico nas relações internacionais, o que torna, na prática, tão difícil a superação dessa concepção. Nas relações internacionais a dominância envolve poder, ideia e instituições (COX, 1996) e, por alguma coincidência ou não, a concepção dominante de direitos humanos é aquela sustentada pelos países desenvolvidos, os quais defendem essa ideia e as reproduzem nomeadamente nas suas instituições. Foi este, e apenas para referir como exemplo, o caso da Organização das Nações Unidas (ONU), nos Estados Unidos. A ONU, na Carta das Nações de 1945 apresentou as liberdades individuais como concepção dominante dos direitos humanos (COMPARATO, 2013, p. 228) e, posteriormente, a mesma lógica foi exposta na Declaração Universal de 1948, que influenciou diversos documentos internacionais posteriores, como, por exemplo, a Carta Africana, de 1981.

574) afirma que esse documento “estampou direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograra ainda congregar ao redor de um consenso universal”<sup>66</sup>. Ainda, para Flaviane Magalhães de Barros Pellegrini, no Estado Democrático de Direito,

a sociedade civil exerce importante papel controlador e conformador do Estado, pluralista, respeitando os diversos matizes sociais, na busca da implantação de direitos, quer de primeira, segunda ou terceira geração, visto como um complexo de direitos e garantias que não podem ser aplicados em separado. Nesse sentido, não importa ter direitos sociais ou, mesmo, proteção aos direitos difusos se não há garantias mínimas de que a atuação estatal, principalmente no âmbito jurisdicional, não atingirá os indivíduos em seus direitos fundamentais. (PELLEGRINI, 2004)

Por isso, diz-se que o Estado Democrático de Direito vai além e possui um conteúdo transformador da realidade. Não se restringe àquilo que pregava o Estado Social, como por exemplo, a adaptação melhorada das condições sociais de existência. Era preciso uma modificação que pudesse realmente alterar a vida e a situação das comunidades. O conteúdo desse Estado deveria ser construído na direção de fomentar a participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se, para tanto, do conceito incerto de democracia, para veicular uma perspectiva de um futuro que viesse a solucionar os problemas das condições materiais de existência (MORAIS e STRECK, 2012, p. 97-99).

Morais e Streck (2012, p. 98-9) relacionam quais seriam os princípios do Estado Democrático de Direito, que pode ser visto com um *plus* normativo em relação às formulações anteriores (Liberal, Liberal Democrático e Social): (i) constitucionalidade, que seria a vinculação do Estado Democrático a uma Constituição; (ii) organização democrática da sociedade; (iii) sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; (iv) justiça social como mecanismo de correção das desigualdades; (v) igualdade como articulação de uma sociedade justa; (vi) divisão de poderes e funções; (vii) legalidade, como maneira de excluir o arbítrio e a prepotência; e (viii) a segurança e a certeza jurídicas.

---

<sup>66</sup> Segundo Flávia Piovesan (2004, p. 48), a Declaração Universal pode ser vista como um marco de reconstrução dos direitos humanos que tem como objetivo “delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”. A autora sustenta que a formação de um sistema normativo internacional de direitos humanos foi possível através desse processo de universalização. E, por essa razão, a Declaração foi o marco de internacionalização dos direitos humanos, o que caracterizou a universalidade (a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos) e indivisibilidade destes direitos (a garantia de direitos civis e políticos é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, conjugando valor de liberdade ao de igualdade) (PIOVENSAN, 2004, p. 48-9).

O Estado Democrático de Direito, portanto, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, representa uma ruptura à diferença dos modelos anteriores. Com a ideia de transformação da realidade, busca resgatar as promessas incumpridas da modernidade, fato que assume relevante importância para o Brasil e demais países semi-periféricos e/ou periféricos e de modernidade tardia (MORAIS e STRECK, 2012, p. 104).

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que surge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no status *quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principlógico. (STRECK, 2011, p.54)

Pode-se dizer, em linhas gerais, que o surgimento do Estado Democrático de Direito é o marco histórico de uma nova concepção do Constitucionalismo que se instaurou na Europa após a Segunda Guerra Mundial e, conforme será visto no segundo capítulo deste trabalho, no Brasil, mais tardiamente, com a redemocratização e a Constituição de 1988.

## 2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E AQUISIÇÃO HISTÓRICA DE DIREITOS: UMA ALIANÇA NECESSÁRIA

A evolução dos sistemas processuais penais está diretamente relacionada com o processo apresentado acima, de transformações das Constituições, dos Estados e do processo histórico de aquisição de direitos pela população. Esta seção, portanto, abordará o tema em três discussões principais, sobre (i) as características básicas do sistema inquisitório e acusatório, para além do núcleo duro, e a proposta de um novo conceito amplo deste último; (ii) a relação histórica dos sistemas processuais penais com o processo de aquisição de direitos por parte dos cidadãos, trazendo o exemplo clássico de Roma Antiga; e (iii) as origens modernas do sistema acusatório (frente à longa experiência do sistema inquisitorial), como um projeto de reforma do processo

penal, abordando-se, de forma exemplificativa e breve, o caso da Itália como modelo moderno da interconexão entre sistema acusatório e direitos civis e políticos.

Por fim, argumenta-se aqui que, enquanto no século XIX o sistema acusatório (re)surgiu no Ocidente concomitantemente à aquisição histórica de direitos civis e políticos pela população, atualmente esse sistema parece não se sustentar apenas com esses direitos. Mais especificamente, os direitos sociais se apresentam como um complemento necessário para a efetividade do sistema acusatório, especialmente no caso dos países em desenvolvimento.

### 2.2.1 Sistemas Processuais Penais: aspectos conceituais dos sistemas inquisitório e acusatório (para além do núcleo duro)

A conceituação típica e básica dos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório pode ser vista a partir das suas principais diferenças, conforme previamente visto na introdução deste trabalho. Enquanto no sistema inquisitório o acusador e o julgador confundem-se em um só, ou seja, quem irá sustentar a acusação, será o mesmo que, ao final do processo, irá proferir uma decisão; no sistema acusatório há a distinção entre os órgãos da acusação (na atualidade, o Ministério Público<sup>67</sup>) e de julgamento (juiz). Essa é a característica mínima que suporta o núcleo duro de um sistema. Para além do núcleo duro, outras diferenças podem ser apontadas, conforme se verá a seguir.

Uma das principais diferenças encontra-se no poder de gestão da prova, ou seja, deve-se questionar a quem pertence a gestão probatória no processo penal. No sistema inquisitório, Coutinho (2001, p. 24) explica que a gestão da prova está “confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente”. Inserido no contexto deste sistema, acredita-se, ilusoriamente, que com o juiz atuando de ofício na busca de provas, as chances de se alcançar a verdade real aumentam. Por outro lado, em oposição ao modelo inquisitorial, em um sistema acusatório consolidado a gestão da prova encontra-se essencialmente com as partes (acusado e acusador), respeitando-se as garantias fundamentais constitucionais do acusado, como a presunção de inocência, por exemplo.

---

<sup>67</sup> Além disso, importa destacar que a obrigatoriedade da ação penal também pode ser considerada uma característica de um sistema acusatório. O Ministério Público possui um dever de propor a ação penal “sem espaço para considerações de natureza de política criminal” (PRADO, 2014, p. 22), sustentando-se na tese de que “cada crime deve corresponder a necessária punição” (PRADO, 2014, p. 22). No caso brasileiro, por exemplo, Prado (2014, p. 22) ressalta que o sistema instituído no CPP está inserido nesse princípio de obrigatoriedade, sobretudo em razão do artigo 28 (casos de arquivamento) e no artigo 5º, inc. LIX, da CF/88 (que dispõe que será admitida a ação privada nos crimes de ação pública, caso ela não seja realizada no prazo legal).

Além disso, o sistema inquisitório caracteriza-se, segundo vertente mais propagada, por ser escrito e secreto<sup>68</sup>, havendo impulso oficial e liberdade processual, dando-se grande valor à confissão. Ainda, o sujeito acusado é um mero objeto do processo, não sendo sujeito de direitos, ou seja, inexistente qualquer tipo de relação processual (AMBOS e LIMA, 2009, p. 47) com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Em oposição, o sistema acusatório possui como características importantes: a oralidade (no sentido que explica Prado (2006, p. 156), não a partir de uma questão de predominância da palavra falada, mas para garantir que o juiz tenha contato direto com as provas e com os argumentos das partes) e a publicidade.

Aury Lopes Jr. lembra que o sistema acusatório, desde a sua origem, na antiguidade, apresentava algumas interessantes peculiaridades, entre elas: (i) já havia preocupação para as atividades de acusar e julgar serem estabelecidas a pessoas distintas (ii) a atuação mais ou menos passiva dos juízes, os quais se mantinham afastados da iniciativa da gestão da prova; (iii) a acusação era por escrito e indicava as provas; (iv) havia contraditório e direito de defesa; e (v) o procedimento era oral e os julgamentos eram públicos, com magistrados sentenciando ao final (LOPES JR, 2010, p. 58-9).

Já na atualidade<sup>69</sup>, outras importantes características foram sendo incorporadas e reafirmadas no sistema acusatório, tais como: (i) a clara distinção entre as atividades de acusar e julgar (núcleo duro), (ii) a iniciativa probatória deve ser das partes, o juiz deve ser um terceiro imparcial, (iii) deve haver igualdade de oportunidades às partes do processo, (iv) plena publicidade de todo o procedimento (ou da maior parte dele), (v) contraditório e ampla defesa, (vi) duplo grau de jurisdição (LOPES JR, 2010, p. 60) e, também, a (vii) garantia de que todas as decisões serão fundamentadas para que se possa conhecer o caminho que foi utilizado pelo magistrado para chegar a uma condenação ou absolvição.

Além disso, é importante refletir sobre o fato de que o sistema acusatório não possui um conceito imutável. Se na sua origem o sistema acusatório visa garantir os direitos civis fundamentais dos cidadãos (contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos, imparcialidade do juiz, etc.), na modernidade, com a transformação do próprio

---

<sup>68</sup> Prado conclui que “talvez seja possível encontrar neste sigilo a simetria com as motivações do juiz na determinação da prova de ofício, uma vez que a declaração dos reais motivos da produção da prova pode implicar pré-julgamento” (PRADO, 2006, p. 141).

<sup>69</sup> Thums (2006, p. 262) destaca que o sistema acusatório na atualidade é estruturado a partir de Poder Judiciário independente, inerte, só decidindo quando provocado, e com juízes comprometidos com o sistema de garantias reconhecidos na Constituição Federal e em Pactos e Convenções internacionais. Salienta, ainda, que um sistema acusatório moderno é dotado de um Ministério Público independente e com as mesmas prerrogativas da Magistratura.

Estado (e de suas Constituições), o sistema processual penal também precisa ser pensado sob outra ótica. Por exemplo, se o sistema acusatório se propõe a garantir uma oportunidade igualitária às partes, parece ser necessário que haja meios para chegar a esse fim proposto. Por isso, o sistema acusatório poderia ser também refletido através de uma compreensão ampla do conceito, para abranger, igualmente, a esfera de direitos sociais. Isso, por exemplo, poderia ser representado no fortalecimento das defensorias públicas como um projeto social meio para reforçar o fim a que se propõe: igualdade de oportunidade às partes, além do contraditório e da ampla defesa. Tais considerações serão mais bem exploradas e reforçadas no terceiro capítulo do presente trabalho (soluções qualitativas para a consolidação do sistema acusatório diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito).

Percebe-se, pois, que o sistema processual penal acusatório é uma construção. Para além do núcleo duro mínimo, na antiguidade algumas características essenciais predominavam; já na modernidade outras foram sendo incorporadas. Em razão disso, argumenta-se que a sua implementação não está consolidada, sobretudo nos países em desenvolvimento, onde direitos civis e sociais ainda são precários e insuficientes. Assim, parece que as características dos sistemas processuais penais possuem correlação lógica e natural com o processo de aquisição histórico de direitos por parte das sociedades (o que inclusive poderia explicar o caráter mutável do próprio sistema acusatório). Essa relação ocorre desde a antiguidade, como se verá a seguir com um breve estudo do caso romano.

### 2.2.2 O caso de Roma: a Monarquia, a República e o Império

O processo penal romano sofreu, durante vários séculos, mudanças significativas entre os sistemas inquisitivo e acusatório. Isso ocorreu, principalmente e não por coincidência, em razão da própria história política de Roma. Pode-se dizer que, de modo geral, o processo penal romano acompanhou as formas de governo de cada época: a Monarquia (753 a.C – 509 a.C), a República (509 a.C – 27 a.C) e o Império (o qual divide-se em duas partes: o Principado de Augusto (27 a.C) até Diocleciano (284 d.C e o Dominado, de Diocleciano até o desaparecimento do império). O processo de

aquisição de direitos da população à época está diretamente relacionado com essas mudanças políticas.<sup>70</sup>

Em relação ao período monárquico romano, importa mencionar que há escassa literatura acerca dessa época no que diz respeito ao desenvolvimento do processo penal. Somente sobre o final da monarquia é que se pode verificar maiores detalhes. O que se sabe, é que na era monárquica tudo se concentrava nas mãos do rei, o que indica a escassez de direitos políticos por parte da população (plebeus)<sup>71</sup>. Roma, então, era governada por reis, tidos como chefes soberanos e vitalícios da sociedade. “O rei era o governante supremo, o chefe do executivo, o sumo sacerdote, o legislador e o juiz do Estado”<sup>72</sup> (ABBOTT, 1901, p. 15. Tradução nossa.). Quando o rei não exercia seu poder diretamente, estes eram delegados aos magistrados (*duumviri*) (MAIER, 2004, p. 274).

Sabe-se, também, que à época o poder, em regra, era limitado pelo Senado, conselho nomeado pelo rei, formado por chefes de famílias da nobreza. Contudo, pode-se questionar tal limite, uma vez que o rei não estava condicionado à posição do Senado, podendo ou não aceitar os seus conselhos.

No tocante ao direito penal e processual penal, Maier (2004, p. 273) e Andrade (2010, p. 68) escrevem que na monarquia romana já havia a distinção entre crimes que violavam somente interesses privados (o ofendido assumiria uma eventual responsabilidade pela repressão) e aqueles que violavam interesses considerados públicos. A repressão dos interesses públicos era delegada pelos interessados ao rei<sup>73</sup> (responsável pela *pax deorum* – paz divina). Além da paz divina, o rei era responsável pela paz social, o que acabava por confundir os conflitos sociais e religiosos; entretanto, era atribuição do chefe supremo analisar e julgar todos esses fatos.

Ao magistrado, nessa época, se atribuía uma espécie de instrução sumária (investigação), a *cognitio*. Nessa fase, ele ou o rei reuniam todas as funções processuais e não havia necessidade de provocação de terceiro para se iniciar o processo. Além

---

<sup>70</sup> Cumpre mencionar, em um primeiro momento, que a estrutura política e social na Roma Antiga é rica em detalhes. O estudo que se fará a seguir não busca exaurir, nem apresentar uma discussão extensa sobre o assunto. Pelo contrário, a intenção é apresentar uma ideia genérica do tema, apenas fazendo relações gerais dos sistemas processuais penais com a aquisição de direitos por parte da população.

<sup>71</sup> De maneira simplificada, sabe-se que a população romana era organizada entre patrícios e plebeus. A administração do Estado, no período monárquico e no início da república, era exclusividade dos patrícios, restando os plebeus, em um primeiro momento, excluídos das funções públicas.

<sup>72</sup> “The king was a supreme ruler, the chief executive, the chief priest, the lawgiver, and the judge of the state” (ABBOTT, 1901, p. 15).

<sup>73</sup> Nesse período específico da história romana, a historiografia apresenta dúvidas acerca da própria atuação do rei. Não se sabe se ele julgava sozinho ou se existiam consultores, funcionários que o auxiliavam no período de instrução do caso (ANDRADE, 2010, p. 70).



disso, a investigação era realizada ao puro arbítrio dos magistrados e do rei. Ou seja, não existiam regras processuais que limitavam a investigação e a instrução (MAIER, 2004, p. 274-5).<sup>74</sup> Dito isso, poder-se-ia dizer que a monarquia albergava um sistema de tipo inquisitorial (apesar de tal terminologia não ser conhecida à época).

No transcorrer da história, o último rei de Roma, Tarquínio, o Soberbo, foi deposto em 509 a.C. Inicia-se, a partir de então, o período republicano. Desde a deposição do rei Tarquínio, Roma nunca mais foi uma monarquia. Apesar das tensões existentes entre a aristocracia e a plebe, a República estabeleceu-se e prosperou. Inclusive, foi durante a República de Roma que “toda a península itálica foi conquistada e a hegemonia no mediterrâneo se firmou com a destruição de Cartago e conquista da Grécia” (GUIDA, 2012, p. 20). Desaparecida a figura do rei, o poder político passa a ser exercido de maneira mista, com alguns elementos participativos e outros oligárquicos. As Assembleias (*comitia*) passam a conviver lado a lado com os poderes conservadores, como o Senado, o Colégio dos Pontífices e as magistraturas.

Por isso, uma das primeiras consequências da república foi a divisão de poderes acumulados pelo rei, tanto as de cunho religioso, como os políticos e militares, o que culminou, desde o princípio, em uma maior aquisição de direitos políticos, mesmo que de forma incompleta.

No âmbito jurídico, em um primeiro momento, a figura do magistrado supremo<sup>75</sup> adquiriu responsabilidade pela repressão criminal e passou a ser o detentor da *coertio*, que era uma manifestação do poder de *imperium*. Esse magistrado detinha o poder supremo e de ofício poderia investigar, acusar e julgar os fatos delitivos de que tivesse conhecimento. O interrogatório não era obrigatório e a possibilidade de defesa do ofendido ficava limitada a vontade do magistrado. Tais poderes provocaram um grande temor de que o regime republicano se converteria em um regime tirânico. Foi criado, então, o instituto da *provocatio ad populum*<sup>76</sup>, que era um instrumento garantidor que poderia ser utilizado tanto pelo patriciado como pelos plebeus, nos casos de pena de morte, tortura ou multa (ANDRADE, 2010, p. 70-2).

A par disso, a República, nesses moldes, não conseguiu manter-se estável por muito tempo. As desigualdades civis e políticas entre plebeus e os patrícios tornaram-se

---

<sup>74</sup> Esta situação sugere que a falta de direitos políticos era acompanhada pela inefetividade de direitos civis.

<sup>75</sup> O magistrado supremo era o Cônsul e o consulado era sempre exercido por dois cônsules, justamente por ter sido uma reação a monarquia.

<sup>76</sup> Apenas com o intuito informativo, ressalta-se que há discussão na literatura sobre o fato da *provocatio* ser ou não um recurso. Para o aprofundamento do caso, cita-se como sugestão a obra de Tucci (1983).

incontroláveis. Além disso, principalmente em razão da República ter se transformado em uma potência mediterrânea, muita desigualdade social surgiu. Os conflitos foram inevitáveis. A ordem social foi desestabilizada e uma profunda transformação institucional mostrava-se necessária, o que implicou no aumento de direitos civis e políticos por parte da população<sup>77</sup>. Ademais, como consequência de reivindicações, os plebeus obtiveram a criação do Tribunal da Plebe<sup>78</sup>, em 326 a.C, com o apoio do Senado<sup>79</sup>. O Tribunal da Plebe garantiu direitos aos plebeus a partir do reconhecimento de uma Assembleia Popular com direito de veto nas decisões dos cônsules. É importante perceber que essa interferência ocorria sem que os plebeus fossem presos ou punidos por discordar de uma decisão política, o que caracteriza a ampliação, também, dos seus direitos civis, principalmente aqueles relacionados à liberdade.

Inclusive, a luta da plebe por garantias e segurança jurídica foi o que impulsionou a criação da Lei das XII Tábuas (450-449 a.C). Essa Lei, que foi baseada em leis gregas, fortaleceu a Assembleia Popular<sup>80</sup>, tornando-a o único órgão competente para julgar delitos que a pena fosse a de morte. Posteriormente, o Tribunal da plebe também passou a investigar e acusar os delitos públicos, perante os tribunais populares, dividindo a tarefa com os *quaestores*.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Um exemplo dessas transformações se apresentou com as três leis *Valerie*, as quais fizeram com que lentamente o poder de julgar criminalmente dos magistrados fossem repassados aos comícios. Essas leis institucionalizaram a jurisdição popular e inauguraram uma nova época no processo penal romano. Limitações foram sendo impostas aos magistrados e uma delas seria a de que as Assembleias Populares poderiam anular as suas decisões (MAIER, 2004, p. 276), caracterizando a presença de direitos civis.

<sup>78</sup> A plebe, em 493 a.C optou por estabelecer-se no Monte Sagrado, abandonando Roma, com a tentativa de demonstrar insatisfação aos nobres. O cônsul Menêncio Agripa convenceu a plebe a retornar à República, e o Senado concedeu-lhes um tribuno especial, conhecido como "o tribuno da plebe", que teriam como atribuição específica "perseguir aqueles magistrados que não respeitassem os direitos da plebe" (ANDRADE, 2010, p. 74).

<sup>79</sup> Durante a Monarquia, o conselho do rei composto por chefes de importantes famílias, escolhidos pelo próprio rei, era quem compunha o Senado. Após a passagem para República, a relação entre o chefe do executivo (rei) e o Senado permaneceu. Contudo, salienta Abbott (1901, p. 17) que o rei poderia procurar o Conselho do Senado quando bem entendesse, para tratar de assuntos importantes. E, além disso, ele estava livre para aprovar ou rejeitar seus conselhos. É por isso que Lopes (2002, p. 44) informa que "o Senado, em toda a história de Roma, não pode confundir-se com uma assembleia de representantes, como hoje se pensa vulgarmente; tampouco era um órgão legislativo, como hoje se imagina uma Assembleia".

<sup>80</sup> Há autores, como Bernardo Santalucia, que acreditam que as Assembleias Populares adotavam o procedimento inquisitivo, uma vez que era o magistrado quem formulava a acusação. Andrade, contudo, entende que a semelhança com o sistema inquisitivo se restringia somente a esse ponto, pois o acusador (magistrado) apresentava seus argumentos e pedido de pena, entretanto não era ele quem julgava/sentenciava, e sim a Assembleia (ANDRADE, 2010, p. 74).

<sup>81</sup> As Assembleias Populares tiveram seu declínio no século II a.C por diversas razões, entre elas a desconfiança por parte da classe dominante na utilização, por parte da Assembleia, de argumentos demagógicos para justificar absolvições. Para os romanos, o destino da justiça estava em jogo. Com isso, o Senado começou a atribuir-se legitimidade para perseguir determinados delitos (principalmente aqueles que colocavam perigo ao poder central) e deslocou a persecução, o processamento e o

Importa, a par disso, ressaltar que o último período republicano, que é, diga-se de passagem, rico em detalhes, passou a ser considerado como marco para o nascimento de um sistema acusatório em Roma (*accusatio*). Era facultado ao ofendido ou a qualquer outro membro da população em pé de igualdade promover a acusação perante a respectiva *quaestio*. O representante do interesse da coletividade, o acusador (*accusator*) tinha o direito-dever de acusar, e, caso ele fizesse alguma acusação falsa ou infundada, era reprimido severamente através dos modos *calumnia*, *tergiversatio* ou *praevaricatio*, dependendo do caso concreto (MAIER, 2004; TUCCI, 1983, p. 25-8). Veja-se, pois, que o nascimento do sistema acusatório aos moldes antigos (quando já se pensava primariamente na separação das funções de acusar e julgar) na República romana coincide com o processo de garantia de direitos civis e políticos, mesmo que de forma incompleta, para a população.

Contudo, especificamente sobre o processo penal, salienta Prado (2006, p. 76), concordando com Tucci, que com as *quaestiones* começou-se a ostentar consistência e certa autonomia aos magistrados, criando assim um sistema homogêneo de normas processuais e meramente procedimentais, que com o passar do tempo não se mostraram mais suficientes para a exigência da repressão e delinquência. A perda de confiança no governo, em razão da cobiça dos magistrados e da falta de respeito às leis, seja por violência, intriga, ou simplesmente dinheiro, marcaram, também, a queda da República (ANDRADE, 2010, p. 92) e o início do período imperial. Os quinhentos anos de idade da República romana que o precedeu, foram enfraquecidos e subvertidos por várias guerras civis.

Diante dessa realidade de guerras, o povo, que vivia em meio a grande instabilidade que crescia a cada dia em razão da violência e repressão, não estava mais preocupado em perder a igualdade entre os cidadãos; somente exigiam o estabelecimento da paz. O primeiro rei imperial (nova fonte de soberania romana), Augusto, optou por realizar diversas mudanças, inclusive no processo penal<sup>82</sup>, para que

---

juízo para as *questiones extraordinariae* (tribunais de justiça extraordinários) (ANDRADE, 2010, p. 74-5).

A repressão criminal tornou-se cada vez mais complexa, com o aumento dos delitos de conotação pública e, por isso, havia a necessidade de maior intervenção do poder estatal na persecução dos criminosos, principalmente nos dois últimos séculos da República (TUCCI, 1983, p. 12).

<sup>82</sup> A criação de novos delitos foi uma das mudanças estratégicas do rei. Além disso, “Otaviano Augusto não só acatou as leis anteriores que haviam instituído as *quaestiones*, como, também, introduziu a *quaestio de adulteriis*, modificou algumas outras e, ainda, teria feito promulgar a *Lex Julia iudiciorum publicorum* (17 a.C), aperfeiçoando o procedimento a ser seguido por aqueles órgãos julgadores” (TUCCI, 1983, p. 17).

tais questões pudessem ser resolvidas de acordo, é claro, com o seu interesse político. Modificações institucionais significativas para sustentar o regime político com a centralização do poder foram acontecendo, o que salienta o fato de que os direitos políticos por parte da maioria dos cidadãos restaria prejudicado.

No processo penal, algumas tentativas de manutenção de procedimentos que já existiam na República não foram bem sucedidas, então aos poucos o sistema foi mudando e favorecendo os interesses do Império. Por exemplo, caso entendesse necessário, o Imperador poderia delegar a sua jurisdição a outros funcionários, que exerceriam a função de investigar, acusar e julgar, ou tão somente julgar (ANDRADE, 2010, p. 95). Essa fase inclusive foi chamada por alguns autores, entre eles Prado (2006, p. 77), de a nova *cognitio*; isto, pois, diferentemente da primeira, ela conferia amplos poderes ao magistrado (funcionário do rei) para investigar, bem como julgar a causa, podendo-se valer até mesmo da tortura.<sup>83</sup> Com essas mudanças já é possível perceber a passagem novamente para um regime autoritário e, por consequência, inquisitorial.

Em geral, o processo poderia ainda contar com a presença do acusador e testemunhas, conforme o período republicano, ou, então, ser iniciado de ofício. O processo poderia acontecer, além disso, sem existência de investigação e sem direito de defesa ao acusado, o que corrobora o argumento de que os direitos civis, neste caso, tocante à liberdade, estavam se tornando insuficientes. Andrade (2010, p. 95) destaca que geralmente esse último processo (sem investigação) era utilizado para os inimigos do Imperador, caracterizando, mais uma vez, a desigualdade civil. Contudo, diferentemente do que iria acontecer na Idade Média, com a inquisição romana, conforme veremos posteriormente, aqui os procedimentos ainda se davam de forma oral e pública. Porém, “num lugar em que a instrução preliminar é levada a efeito pelos juízes e se efetua por escrito e secretamente, de quase nada valerá um debate que permaneça oral e público” (MELCHIOR, 2013, p. 79).

A queda do império romano<sup>84</sup> foi causada por diversos fatores, entre eles destacam-se as invasões bárbaras que “marcou uma nova era de transição” (PRADO,

---

<sup>83</sup> Ressalta-se, também, que o Imperador Augusto fez modificações para simplificar e dar celeridade aos julgamentos. Também criou uma obra legislativa, que possuía cinco editos, conhecida como os “Editos aos Cirineus” – que somente foi descoberta por volta de 1922, no mercado de Cirene, cidade e colônia grega, no continente africano, a oeste do Egito. Em suma, os editos consistiam em disposições que traçavam caminhos para garantir a proteção dos provinciais contra abusos que eventualmente pudessem ser cometidos por romanos (TUCCI, 1983, p. 18).

<sup>84</sup> Edward Gibbon, na obra “*The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*”, originalmente publicada entre os anos de 1776-1788 (seis volumes), que é considerada como a primeira obra moderna, refere à data de 476 d.C., ano da deposição do último imperador de Roma, Rômulo Augusto,

2006, p. 78). As invasões bárbaras, com as migrações dos povos germânicos, que viriam a alterar de forma substancial a organização da região até então denominada Hispânia sob o Império Romano, trouxeram grandes modificações, inclusive para o processo penal. Aqui, o direito processual romano e o direito germânico enlaçaram-se e precisaram de um período de adaptação para tornar possível a convivência.

[...] os povos germânicos não só influenciaram o direito do restante do continente europeu, inclusive e principalmente a área antes dominada pelo Império Romano, chegando a Portugal e Espanha, como sofreram a influência da cultura e do Direito romano, de sorte que, do seu sistema predominantemente acusatório, passaram, lenta mas vigorosamente, à recepção e assimilação do Direito Romano-Canônico e à introdução da Inquisição. (PRADO, 2006, p. 79)

Diante deste breve contexto, em suma, percebe-se que a passagem da Monarquia (predominância inquisitória), para a República (predominância acusatória) e, por fim, ao Império (predominância inquisitória) foram fatores determinantes para direcionar o foco do sistema processual penal que seria adotado. Fatos estes que parecem estar diretamente relacionados com o processo histórico de aquisição de direitos da população. De uma forma generalista, na Monarquia, apenas os patrícios eram detentores de direitos civis e políticos; enquanto que na República esses direitos começaram a ser ampliados para os plebeus, mesmo que de forma singela e incompleta; situação que novamente mostrou-se diferente no Império, no qual reinou um período autoritário, e, por consequência, direitos civis e políticos foram restringidos.

Tal demonstração clássica da antiguidade torna-se importante para o presente estudo, pois na próxima subseção, verificar-se-á, já na idade moderna, como foi o projeto de reforma do processo penal nos séculos XIX e XX. O argumento sustenta-se no fato de que o sistema processual permanece acompanhando (inclusive como parte integrante) o processo histórico de aquisição de direitos dos cidadãos. O estudo deve ser visto, logicamente, com as devidas proporções que a transformação da sociedade ofereceu ao longo dos séculos.

### 2.2.3 O Ressurgimento do Sistema Acusatório na Modernidade: o exemplo da Itália

De uma forma geral, é possível dizer que o sistema acusatório foi aquele que dominou todo o mundo antigo (MAIER, 2004, p. 443). Ocorre que em alguns momentos da história houve “quebra” desse sistema, dando vazão ao modelo

---

como sendo o ano da queda do Império Romano. Fato que é convencionalmente aceito e considerado como o fim da Antiguidade e início da Idade Média.

inquisitorial, justamente, e parece que não coincidentemente, quando apareciam os poderes autoritários e a obstrução de direitos, como no caso de Roma antiga estudado anteriormente. Antes de verificarmos o exemplo do sistema processual da Itália na modernidade (que, como se anunciou, será tratado de maneira breve), faz-se necessário realizar um parêntese histórico e lembrar a idade de ouro do sistema inquisitorial.

### 2.2.3.1 *Um parêntese histórico: a idade de ouro do sistema inquisitorial*

Diz-se que o sistema inquisitivo é um modelo histórico. Isto, pois, desde a antiguidade algumas de suas características já se faziam presentes. Na idade média e moderna, sob a influência também do direito romano-canônico, o direito comum foi se modificando e se espalhando pelas legislações de todo o mundo, de acordo, é claro, com as realidades políticas de cada região. Mas o que marcou a consolidação do sistema inquisitivo foi a assunção do cristianismo à condição de religião oficial, ocorrida no ano de 325 d.C., durante o Império de Constantino.

Contudo, vale dizer, na concepção de Andrade (2007, p. 267), que nesta fase não pode esquecer-se do poder central romano. Em que pese a recepção do sistema inquisitivo pelo poder central romano não ter sido o marco de sua solidificação, importante destacar que tal momento é essencial para compreender e observar sua “estrutura embrionária, representado pela *cognitio* e, principalmente, pela *cognitio extra ordiem*”.

Foram por essas razões principais (assunção do cristianismo à condição de religião oficial e a recepção do sistema inquisitivo pelo poder central romano) que o sistema inquisitivo sobreviu através do direito romano-canônico, mesmo após a queda do Império Romano, até ser reinserido na Idade Média sob outra significação política.

Em diversos locais, como Espanha e Itália, o modelo adotado no direito comum, o inquisitivo, principalmente anteriormente a Revolução Francesa, foi aquele mantido vivo pela Igreja, pelas universidades e pelos glosadores italianos (de 1100 a 1250), proveniente do direito canônico. A busca pela verdade através da força foi retomada, como antigamente praticavam os atenienses e romanos. De acordo com Andrade (2010, p. 269), a consolidação do sistema inquisitivo, em quase toda a Europa, permitiu a existência de diversas formas de sua regulamentação, que se diferenciavam em razão das concepções políticas de cada país, ou do maior ou menor rigor que a Igreja Católica empregava em seu combate à heresia. Diversas foram as Inquisições, tanto na idade média como já na idade moderna.

Para compreender como o sistema inquisitivo, reflexo de um regime autoritário, se espalhou pelos países da Europa, e, posteriormente, a outras regiões, entre elas a América Latina, e, em específico, o Brasil, é importante conhecer a história das principais Inquisições (medieval, espanhola e romana), pois, como referido, elas permitem constatar que algumas de suas influências, de forma ou outra, se fazem presentes, até os dias de hoje, na estrutura processual penal de diversos locais.

Importa que na Europa continental, a crescente expansão da Igreja Católica fez com que a caça aos hereges<sup>85</sup> se transformasse em seu principal objetivo. Para atuar na caça aos hereges, Inocêncio III, no início do século XIII, reuniu a cúpula da Igreja Católica em São João de Latrão e, em 1215, decidiu que para atingir o objetivo proposto o uso da força seria totalmente permitido. Era o marco do nascimento de um novo modelo processual (COUTINHO, 2009, p. 105). Em seguida, diversas medidas foram sendo tomadas em razão da perseguição pelos hereges. Uma delas foi ordenada pelo Papa Lúcio III, o qual determinou que se abandonasse a necessidade dos inquisidores aguardarem pela denúncia dos crimes. É neste momento que surge, principalmente através da Igreja Católica, o conhecido termo *Inquisição*. A denúncia poderia ser feita de forma anônima, como forma de principiar uma investigação e prescindindo-se dela, mais tarde, “o início do processo de ofício, bastando para tanto o rumor público, revelador da ocorrência de uma infração” (PRADO, 2006, p. 82). As instruções eram ditadas pela autoridade suprema do Santo Ofício, porém nem sempre mantinham a mesma forma. Os inquisidores, assim, enfrentavam o problema da inexistência de um procedimento jurídico unificado que regulamentasse os processos da Inquisição.

Diante disso, surgem os famosos Diretórios ou Manuais dos Inquisidores. Nestes livros se poderiam encontrar leis, jurisprudências, formulários de autos e modelos de decisões (GONZALES, 1989, p. 92). Pode-se dizer que são três os principais manuais da Inquisição: Manual do Inquisidor (*Practica officii Inquisitionis heretice pravitatis*) de Bernard Gui, de 1323; Manual dos Inquisidores (*Directorium Inquisitorum*), de Nicolás Eymerich, de 1376 (posteriormente revisto e ampliado por Francisco de la Peña, em 1578); e o Martelo das Feiticeiras (*Malleus Maleficarum*), de Heinrich Kramer e James Sprenger, de 1484. Os manuais foram difundidos no decorrer das Inquisições medieval, espanhola e romana.

---

<sup>85</sup> Na visão da Igreja, o “herege é o a arqui-inimigo da fé. O ser perigosíssimo” (BOFF, 1993, p. 10). Contudo, salienta Boff (1993, p. 12) que o herege, na sua própria visão de mundo, “é aquele que se recusa a repetir o discurso da consciência coletiva”. Ou seja, “ele cria novos discursos a partir de novas visões da realidade religiosa”, preocupando-se com o futuro e não com o passado.

Na Inquisição medieval, que teve início em meados de 1184, os tribunais inquisitoriais se institucionalizaram e adquiriram caráter permanente através de Gregório IX que outorgou competência geral aos delegados para o exercício do poder inquisitorial. A principal função delegada (pelo Papa) era a de inquisidor, o qual recebia o poder jurisdicional eclesiástico. A função do processo, além de punir os hereges, era a conversão da culpa, ou a “salvação da alma” (PRADO, 2006, p. 80).

De acordo com Nicolás Eymerich, Heinrich Kramer e James Sprenger, em seus manuais, o processo canônico da Inquisição medieval, em síntese, estava disciplinado na seguinte maneira: (i) o processo poderia ter início por denúncia ou de ofício; (ii) o procedimento deveria ser simples, expedito e sem juiz e advogados e ao suposto herege não era permitido conhecer o conteúdo das imputações; (iii) a defesa poderia ser realizada na presença das testemunhas, desde que o processo chegasse rapidamente ao seu término; (iv) a publicidade começou a ser substituída pelo segredo; (v) especificamente Heinrich Kramer e James Sprenger já alertavam para a diferenciação entre prisão-pena e prisão-custódia (por isso a busca e apreensão do imputado e a prisão preventiva eram exemplos mais frequente de cautelares encontradas nesse modelo de processo); (vi) o sistema adotado era o da prova legal e, via de regra, uma testemunha já bastava para a configuração de indício necessário à execução de tortura; (vii) a tortura era ordenada em conjunto pelo juiz e pelo vescovo (este último era um outro funcionário do Santo Ofício); (viii) a sentença inquisitorial do período medieval, segundo Nicolás Eymerich, poderia ser de três espécies. Já Heinrich Kramer e James Sprenger, em o Martelo das Feiticeiras, narram quinze tipos diferentes de sentenças; e (ix) em geral, o imputado não tinha direito a qualquer tipo de recurso (ANDRADE, 2010, p. 275-284).

Já a Inquisição espanhola foi criada por uma bula outorgada pelo Papa Sixto IV, em 1478, já na idade moderna, autorizando os monarcas católicos a nomear padres para investigar e punir os heréticos, especialmente os convertidos suspeitos de prática clandestina do judaísmo (BOXER, 1978). O Manual dos Inquisidores de Nicolás Eymerich e Francisco de la Peña também foi a principal base para a estrutura do processo. Contudo, os excessos praticados pelos inquisidores nos primórdios fizeram com que novas normativas fossem adotadas. Entre elas, a promoção do frade Tomás de Torquemada, o qual recebeu como encargo do Papa o dever de atualizar o direito inquisitorial (e evitar a prática de novos excessos) (GONZALES, 1989, p. 94-6).



Em síntese, o processo da inquisição espanhola, no período de Torquemada, de acordo com Andrade (2010, p. 285-292), era disposto da seguinte forma: (i) início do processo (etapa inicial) acontecia por acusação, *notitia criminis* ou de ofício; (ii) havia o oferecimento da acusação pelo “Fiscal” e o imputado era informado sobre a identificação das testemunhas e os conteúdos dos seus depoimentos, através da publicação; (iii) se o imputado negasse a prática da heresia, as testemunhas eram ouvidas; (iv) a prova era plena (confissão) e semiplena (testemunhas, objetos, etc.): se o imputado não confessasse, as demais provas já eram suficientes para levá-lo à tortura que ocorreria após decisão proferida em conjunto pelos inquisidores e o juiz ordinário eclesiástico; (v) o imputado tinha direito a um advogado, caso solicitasse; se o imputado fosse pobre, as custas seriam cobradas pelo Santo Ofício através de bens confiscados de outros hereges; (vi) a prisão preventiva era obrigatória se tivessem elemento que apontasse o imputado como herege; (vii) o término do processo era marcado pelo auto de fé que era lido em praça pública (os absolvidos ficavam de joelhos e os condenados, ou retornavam às prisões, ou já eram executados); e (viii) não há registro de recursos.

Entretanto, posteriormente, com o inquisidor Fernando Valdés surgem novas *Instrucciones* (1561) que eram disciplinadas, em linhas gerais, da seguinte forma: (i) existência da pesquisa como atividade pré-processual; (ii) finalizada a *inquisitio*, os fatos eram qualificados, os autos instruídos com depoimentos, e, para que a prisão provisória fosse decretada, teria que ser na presença de dois inquisidores, com indícios de prática de heresia<sup>86</sup>; (iii) recebida a *notitia criminis*, o imputado era preso e interrogado, sob juramento de dizer a verdade; (iv) encerrado o interrogatório, tinha início a segunda fase: um oferecimento obrigatório de uma acusação pelo “Fiscal”<sup>87</sup>; (v) oferecida a acusação, era nomeado um advogado (funcionário do Santo Ofício) ao acusado, que deveria admoestar o acusado para confessar; após, era marcado o interrogatório, que ocorria sem a presença do advogado; (vi) o imputado ou seu advogado, após, poderiam oferecer resposta oral ou escrita, manifestar-se no processo após ouvidas as testemunhas, entre outros direitos que lhe eram garantidos; (viii) era permitido apelar das decisões dos inquisidores; (ix) o segredo perdeu o caráter de excepcionalidade e passou a ser adotado como regra; (x) a tortura era aplicada se exigida pelo acusador; e (xi) a atuação dos inquisidores seguiam as mesmas diretrizes do processo do período de Torquemada (GONZALES, 1989; ANDRADE; 2006).

---

<sup>86</sup>A prisão poderia ser decretada por um único inquisidor se houvesse risco de fuga do investigado.

<sup>87</sup>A questão polêmica que envolve a inquisição espanhola já foi retratada na introdução deste trabalho.

Já a Inquisição romana, também conhecida como Congregação do Santo Ofício, não diferente das demais (apesar de ser taxada de mais “branda”, em razão de algumas peculiaridades), era uma coligação de cardeais dotada de poderes de exceção com intuito de banir heresias que estariam enraizadas na comunidade cristã. Apresentava-se como uma organização do governo papal, o qual controlava os tribunais da inquisição eclesiástica, e foi instituída em 21 de julho de 1542, pela bula *Licet ab initio*, do papa Paulo III, com semelhanças com as inquisições da França, Portugal e Espanha, os mais importantes Estados-nação católicos na época (BAIARDI, 2011, p. 3). O processo, em linhas gerais, apresentava a seguinte estrutura: (i) o início se dava por meio da acusação, *notitia criminis*, ou de ofício, mas se admitia a figura do acusador público; (ii) o segredo estava presente não somente para proteger o acusador, delator e outras pessoas vinculadas, mas também a própria honra dos imputados; (iii) para o decreto da prisão preventiva se exigia um exame cauteloso das provas; (iv) o *in dubio pro reo* era admitido como consequência do cerceamento de defesa provocado pelo segredo e toda a dúvida deveria ser interpretada a favor do imputado; (v) era permitido defensor, que era um funcionário da Inquisição, porém este deveria abandonar o imputado sempre e quando soubesse da culpabilidade; (vi) se a confissão não fosse plena ou semiplena ou as provas indicassem culpabilidade, a tortura era permitida; (vii) a execução estava condicionada a um parecer médico, e também a defesa escrita do defensor, após deveria ser elaborado um parecer dos Inquisidores confirmando ou não a execução; (viii) para que as sentenças fossem consideradas válidas eram revisadas em Roma; além disso era admitida apelação contra a sentença e o próprio imputado era encaminhado à Roma para que fosse iniciada uma nova investigação; e (ix) o ato final, como nas demais inquisições, acontecia com o auto de fé (ANDRADE, 2010, p. 300-02).

Importa perceber, diante da breve noção sobre a história das inquisições medieval, espanhola e romana que a “estrutura” do processo inquisitivo (quando se fala, por exemplo, na ideia do processo iniciar de ofício, ausência de advogado, tortura, sigilo, produção de prova pelo juiz, etc.) foi construída a partir da falaciosa busca pela “verdade real”. A busca pela verdade é facilmente constatada, também, em passagens do prefácio crítico “Inquisição: um espírito que continua a existir”, escrito por Leonardo Boff, no Manual dos Inquisidores de Nicolás Eymerich e Francisco de la Peña:

Os inimigos da verdade e da reta doutrina (ortodoxia), os hereges verdadeiros ou presumidos devem ser perseguidos lá onde estiverem e exterminados. Deve-se esquadrihar suas mentes, identificar os acenos do coração, desmascarar ideias que possam levar à heresia. Contra o mal absoluto - a

heresia - valem todos os instrumentos e todas as armas. Pois se trata de salvar o bem absoluto - a salvação eterna, apropriada pela adesão irrestrita à verdade absoluta como vem proposta, explicada e difundida pela Igreja. Fora da Igreja não há salvação, porque fora dela não existe revelação divina e por isso verdade absoluta. Podem existir verdades fragmentadas, não *sicut oportet ad salutem consequendam* ("como devem ser para se conseguir a salvação", como repetem os textos dos concílios), mas incapazes de abrir caminhos pelo matagal das confusões humanas e aceder à destinação eterna. Por isso a Igreja é imprescindível. (BOFF, 1993, p. 10)

A influência desta “época inquisitorial” é percebida até os dias de hoje. A missão atribuída ao juiz de revelar a verdade fez com que essa ideia fosse deslizada ao seu imaginário, como se ele pudesse solucionar, de maneira soberana, os problemas do processo penal. Nesse mesma perspectiva também o mesmo lhe foi exigido nos momentos políticos de inspiração autoritária, e ainda o é em alguns Estados contemporâneos, no momento em que há permissão, por exemplo, para se “revelar a verdade” com eficiência através da gestão da prova (COUTINHO, 2001 e 2009; MELCHIOR, 2013, p. 93) – tema que será melhor explorado no terceiro capítulo desta pesquisa.

#### 2.2.3.2 As reformas modernas e o ressurgimento do sistema acusatório

Sob a influência do iluminismo, a partir do século XVIII, a herança processual inquisitória e cruel nos moldes que fora estabelecida na idade média, bem como no início da idade moderna, principalmente com a presença das diversas Inquisições, desapareceu, mesmo que não por completo. Foram os filósofos clássicos desse século, entre eles Montesquieu, Beccaria e Voltaire, que traçaram os caminhos para que se iniciasse uma reforma no procedimento penal e processual penal<sup>88</sup> (MAIER, 2004, p. 335).

As principais fontes inspiradoras para essa reforma foram o Direito romano republicano e o Direito praticado na Inglaterra, com a *Common Law*, que, em termos gerais, não sofreu interferência do direito romano-canônico oriundo da idade média como alguns países da Europa<sup>89</sup>. O novo modelo proposto tinha como objetivo

<sup>88</sup> Na Alemanha, em específico, os principais precursores foram Christian Thomasius e Johann-Anselm Von Feuerbach (MAIER, 2004, p. 339).

<sup>89</sup> Na era moderna o sistema inquisitivo chegou a diversos países da Europa, como, por exemplo, Alemanha, Portugal, França, Espanha, Itália. Contudo, nesse mesmo período, como exceção, a Inglaterra experimentava uma situação diferenciada, com a *Common Law*. É certo que algumas mudanças ocorreram, principalmente, ao longo dos séculos XII a XVI, como a incorporação da *equity*, nascida no século XV, que desprezava a *common Law* e aplicava um processo escrito inspirado no Direito Canônico. Contudo, no tocante ao processo penal em específico, desde o século XII destaca-se a importância do júri. O *Grand Jury* denunciava os crimes mais graves aos juízes do júri de acusação, enquanto o *Petty Jury* tinha a missão de cuidar das provas. Esse último nos séculos XV e XVI foi

assegurar o respeito à ampla defesa, um julgamento por jurados e a publicidade e a oralidade dos debates, ao invés do procedimento secreto realizado por juízes que eram delegados pelo poder imperial.

Com a repercussão dos grandes pensadores da época, começou-se a pensar em colocar em prática tais reformas. Durante a segunda metade do século XVIII diversas manifestações aconteceram para que essas medidas fossem realmente levadas a cabo. Por consequência, os atributos inquisitoriais foram aos poucos sendo modificados, mesmo que não totalmente.

A Revolução Francesa, de 1789, teve grande influência nesse processo de transformação, tanto no que diz respeito a “secularização do direito penal, ousando separar Direito da Religião, quer quanto aos fins da pena, quer ainda, pela sistematização da ideia de separação dos poderes” (PRADO, 2006, p. 90). A abolição da tortura (que já havia sido declarada extinta pelo rei da França, Luis XVI, através de uma declaração) e a recolocação da oralidade e da publicidade no modelo processual penal foram algumas das principais mudanças desse processo transitório.

Logo após a Revolução Francesa, o modelo que tomou conta da França e, posteriormente, de outros países, disciplinava o processo penal em duas fases (investigação e juízo). O sistema inquisitivo passou a ser substituído pelo “sistema misto”<sup>90</sup> francês, também conhecido como sistema inquisitivo reformado (GOSSEL, 1980). O *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808 foi o primeiro ordenamento a adotar o “sistema misto”, após uma profunda reforma, mas não total, do sistema trazido pela *Ordenanza* francesa de 1670<sup>91</sup>.

---

reformado para tornar-se uma instituição de julgamento, “confiando-se a acusação a qualquer habitante do reino, pois que, por ficção, admite-se que toda conduta criminal atinge a figura do rei, o que perdura até os dias de hoje”. A ação, portanto, tornou-se exclusiva da população, conhecida como “ação penal popular”, preservando a equidistância e imparcialidade do júri. É por isso que se aceita que “o processo anglo-saxão tenha conservado um sistema tipicamente acusatório” (PRADO, 2006, p. 88-90)

<sup>90</sup> Como já anunciado na introdução deste trabalho, o “sistema misto” é bastante utilizado quando se fala na cisão das fases de investigação e juízo. Contudo, reitera-se que não se acredita na existência desse sistema bifásico. Ou um sistema é acusatório (por respeito ao núcleo duro, sua essência), podendo conter resquícios inquisitoriais em seus ordenamentos, sobre os quais se devem buscar soluções diversas com o intuito de superação e futura consolidação (nesse caso pensamos que se encaixa a realidade brasileira, conforme visto no debate conceitual na introdução); ou um sistema é inquisitório, o que inviabilizaria qualquer possibilidade de “mistura” em razão da própria essência que se acredita ter o sistema acusatório.

<sup>91</sup> Importa reiterar que o *Code Louis*, de 1670, por mais que trouxesse a presença de um acusador diverso do juiz, não pode ser considerado regido por um sistema acusatório, pois, não era exclusiva e muito menos independente a função deste acusador francês. Como explica Mauro Fonseca Andrade, no Título III, do *Code Louis*, já ficava esclarecido que o processo poderia começar por uma acusação, por uma *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz. Ou seja, o acusador, por mais que existisse, era visto como dispensável (ANDRADE, 2010b), típico de um processo inquisitivo.

Embora as críticas, pode-se dizer que o código francês de 1808 serviu de modelo para a reforma do sistema inquisitivo da Europa continental no século XIX e início do século XX, sobretudo porque atribuiu titularidade da ação penal para o Ministério Público, sendo este o “único responsável pelo ajuizamento da acusação” (ANDRADE, 2008, p. 28). Com isso, posteriormente, em diversos lugares, como Áustria, em 1873, Alemanha, em 1877, Espanha, em 1882, e Itália, em 1913, acentuou-se a tendência acusatória do processo penal, sem prejuízo da manutenção das características inquisitoriais da fase preliminar, como o segredo (MAIER, 2004).

Importa que, além de ter em suas bases a garantia de direitos civis por parte dos cidadãos europeus, esse processo coincidiu com a crescente aquisição de direitos políticos, representados primeiramente no sufrágio universal masculino. A partir de 1870 cada vez mais se tornou evidente a democratização da vida política dos Estados. Por exemplo, a Alemanha, já nesse mesmo decênio alcançou o sufrágio universal; e a Itália o adotou em 1913 (HOBSBAWM, p. 94-121, 1999).

### *2.2.3.3 O exemplo do caso italiano: uma breve análise do sistema processual penal e do processo de aquisição de direitos*

Como visto, de acordo com Maier (2004), o caso italiano está inserido no contexto do (re) surgimento do sistema acusatório na Europa, concomitantemente com o processo de expansão de direitos civis e políticos das sociedades modernas. O Código de Processo Penal italiano de 1913 foi cunhado de liberal democrático, sobretudo porque ampliou os direitos de defesa de forma significativa em direção à política de democratização que acontecia no período<sup>92</sup> (COLAO, LACCHÈ e STORTI, 2008, p. 150). Além disso, Michele Natale explica que o Código de 1913 cercou-se de um modelo majoritariamente acusatório, principalmente porque igualou o debate público e oral em contraditório, ou seja, em condição de igualdade entre defesa e acusação (exercida pelo Ministério Público<sup>93</sup>).

---

<sup>92</sup> No mesmo sentido, Michele Natale entende que o Código de 1913 apresentou diversos dispositivos sobre a defesa, pois entendia ser esta um elemento essencial para a formação de um código moderno e liberal: “*In particolare, il titolo III del libro I fu intitolato « delle parti e dei difensori » e, specificatamente, nel capo III furono posti undici articoli dedicati a questi ultimi, in qualità di patrocinatori dell'imputato. Non si trattò di un semplice restyling, bensì del riconoscimento di un ruolo tecnico indispensabile in un modello procedimentale che ambiva ad essere moderno e liberale, destinato a fare dell'imputato un soggetto maggiormente protagonista all'interno della vicenda giudiziaria che lo riguardava*” (NATALE, 2013, p. 2)

<sup>93</sup> Apesar da exclusividade da ação penal ser do Ministério Público, algumas exceções poderiam delimitar um problema de insuficiência deste modelo acusatório italiano. Uma delas, por exemplo, era a norma que permitia a possibilidade do tribunal admitir fato diverso daquele descrito na denúncia ou pedido formulado pelo Ministério Público (NATALE, 2013, p. 7).

Contudo, após o segundo decênio do século XX a lógica de conexão entre aquisição de direitos e sistema processual penal se reproduziu em sentido oposto. Neste período, em alguns países da Europa, retrocessos autoritários levaram a inflexões nos sistemas processuais penais. A Itália é um exemplo disso<sup>94</sup>. Mais especificamente, em 1930, sob a ditadura fascista de Mussolini, foi editado o Código de Processo Penal italiano, conhecido como Código *Rocco*<sup>95</sup>, sabidamente e reconhecidamente inquisitorial. O regime político autoritário<sup>96</sup> da época não permitiria outra consequência.

Na definição do próprio Mussolini, o fascismo deveria ser visto como a antítese plena, categórica e definitiva de todo o mundo da democracia (OTERO, 2001, p. 89). “Os direitos políticos foram praticamente abolidos com a reforma eleitoral de 17 de maio de 1928” (BOBBIO, 2007, p. 39). Mussolini entendia que a desigualdade natural entre os homens impossibilitaria que se nivelassem através do sufrágio universal. O fascismo, além disso, representou a antítese da concepção do Estado Liberal, expresso em uma modalidade de arbitrariedade do poder (OTERO, 2001, p. 89-90). Cessava-se nessa época, assim, de modo geral, os direitos civis e políticos.

Por um lado, se a ditadura fascista retirou os direitos civis e políticos da população, colocando-se contrário ao regime democrático, por outro, os direitos sociais (neste caso, abarcados pelo corporativismo) tornavam-se condição para a legitimação do regime autoritário. O argumento principal sustentado era de uma ideia de organização e melhoramento das condições do trabalho, tendo em vista o bem-estar do povo italiano. Esse fato pode ser observado em trecho do discurso sobre o Estado Corporativo, de 14 de novembro de 1933, de Benito Mussolini:

Na declaração que fiz ontem à noite, defini a corporação como a entendemos e a desejamos criar, e indiquei quais eram seus objetivos. Disse que a corporação surgiu em vista do desenvolvimento da riqueza, da força política e do bem estar do povo italiano. Estes três elementos dependem um do outro: a força política cria a riqueza e a riqueza por sua vez revigora a ação política. Desejaria chamar a vossa atenção sobre o objetivo, que visamos como fim principal: o bem estar do povo italiano. É necessário que num determinado momento, estas instituições que criamos, sejam experimentadas e reconhecidas pelas massas, como outros tantos instrumentos que concorrem para o melhoramento do seu nível de vida. É necessário que num dado momento, o operário, o trabalhador da terra, possa dizer a se mesmo e aos

<sup>94</sup> Diante da impossibilidade de estudar o contexto de todos os países optou-se por trazer como exemplo aquele que viria a influenciar, no futuro, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941.

<sup>95</sup> Bobbio informa que Alfredo Rocco, professor universitário, proveniente do nacionalismo da direita, teve grande influência quando se tornou ministro da Justiça na Itália, em 1925, apresentando-se como o “artífice maior da legislação fascista”. Rocco apresentou uma política linear na qual “o indivíduo é nada, o Estado é tudo” (BOBBIO, 2007, p. 38).

<sup>96</sup> Importante ressaltar que não há um consenso sobre o regime fascista ter sido totalitário ou autoritário (OTERO, 2001, p. 87).

seus: hoje graças às instituições que a Revolução fascista criou, estamos realmente bem. (MUSSOLINI, 2005, s/p)

Nesse contexto, o sistema processual penal mostrou-se contrário aos direitos civis dos cidadãos e o modelo inquisitório fez-se presente. Giacomolli explica que no modelo do Código *Rocco* os acusados eram presumidamente culpados. O Código era dotado de “um invejável ‘espírito reacionário’, onde o Ministério Público era um ‘medium do Poder Executivo’, ‘equiparado ao juiz’, e a defesa, em nome do segredo, como regra, era considerada supérflua” (GIACOMOLLI, 2008, p. 7).

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, a Itália retomou, com grandes problemas, “com outras tantas desgraças, o caminho interrompido em 1922. O fascismo destruiu o corpo da nação e talvez, a julgar por tantos episódios que nos surpreendem e entristecem, também corrompeu a sua alma” (BOBBIO, 2007, p. 89). Em 1946, a Itália tornou-se uma República e em 1º de janeiro de 1948 entrou em vigor a primeira Constituição republicana. Entre avanços e retrocessos, o país aos poucos foi tentando reconstruir as mazelas herdadas da ditadura de Mussolini: “a democracia, exatamente por ser o regime dos povos civilizados, requer tempo e paciência” (BOBBIO, 2007, p. 89). Em lentos passos, além da manutenção de alguns direitos sociais, foram sendo retomados por uma parcela maior da população os direitos políticos e civis que haviam sido suprimidos no período anterior e que agora passaram a fazer parte do texto constitucional.

No tocante ao processo penal, por exemplo, Giacomolli esclarece que em 1955 “o legislador pós-fascista reassumiu algumas garantias, tais como o prazo máximo da prisão preventiva, defesa instrutória, nulidades absolutas” (GIACOMOLLI, 2008, p. 7), mas ainda não havia se preocupado inteiramente em retirar do texto infraconstitucional os elementos inquisitoriais do período ditatorial. Somente depois de duas décadas os estudos sobre a influência inquisitiva do Código *Rocco* começaram a ser levados a sério na Itália e começou-se a pensar em mudanças que realmente fariam a diferença no sistema processual penal daquela localidade. A intenção era apagá-lo da “memória italiana, pois ele levava consigo a marca de haver sido criado para ser autoritário [...]” (ANDRADE, 2010, p. 110). Portanto,

o ano de 1987 foi muito rico em discussões sobre a possível promulgação, na Itália, de um novo Código de Processo Penal, em face do Anteprojeto estar concluído e o governo ter recebido poderes para emaná-lo a partir de uma *legge delega* de 16.02.87. Pelas mãos de Giuliano Vassali, então Ministro di Grazia e Giustizia e habilíssimo articulador político, o CPP italiano ora em vigor acabou promulgado em 24.10.88, após 25 anos de debates. A Itália,

dizia-se, enfim chegara à democracia processual. (COUTINHO, 2009b, p. 183)

O novo Código Processual Penal italiano passou a vigorar em 24 de outubro de 1989 e, de acordo com o jurista italiano Franco Cordero “[...] o importante é que foi uma reforma genuína na direção certa, e, a este respeito, o evento parece amplamente positivo”<sup>97</sup> (CORDERO, 2000, p.89. Tradução nossa.). A democracia processual da Itália, dessa forma, marcou novamente a recepção de um sistema processual penal acusatório – isto, sobretudo, pode ser visto a partir da análise do núcleo duro. Reitera-se que a separação das funções de acusar, defender e julgar é a principal característica desse sistema.

A separação do juiz da acusação [...] indica como primeira garantia orgânica [...] a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas partes em causa e um terceiro super partes: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma, como se viu, a primeira característica do processo acusatório. E é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos – a tutela dos delitos, representada pela acusação e a tutela das punições arbitrárias, representada pela defesa -, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato, mas sempre conflitantes em concreto, que, como já dito, justificam o direito penal. (FERRAJOLI, 2002, p.465)

Nesse sentido, uma das medidas adotadas pelo novo Código de Processo Penal italiano de 1988 foi eliminar o Juizado de Instrução que vigia anteriormente no Código de 1930. Em linhas gerais, o Ministério Público assumiu a função obrigatória de promover a ação penal e se tornou o responsável pela investigação criminal (anterior ao processo e ainda revestido de características inquisitoriais), juntamente com a polícia<sup>98</sup>. Uma audiência preliminar inicia o procedimento ordinário<sup>99</sup> e, admitindo-se a acusação pública, o processo tem início. A oralidade, a publicidade, e a imediatidade na produção das provas são essenciais nessa fase. Em suma,

<sup>97</sup> “*Ma l'importante era un'autentica riforma, nel senso giusto, e, sotto quest'aspetto, l'evento appare largamente positivo*” (CORDERO, 2000, p.89).

<sup>98</sup> Refere Denise Abade que o “Ministério Público na Itália possui monopólio da ação penal e é condutor da fase pré-processual [...]. A partir da instauração do processo propriamente dito, o Ministério Público passa a ser parte contraditória, antagonista em relação ao réu” (ABADE, 2005, p. 41).

<sup>99</sup> “Além do procedimento ordinário, o Código de Processo Penal Italiano de 1988 prevê alguns procedimentos especiais, que se realizam mediante mecanismos simplificados e comportam, em alguns casos, uma definição antecipada na audiência preliminar (“*giudizio abbreviato*” e “*applicazione della pena su richiesta delle parti*”), sendo que em outros se observa uma passagem da fase de investigações para a fase processual, sem se passar pela audiência preliminar (“*giudizio direttissimo*” e “*giudizio immediato*”). Há ainda um procedimento do tipo monitorio (“*procedimento per decreto penale*”), em que há uma condenação “*inaudita altera parte*” (FOLGADO, 2000, s/p). Para detalhes sobre os procedimentos especiais, ver. Folgado (2000).



não há mais o juizado de instrução, no qual se produziam provas, inquisitoriamente, para serem levadas à fase do “giudizio”. As investigações preliminares tem por objetivo a descoberta dos fatos e dos meios de prova que permitirão ao Ministério Público ingressar em juízo com a ação penal. (FOLGADO, 2000, s/p)

[...] a inspiração acusatória retirou das investigações preliminares (*indagini preliminari*) a condição de, por si só, autorizarem a formação de um juízo condenatório, imperando, portanto, o contraditório, como mecanismo de validação da relação processual, cujas fases consistem, via de regra, na audiência preliminar e no julgamento. Ao lado do denominado “processo tipo” vigoram pelo menos cinco modalidades de procedimentos alternativos, que objetivam evitar o estrangulamento do sistema e possibilitar a adoção célere de decisões que, normalmente por acordo, prescindam do contraditório em audiência de instrução. (PRADO, 2006, p. 96)

Além disso, cabe observar nesse momento, o que o jurista italiano, Franco Coppi, pensava à época da promulgação do novo código italiano, nas palavras de Coutinho:

o grande desafio para um novo código como aquele — onde se mudou o sistema processual penal de inquisitório para acusatório — era fazer com que as pessoas, principalmente os aplicadores da lei, conseguissem entender a mudança e, com ela, mudassem também seu modo de dar sentido às regras ali dispostas em sistema. Isso parecia óbvio, *ma non troppo*. Afinal, desde 1215 — pelo menos — pensavam-se as regras processuais penais a partir de alguns postulados e, sendo assim, havia uma verdadeira “cultura” a impregnar as mentalidades. Daí o pertinente alerta, com serventia universal. (COUTINHO 2009b, p. 183-185)

Contudo, importa referir que com o decorrer do tempo, a legislação italiana foi sofrendo modificações esparsas, inclusive algumas delas polêmicas, sobretudo no que diz respeito a produção de prova em julgamento e também com relação a permissão ao juiz para refazer perguntas das partes (acusado e acusador), não reservando à ele um papel de completa passividade (PRADO, 2006, p. 97). É possível entender, na linha argumentativa desse trabalho, que este fato poderia ser visto como um resquício inquisitorial presente no ordenamento italiano.

De todo modo, a estrutura processual da Itália no século XIX e início do século XX, mesmo a partir de um breve relato, pode ser considerada um exemplo da modernidade sobre como o sistema processual penal reage diante da transformação do processo de garantia de direitos às populações. Percebeu-se, pois, que em 1913, a tendência acusatória (re) surgiu quando os direitos civis e políticos estavam sendo expandidos e garantidos. Posteriormente, sob a égide da ascensão de Mussolini, em 1922, e do regime autoritário fascista, houve a supressão de direitos civis e políticos e a consequente predominância do sistema inquisitorial (consolidado no Código *Rocco*, em 1930). Neste caso, os direitos sociais foram destacados (com o corporativismo) como

elemento de legitimação do regime autoritário. Posteriormente, o processo de uma nova adoção do sistema acusatório, em 1988, coincidiu (e coincide) com a ampliação da garantia de direitos civis e políticos pela população. Além disso, a partir do pós-guerra, uma nova realidade começou a ser identificada, também com a ênfase importante dos direitos sociais.

Esta vinculação entre direitos civis, políticos e sociais evidenciada na Itália, parece relacionar-se tacitamente com a síntese que funda o Estado Democrático de Direito, como visto na seção anterior. Tal síntese pode ser extrapolada, de maneira análoga, para uma compreensão ampliada do próprio sistema acusatório.

#### 2.2.4 O sistema acusatório como reflexo do Estado Democrático de Direito

A seção anterior buscou demonstrar, de maneira provisória, que a aquisição de direitos civis e políticos coincidiu com o surgimento do sistema acusatório em alguns países ocidentais, como a Itália. Não é a toa que a supressão desses direitos levou igualmente à supressão do sistema acusatório. Por outro lado, direitos civis e políticos não parecem mais ser suficientes como pilares para a sustentabilidade do sistema acusatório. Isso, devido à evolução do processo de aquisição de direitos nas sociedades ocidentais (sintetizado no conceito de Estado Democrático de Direito, no segundo pós-guerra) e a própria necessidade de ampliação do sistema acusatório para que se abarquem também os direitos sociais. Com as mudanças sociais em curso, do mesmo modo que se torna cada vez mais importante um conceito ampliado de Estado e de democracia para abarcar as necessidades amplas das sociedades, torna-se necessário rever e pensar o que se espera do sistema acusatório no processo penal.

Além disso, no caso de países em desenvolvimento, esta lógica de expansão do conceito de sistema acusatório para a inclusão cada vez maior de garantias vinculadas aos direitos sociais é fator determinante. Neste caso, além das implicações negativas decorrentes da inexistência de Estados de Direito e do processo ainda incipiente de consolidação democrática, as dificuldades relacionadas ao desenvolvimento econômico-social dificultam de forma particular a consolidação do sistema acusatório.

Como será apresentado nos próximos capítulos, no caso brasileiro, por exemplo, além de esforços específicos para a consolidação de um sistema acusatório relacionado ao conceito tradicional, buscando garantir os direitos individuais, importaria ampliar as garantias desse sistema para áreas vinculadas aos próprios direitos sociais e políticos. Por isso, por um lado, importaria para o Brasil esforços práticos de superação dos

resquícios inquisitoriais na própria estrutura legislativa do processo penal. Isso ocorreria como parte de um processo de ampliação de direitos civis (Estado de Direito) em um ambiente próprio da consolidação democrática. Por outro lado, essa tarefa seria caracteristicamente omissa frente à realidade subdesenvolvida de nossa economia e sociedade, caso não vislumbrasse conquistas complementares mais amplas, tais como ferramentas vinculadas à garantia de direitos políticos e sociais – pilares igualmente básicos para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

## **Conclusão do Capítulo 2**

Este capítulo discutiu, breve e resumidamente, a interação das esferas jurídica, política e social no mundo ocidental moderno. Procurou estudar, mais especificamente, a transformação do constitucionalismo, a evolução dos modelos de Estados, e o processo de aquisição de direitos das sociedades ocidentais. Além disso, avaliou a conexão entre sistemas processuais penais, em sua trajetória histórica, e os elementos supramencionados, principalmente com os direitos garantidos a sociedades antigas (Roma) e modernas (Europa e, mormente, Itália).

Observou-se que há uma conexão mútua entre o fenômeno identificado como constitucionalismo, a evolução do perfil político dos Estados no mundo ocidental e o processo histórico de aquisição de direitos nestas sociedades. Ademais, as características dos sistemas processuais penais ao longo da história estão relacionadas com essa mútua interação. Tanto na era antiga quanto na moderna pareceu ficar claro que o surgimento do sistema acusatório (em oposição ao inquisitorial) coincidiu com o processo de aquisição de direitos civis e políticos por parte da maioria da população.

Entretanto, a discussão aqui proposta levou ao questionamento sobre a necessidade de se pensar em um conceito amplo de sistema acusatório, que incluía também os direitos sociais, sobretudo diante do século XXI e no esforço de construção de um Estado Democrático de Direito (aqui interpretado como um conceito sintético de direitos civis, políticos e sociais). O Estado Democrático de Direito passar a ser uma garantia de existência do sistema acusatório. Essa relação parece ser importante, principalmente nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Dessa forma, o estudo específico do caso brasileiro mostra-se necessário, especialmente para verificar (através da análise do processo de aquisição histórico de direitos e a correlação deste com o sistema processual penal) detalhes pertinentes que poderão contribuir para a

consolidação do sistema acusatório e para uma possível superação do inquisitorialismo no país.

### **3 O SISTEMA ACUSATÓRIO COMO REFLEXO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O CASO ESPECÍFICO DO BRASIL**

---

#### **Introdução ao Capítulo 3**

É possível estabelecer um vínculo paralelo entre a aquisição histórica de direitos civis, políticos e sociais pela população brasileira e o surgimento do sistema acusatório no Brasil. O estudo do caso brasileiro mostra que parece existir uma lógica particular no seu processo de aquisição de direitos e na própria configuração de seu sistema processual penal em relação àquela apresentada pelo Ocidente. As particularidades na aquisição de direitos no Brasil são relevantes e conduzem-nos à observação de uma vinculação possível entre o Estado Democrático de Direito (síntese de direitos civis, políticos e sociais) e o sistema processual penal acusatório.

Este capítulo apresenta a discussão sobre o processo histórico particular de aquisição de direitos no Brasil, sobretudo à luz da perspectiva sociológica, e investiga a relação desse processo com o desenvolvimento do sistema processual penal no país. A primeira seção aborda a perspectiva sociológica e constitucional da aquisição histórica de direitos no caso brasileiro. Verificar-se-á que, diferentemente da lógica ocidental, o surgimento dos direitos sociais no Brasil aconteceu anteriormente aos direitos políticos e civis. O estudo das Constituições brasileiras e o paralelo sobre as principais características da realidade prática de direitos, em cada época, corrobora essa afirmação. Já a segunda seção analisa de que forma o sistema processual penal acompanhou a trajetória histórica de direitos no país. O argumento sustentado é de que o sistema acusatório surgiu apenas recentemente, juntamente com a aquisição inédita e integrada de direitos civis, políticos e sociais (tríade síntese do Estado Democrático de Direito). Este fato amplia a necessidade de se debater e estudar o sistema acusatório de forma vinculada a esses pilares de direitos (civis, políticos e sociais). Tal tarefa norteia-se pelo intuito de pensar, de modo conjunto, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a superação dos resquícios do inquisitorialismo no Brasil.

### 3.1 O PROCESSO HISTÓRICO DE AQUISIÇÃO DE DIREITOS NO BRASIL: A PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA E A ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS (1824-1988)<sup>100</sup>

A abordagem sobre o processo histórico de aquisição de direitos no Brasil é bastante conhecida nas Ciências Sociais, principalmente através dos estudos de José Murilo de Carvalho, Elisa Reis e, englobando a América Latina como um todo, através dos debates propostos por Guillermo O'Donnell.<sup>101</sup> A contribuição das Ciências Sociais no debate sobre a aquisição histórica de direitos no Brasil mostra que, de forma geral, os direitos sociais surgiram antes dos direitos políticos e civis. Este processo teria sido o inverso do ocorrido no caso ocidental, como visto no capítulo anterior.

Ao apresentar o processo de aquisição histórico de direitos no Brasil, Carvalho (2008, p. 219) salienta que com o Estado Novo, primeiramente, foram garantidos direitos sociais acompanhados da supressão de direitos políticos e civis, até então escassamente instituídos. Posteriormente, chegaram os direitos políticos (especialmente com a expansão do direito de voto), paradoxalmente, em um período ditatorial em que a representação era apenas uma fachada. E, por último, vieram os direitos civis, que, contudo, ainda hoje são inacessíveis à maior parte da população.

Assim, haveria duas diferenças importantes no Brasil em relação ao Ocidente: (i) maior ênfase aos direitos sociais e (ii) inversão da sequência lógica e cronológica de Marshall na aquisição de direitos, com a esfera social antecedendo a esfera política e civil (CARVALHO, 2008, p. 11-12). Não somente no Brasil, mas em grande parte da América Latina, os direitos políticos teriam sido obtidos antes de completar-se uma generalização dos direitos civis. E, mesmo que de forma limitada, os direitos sociais foram outorgados antes ou depois dos direitos políticos, dependendo da trajetória de cada país (O'DONNELL, 2013, p. 70).

Importa nesta seção relacionar esta tese de como direitos surgiram e se expandiram no país com a contribuição do constitucionalismo e a análise das Constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967-69 e 1988). Valendo-se

---

<sup>100</sup> Informa-se ao leitor que, ao longo deste trabalho (sobretudo neste capítulo), a transcrição de textos antigos e legislações seguirá a sua redação original.

<sup>101</sup> Ressalta-se que tais abordagens caracterizam-se pelo aspecto generalista, uma vez que buscam identificar processos macro-históricos. Nessa tentativa, cortes e omissões históricas são necessários, assim como o apelo a generalizações. Importa que os estudos generalistas ajudem na compressão de algumas características particulares importantes da história, como o caso da trajetória dos direitos no país. Como visto na introdução deste trabalho, isso é mais ou menos o que Elisa Reis (1998, p. 27-8) enfatiza sobre os conceitos, os quais “têm origem em experiências históricas concretas, e nos ajudam a transcender a singularidade de tais experiências na busca por generalizações que por sua vez nos ajudem a compreender as particularidades” (REIS, 1998, p. 27-8).

também do paralelo da realidade vivenciada em cada época, o estudo das Constituições permite compreender como empiricamente foi o processo de positivação e aquisição dos direitos nos diversos momentos da história brasileira.

### 3.1.1 Os direitos no Império e o surgimento do Constitucionalismo brasileiro

A época imperial brasileira é marcada por elementos de continuidade em relação ao período colonial, ao chamado panorama da colonização (CARVALHO, 2008, p. 25). A independência, em 1822, não trouxe consigo uma mudança significativa em estruturas jurídicas e sociais dos anos anteriores. A existência de direitos civis e políticos estava condicionada à presença da Igreja, da escravidão e da esfera econômica. Os direitos sociais praticamente inexistiam. A cidadania, como bem traduziu Carvalho (2008, p. 64), era uma “cidadania em negativo”. Essa característica está diretamente relacionada ao processo de aquisição de direitos no período imperial.

O processo de aquisição de direitos no Império pode ser relacionado com o surgimento do constitucionalismo brasileiro. No Brasil, o constitucionalismo parece ter seguido mais ou menos as mesmas bases axiológica e filosófica europeias, principalmente em seus discursos. Ou seja, como meio para a emancipação do ser humano, naturalmente livre e detentor de dignidade inata, pregava-se a necessidade da norma escrita. A separação dos poderes, as liberdades individuais e a estruturação do Estado nacional eram algumas das balizes liberais que poderiam ser encontradas no projeto do constitucionalismo. Juraci Lopes Mourão e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima afirmam que esse processo “confundia-se mesmo com o movimento de independência do Brasil” (LIMA e MOURAO, 2010, p. 6273).

[...] a emancipação do Brasil não resultou em maiores alterações da ordem social e econômica, ou da forma de governo. Exemplo único na história da América Latina, o Brasil ficou sendo uma monarquia entre repúblicas. Uma das principais razões dessa continuidade se encontra na vinda da família real para o Brasil e na forma como se deu o processo de independência. A abertura dos portos por parte de Dom João VI estabeleceu, como vimos, uma ponte entre a Coroa portuguesa e os setores dominantes da Colônia, especialmente os que se concentravam no Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais. Os benefícios trazidos para a região fluminense, com a presença do rei no Brasil, vinham incentivar a expansão econômica daquela área, ligada aos negócios do açúcar, do café e do tráfico de escravos. [...] A elite política promotora da Independência não tinha interesse em favorecer rupturas que pudessem pôr em risco a estabilidade da antiga Colônia. [...] Nos primeiros anos após a Independência, a monarquia se transformou em um símbolo de autoridade, mesmo quando Dom Pedro I era contestado. (FAUSTO, 2009, p.146)

Após a Independência, nos dois primeiros anos, os esforços do debate político foram para a aprovação de uma Constituição escrita. Em maio de 1823 a Constituinte eleita reuniu-se no Rio de Janeiro. Uma postura liberal moderada foi adotada pela maioria dos constituintes, os quais defendiam uma “monarquia constitucional que garantisse os direitos individuais e estabelecesse limites ao poder do monarca” (FAUSTO, 2009, p. 148). Entretanto, não demorou muito para surgirem desavenças entre a Assembleia e Dom Pedro que não aceitava as ideias, sobretudo de seu ministro do Reino e dos negócios estrangeiros, José Bonifácio de Andrada e Silva, principalmente sobre as atribuições que seriam do Poder Executivo e do Legislativo. A ideia principal, em síntese, era que o imperador não tivesse poder absoluto. Em julho de 1823, José Bonifácio foi afastado do ministério e Dom Pedro, com o apoio dos militares, dissolveu a Assembleia Constituinte (FAUSTO, 2009, p. 148-49).

Logo em seguida, em 25 de março de 1824 foi outorgada a primeira Constituição brasileira. Explicam Mourão e Lima que o texto constitucional de 1824 trouxe vários elementos liberais mesclados com as antigas instituições. O “povo” foi simplesmente entregue à doutrina da Igreja (MOURAO e LIMA, 2010, p. 6275). Como afirma Boris Fausto (2009, p. 149), “entendia-se por ‘povo’ a minoria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política”. Os escravos, por exemplo, estavam totalmente excluídos dos dispositivos do texto constitucional. A Constituição do Império também instituiu o Poder Moderador<sup>102</sup> (amparada pelas ideias do francês Henri-Benjamin Constant de Rebeque). Benjamin Constant defendia a separação do Poder Executivo e do Poder Imperial (Real). No Brasil, contudo, o Poder Moderador não foi totalmente separado do Executivo (o imperador também era o chefe desse poder<sup>103</sup>).

---

<sup>102</sup> De acordo com os artigos 98 e 99, da Constituição de 1824, respectivamente: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (sic); e “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (sic) (BRASIL, 1824).

<sup>103</sup> O artigo 102 da Constituição de 1824, no Capítulo II, apresenta o Poder Executivo e suas principais atribuições. O imperador é colocado como chefe do Poder Executivo: “O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado”. As suas principais atribuições são esboçadas em quinze incisos, entre elas estão: convocar nova Assembleia Geral Ordinária; nomear bispos; nomear magistrados; declarar guerra e fazer a paz; expedir decretos, instruções e regulamentos para uma boa adequação à lei; entre outros (BRASIL, 1824).



De cunho notadamente liberal, a Constituição do Império apresentou algumas garantias de direitos individuais (civis) apenas à minoria branca da população<sup>104</sup>. Fausto lembra que “aos direitos se sobrepunha a realidade de um país onde mesmo a massa da população livre dependia dos grandes proprietários rurais, onde só um pequeno grupo tinha instrução e onde existia uma tradição autoritária” (FAUSTO, 2009, p. 149).

Além disso, a sua aplicação era muito relativa e na prática se mostrava desrespeitada. Ao final da Constituição, o imperador incluiu algumas garantias políticas e civis no artigo 179. Esse artigo dispunha que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos tinham por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (BRASIL, 1824). A Carta preconizava que “todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura”. A prática, contudo, era outra: continuava-se “perseguido, ameaçando e prendendo jornalistas que criticavam seus atos” (VILLA, 2011, p. 11).<sup>105</sup>

Venceslau Alves de Souza, analisando a obra “Cidadania no Brasil: o longo caminho” de José Murilo de Carvalho, destaca que desde a Independência até meados dos anos 1930, não houve maiores avanços na cidadania brasileira. Refere que, em termos de direitos civis, “a única alteração importante que houve quanto ao avanço da cidadania foi exatamente a abolição da escravidão, em 1888” (SOUZA, 2006, p. 212). Além disso, importa referir que “a libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis, mas negada na prática” (CARVALHO, 2008, p. 53).

No tocante aos direitos políticos, o voto era censitário; mulheres, pessoas de baixa renda, não católicos não possuíam tais direitos. Não proprietários também estavam excluídos da votação e da candidatura, ou seja, “o senhor de terras garante o voto e apoia a quem não lhe perturba os negócios” (IGLESIAS, 1993, p. 139). O caso dos escravos era emblemático. “O texto [Constituição de 1824] não fala em escravos.

---

<sup>104</sup> Para Marco Antônio Villa, “a Constituição começava com uma afirmação falsa, logo no primeiro artigo: ‘O Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros’. Todos, para o imperador, era uma ínfima minoria: os livres e que tivessem renda mínima, que, naquela época, não era desprezível. O conceito de ‘cidadão’, em vez de ser geral, como representante do povo com direitos democráticos, serviu para restringir. Esse desvirtuamento permaneceu ao longo do tempo, tanto que acabou virando vocábulo policial. É comum ouvir um policial falando que o ‘cidadão se evadiu’; aqui o conceito democrático, numa cruel inversão, virou sinônimo de meliante” (VILLA, 2011, p. 10).

<sup>105</sup> Recorda Villa, ainda, que “em junho de 1823, o jornalista Luís Augusto May, redator de *A Malagueta*, acreditando no “liberalismo” do imperador, fez duros ataques ao seu governo. Em vez do respeito à liberdade de imprensa, foi alvo de um bárbaro espancamento na própria casa por um grupo de quatro mascarados (algumas fontes informam que o próprio Pedro I teria participado do ato). Ironicamente, o mesmo artigo constitucional dispõe que ‘todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável’” (VILLA, 2011, p. 11).

Ora é estranho dizer que é liberal e excluir um terço da população: é a consciência possível no princípio do Oitocentos” (Ibidem).

Mesmo com a existência deste direito de voto a uma pequena minoria, não é possível afirmar que existiam de fato direitos políticos. Isso, pois, apesar da estatística eleitoral do Império ser muito precária, tem-se notícia de que apenas 1% da população era efetivamente eleitor à época (PAIVA, 1985).<sup>106</sup> Além disso,

[...] o voto tinha um sentido completamente diverso daquele imaginado pelos legisladores. Não se tratava do exercício do autogoverno, do direito de participar da vida política do país. Tratava-se de uma ação estritamente relacionada com as lutas locais. O votante não agia como parte de uma sociedade política, de um partido político, mas como dependente de um chefe local, ao qual obedecia com maior ou menor fidelidade. O voto era um ato de obediência forçado ou, na melhor das hipóteses, um ato de lealdade e de gratidão. [...] A crescente independência do votante exigia também do chefe político precauções adicionais para não ser enganado. Por meio dos cabalistas, mantinha seus votantes reunidos [...] onde lhes dava farta comida e bebida, até a hora de votar. Os votantes aprendiam também a negociar o voto com mais de um chefe. [...] O voto [negociado] não era mais expressão de obediência e lealdade, era mercadoria a ser vendida pelo melhor preço. (CARVALHO, 2008, p. 35-6)

Quanto aos direitos sociais, a Constituição do Império foi praticamente omissa. Silva (2011) recorda que há alguns autores, como Bonavides e Andrade (1991), que acreditam que tal Constituição apresentou alguns direitos sociais (apesar de não nomeá-los como tais), como, por exemplo, as normas dos socorros públicos e a de instrução primária gratuita a todos os cidadãos, dispostos no artigo 179, incisos XXXI e XXXII, respectivamente. Entretanto, a Constituição não fez menção a direitos sociais básicos como saúde, previdência, trabalho, educação secundária e superior, entre outros. Além disso, deve-se considerar que esse período foi marcado pela grande desigualdade social. Claro, um terço da população era escrava. Logo, por mais que em seus artigos a

---

<sup>106</sup> É importante ressaltar que no sistema eleitoral do Império (até a sua reforma em 1881, que será tratada adiante) o pleito era indireto. Conforme explica Suzana Cavani “o eleitorado era dividido em dois grupos distintos: votantes e eleitores. Nas eleições primárias, ou de primeiro grau, cabia à maioria, os votantes, escolher nas urnas a minoria, os eleitores. Nas eleições seguintes, as secundárias ou de segundo grau, delegava-se aos eleitores, e somente a eles, a responsabilidade de eleger deputados e senadores. A renda é que definia o lugar de cada cidadão nas eleições. Os que tinham renda líquida a partir de 100 mil-réis anuais compunham o corpo dos votantes. Os que tinham ganhos de 200 mil-réis ou mais, o dos eleitores. Embora a escravidão deixasse sem cidadania uma fração significativa da população – pois os escravos não tinham direito a voto –, para os padrões da época muita gente votava no Brasil antes de 1881, inclusive os analfabetos. Além disso, durante muito tempo não se exigia nenhum documento que comprovasse o rendimento do eleitor. O simples testemunho de uma pessoa idônea resolvia a questão. Estima-se que na década de 1870 o eleitorado era composto de 10% da população do país. Muita gente de condição humilde votava nas eleições primárias. Só nas secundárias é que o eleitorado minguava drasticamente. O exemplo de uma freguesia urbana do Recife, em 1856, ilustra bem tal disparidade. Em Santo Antônio, para os seus 2.003 votantes, havia apenas 38 eleitores” (CAVANI, 2007).

Constituição expressasse alguns aspectos sociais, o alcance era mínimo, pois poucos eram considerados cidadãos<sup>107</sup>.

Em 07 de abril de 1831, Dom Pedro foi forçado a abdicar do trono. Dom Pedro II, com apenas cinco anos de idade, tornou-se rei. Iniciou-se, dessa forma, o período de Regência – até que Dom Pedro II atingisse a maioria antecipada, em 1840. Houve tentativas de flexibilização ao sistema político e as liberdades individuais, o que resultou em violentos embates entre as elites nacionais e regionais e no predomínio de interesses de grupos locais. Nesse período a instabilidade política era evidente e diversas revoltas aconteceram em todo o país, entre elas a Guerra dos Farrapos (secessão da província rio-grandense), em 1835. Em julho de 1840, os liberais apressaram a ascensão de Dom Pedro II e promoveram no Congresso a antecipação de sua maioria. Assim, Dom Pedro II, com quatorze anos de idade, assumiu o trono (FAUSTO, 2009, p. 154-175) – o que acabou por contribuir para a garantia da integridade territorial do Império.

A partir de 1870 o reinado de Dom Pedro II presenciou o surgimento de maiores instabilidades. Diversos atritos surgiram entre o governo imperial, o Exército e a Igreja. O Estado e suas bases sociais de apoio também tiveram desgastes com o problema da escravidão. Nessa mesma década, o movimento republicano surgiu com força total. A Monarquia não fechou os olhos para pressões políticas e novos movimentos sociais que surgiam. Como consequência, algumas reformas foram levadas a cabo.

As principais transformações em termos de direitos civis, sem dúvidas, foram àquelas referentes à escravidão. Carvalho (2008, p. 65) pondera que houve alguns movimentos políticos que indicavam o início de uma cidadania ativa. Exemplo disto é o movimento abolicionista, que ganhou força a partir de 1887. Apesar de predominantemente urbano, era um movimento nacional que envolveu pessoas de diversas camadas sociais e tratava de um direito civil relevante: a liberdade. Antes mesmo da consolidação do movimento, um primeiro passo importante no tocante a esses direitos pôde ser visto na extinção do tráfico negreiro, em 1850, o qual, diga-se de

---

<sup>107</sup> Além disso, oportuna é a colocação de Maria Machado e Luiz de Oliveira, quando afirmam que “a atuação oficial no processo de constituição da escola brasileira situa-se desde os tempos imperiais explicitada na fundamentação político-social elaborada pelas elites nacionais em cada momento específico. A matriz política no Império engendrou um liberalismo que assumiu em terras brasileiras conotações e colorações conservadoras em comparação com sua expressão original europeia. Foi moldado para manter o controle do processo político e social tal qual se apresentava. Nesse sentido, a proposição educacional adquiriu discursos e estruturas mentais relativas a tais conotações, na medida em que sua função primordial era a manutenção da ordem e a instauração da obediência ao *status quo* social e às autoridades por parte da população branca e livre” (MACHADO; OLIVEIRA, 2010, s/p).

passagem, já era considerado ilegal desde 1831 (REIS, 1998, p. 163). Posteriormente, vinte anos depois, a Lei do Ventre-Livre, de 1871, tornou livres os filhos de escravos que nascessem após a sua promulgação. E, finalmente, em, 13 de maio de 1888, através da Lei Áurea, a liberdade, ao menos formal, foi alcançada pelos escravos no país, com a abolição da escravatura.

Sobre os direitos políticos, a Lei Saraiva, de janeiro de 1881, estabeleceu o voto direto para as eleições legislativas (não havia mais distinção entre votantes e eleitores), mas o voto não foi ampliado a todos – somente a não católicos, brasileiros naturalizados e libertos. Além disso, o censo econômico permaneceu, e, em 1882, ainda estabeleceu-se o censo literário – apenas os que sabiam ler e escrever estavam aptos a votar (FAUSTO, 2009, p. 233). Na prática, o voto direto não expandia direitos. Pela exigência de alfabetização e prova documental de renda, os mantinham restritos à parcela minoritária da população.<sup>108</sup>

Dessa forma, o período imperial foi marcado pela quase inexistência de direitos na realidade prática daqueles que habitavam o país. Não há controvérsias quanto ao fato de que a abolição da escravidão foi um avanço civil, entretanto apenas a liberdade dos escravos não lhes tornavam sujeitos de direitos. À época, apenas poucos se beneficiavam de escassos direitos civis, políticos e sociais. Tal realidade pareceu não ser significativamente modificada na República Velha.

### 3.1.2 Os direitos na República Velha e a Constituição de 1891

A queda da Monarquia, após 15 de novembro de 1889, deu início ao período republicano<sup>109</sup>, marcado por incertezas e, inclusive, retrocessos. O golpe de sua derrubada não foi surpresa, pois como afirma Iglesias (1993, p. 197) “já há algum tempo se trabalhava pelo novo regime”. Entretanto, as dúvidas pairavam, sobretudo, na incerteza da forma pela qual a República seria organizada. Marechal Deodoro da Fonseca foi quem chefiou o primeiro Governo Provisório e, após a promulgação da

---

<sup>108</sup> A primeira contagem nacional dos eleitores no Brasil foi feita em 1870. Quando se compara o número de votantes do começo da década (1873) com o de votantes após a promulgação da Lei Saraiva (1881), percebe-se que houve uma redução do eleitorado: de 1,1 milhão para 142 mil eleitores. As causas foram provavelmente a introdução de critérios rigorosos, tais como comprovação de renda, alfabetismo e o fim do alistamento automático (NICOLAU, 2002, p. 24).

<sup>109</sup> Destaca Lopez (1993, p. 100) que “O I Império caíra por causa do desgaste pessoal de D. Pedro I, já o II ruiu em virtude dos desgastes intrínsecos do próprio sistema. Com os eventos de 1889, a oligarquia imperial foi substituída pela republicana. Uma vez mais não se tratou de uma revolução e o povo foi apenas um espectador. Em todo o caso, a instituição da República marcava o início da história do Brasil contemporâneo”.

primeira Constituição republicana, em 24 de fevereiro de 1891, ele foi eleito presidente da República. Em termos legais, este novo texto constitucional estabeleceu a divisão dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), havendo a ruptura entre Estado e Igreja<sup>110</sup>. No tocante à garantia de direitos políticos, civis e sociais alguns pontos principais podem ser destacados, como segue.

Em termos políticos, a Constituição trouxe o voto direto e universal (o voto censitário que existia até então foi abolido), apesar de ainda excluir mendigos, analfabetos<sup>111</sup>, mulheres<sup>112</sup>. Tânia De Luca (2003, p. 469-70) enfatiza que por mais que se tenha estendido o direito de votar e ser votado a todo cidadão brasileiro maior de 21 anos do sexo masculino (ressaltadas as devidas exceções), havia uma grande distância entre a letra da lei e a realidade. Já nas primeiras décadas republicanas, o voto não foi exercido pela maioria daqueles que constitucionalmente estavam aptos a fazê-lo. Pode-se afirmar que, no fim da República Velha, apenas 5% da população eram eleitores (PAIVA, 1985; VILLA, 2011, p. 21), o que faz com que não exista alcance ponderável para considerar o voto direto e universal um avanço na esfera dos direitos políticos.

No que tange aos direitos civis, a Constituição republicana avançou de certo modo ao garantir alguns direitos liberais anteriormente inexistentes. Entre eles, ressalta-se a importância do reconhecimento da garantia do *habeas corpus* (que deveria ser utilizado sempre que alguém sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção) que não estava presente na Constituição Imperial. Em termos mais gerais, entretanto, em um país eminentemente rural apenas os grandes proprietários possuíam alguns direitos civis efetivos. Por mais que se tenha oportunizado e positivado os direitos civis nos 31 incisos do artigo 72, esses direitos eram na verdade uma “ficção jurídica” (DE LUCA, 2003, p. 469-70). Destaca José Reinaldo de Lima Lopes (2004, p. 93) que

---

<sup>110</sup> “Demonstrando a orientação laica (e com algum viés positivista), a Constituição de 1891 iniciava-se sem fazer referência a Deus ou, como na de 1824, à Santíssima Trindade” (VILLA, 2011, p. 19).

<sup>111</sup> Villa (2011, p. 20) recorda que “ao excluir os analfabetos, a ampla maioria dos cidadãos acima de 21 anos era mera espectadora nas eleições. Entre os negros a situação era muito pior. Pelos dados de 1872, quando ainda havia escravidão, dos 1.509.403 cativos, apenas 1.403 eram alfabetizados”.

<sup>112</sup> Importa destacar que à época houve grande discussão acerca do voto feminino, contudo muitos “constituintes foram opositores radicais do projeto que igualava os direitos políticos dos homens aos das mulheres” (VILLA, 2011, p. 21). Mas, apesar da maioria ser contra o voto feminino e os poucos que eram a favor terem sido votos vencidos à época, grandes personalidades brasileiras já se manifestavam favoráveis às mulheres. Machado de Assis foi um deles. Como escreve Villa (2011, p. 21), Machado de Assis, em 1894, manifestou-se sobre o assunto em uma de suas crônicas semanais: “Elevemos a mulher ao eleitorado; é mais discreta que o homem, mais zelosa, mais desinteressada. Em vez de a conservarmos nesta injusta minoridade, convidemo-la a colaborar com o homem na oficina da política”.

durante a vigência da Carta republicana, “anarquistas e estrangeiros foram deportados, vários grupos sociais foram vitimados por arbitrariedades policiais e a manutenção da ordem republicana dependeu em vários e longos períodos da pura e simples suspensão dos direitos políticos e civis dos cidadãos”.

Também é importante referir que as consequências da escravidão permaneceram vivas ao longo da República. Um dos principais obstáculos enfrentados e que negava a expansão da cidadania, como referido, era a grande propriedade rural – que era dominada pelos grandes proprietários. Esses, antes de 1888, também eram, na sua maioria, proprietários de escravos. A política do “coronelismo”<sup>113</sup> era forte nessa época e na fazenda operava a lei do coronel, criada e executada por ele. “Seus trabalhadores e dependentes não eram cidadãos do Estado brasileiro, eram súditos dele”, o que impedia a participação na vida política e negava os direitos civis (CARVALHO, 2008, p. 54-6). Esta realidade praticamente redundava na inexistência de direitos políticos e civis para a maioria no país.

Em consequência da baixa incidência de direitos civis e políticos, os direitos sociais quase inexistiam. Além disso, parece ter havido um retrocesso ainda maior em face à Constituição do Império. A Constituição republicana, por exemplo, retirou do Estado a obrigação de fornecer educação primária que constava na Constituição de 1824. De fato, apenas mais tarde, começaram a surgir alguns direitos sociais, tais como (i) uma lei de acidentes do trabalho, em 1919; (ii) a Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAP), em 1923, restrita a categoria dos ferroviários; (iii) uma legislação do trabalho referente ao menor (proteção aos trabalhadores menores do Distrito Federal, no fim do século XIX, e Código do Menor, em 1927); e (iv) uma lei de férias para trabalhadores urbano-industriais e da agroindústria, em 1926. Entretanto, a análise cuidadosa de Décio de Saes sobre os direitos sociais na República Velha mostra que a maioria desses direitos não foram aplicados na prática (SAES, 2006). Essa legislação, portanto, não significou um aumento significativo em termos de direitos sociais.

---

<sup>113</sup> A obra de Victor Nunes Leal, intitulada "Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil" é um dos estudos mais completos sobre o tema. Para o autor, “[...] o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decante influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referencia à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil. Paradoxalmente, entretanto, esses remanescentes de privatismo são alimentados pelo poder público, e isso se explica justamente em função do regime representativo, com sufrágio amplo, pois o governo não pode prescindir do eleitorado rural [...]. Desse compromisso fundamental resultam as características secundárias do sistema "coronelistas", como sejam, entre outras, o mandonismo, o filhotismo, o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais” (LEAL, 2012, p. 44).

Dessa forma, é possível reconhecer que durante a República Velha “a participação na política nacional, inclusive nos grandes acontecimentos, era limitada a pequenos grupos”, a quem também era destinada uma pequena parcela de direitos. Existia uma “‘cidadania em negativo’ [...], o povo não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja na República. O Brasil era ainda uma realidade abstrata” (CARVALHO, 2008, p. 83). A mudança desse quadro civil, político e social precário apresentado anteriormente inicia somente com a década de 30, sobretudo a partir do Estado Novo.

### 3.1.3 Os direitos entre as décadas de 1930 e 60: o surgimento dos direitos sociais e demais avanços e retrocessos

A mudança em caminho de uma maior aquisição de direitos políticos, civis e sociais no Brasil aconteceu – como ainda acontece – em passos lentos. Essa transformação foi marcada por avanços e retrocessos.

Entre 1930 e 1937 “o Brasil viveu uma fase de grande agitação política” (CARVALHO, 2008, p. 97). A revolta civil-militar, em 1930, que pôs fim à Primeira República de certa forma fez reviver no povo brasileiro alguns interesses cívicos. “O povo não esteve ausente como em 1889, não assistiu “bestializado” ao desenrolar dos acontecimentos” (CARVALHO, 2008, p. 96). Com a deposição de Washington Luís, o governo foi ocupado por uma junta de três militares que posteriormente passaram a presidência para Getúlio Vargas: “Da Junta Militar o poder passa a Vargas”, que assume a chefia do Governo Provisório (IGLESIAS, 2001, p. 233). O Congresso foi suspenso, a imprensa começou a ser cada vez mais censurada e os governos dos estados, com exceção de Minas Gerais, foram substituídos por interventores. O Executivo, o único poder que estava em funcionamento, aprovou e outorgou diversas legislações (IGLESIAS, 2001, p. 233).

As principais novidades em legislação foram sobre os direitos sociais, típica realidade de governos populistas autoritários. A criação do Ministério da Educação e Saúde e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, já em 1930, abria o caminho para uma transformação nessa rede de direitos.

Por outro lado e na contramão estavam os direitos políticos. Através do Decreto 22.194, de 09 de dezembro de 1932, Getúlio Vargas suspendeu direitos políticos de parte da população, pelo prazo de três anos. Em 10 de dezembro de 1932, a notícia da

suspensão foi estampada na capa do jornal “Diário de Notícias”, do Rio de Janeiro<sup>114</sup>. A manchete anunciada foi: “Suspensos, por 3 annos, os direitos políticos de muitos brasileiros:” (sic). Entre aqueles que teriam seus direitos cassados, estavam, além de diversos políticos, todos aqueles que publicaram, de alguma forma, no exterior, notícias falsas referentes às forças legais do Brasil, à marcha das operações militares, ou sobre a situação política ou ordem pública no país.<sup>115</sup>

Além disso, já se iniciava no país, sobretudo através dos próprios aliados de Vargas, a cobrança por uma nova Constituição. Em 15 de abril de 1932, Vargas nomeou uma comissão para elaborar um anteprojeto a ser encaminhado à Constituinte – que seria eleita em 03 de maio de 1933 (IGLESIAS, 2001, p. 324-35). Em 16 de julho de 1934, uma nova Constituição foi instituída. A comissão, diante do quadro econômico e social que se alastrava pelo país e com a ideia de incorporar ao texto constitucional brasileiro o que o novo direito no exterior criava, buscou inspiração, além do cunho ideológico do próprio texto de 1891, em Constituições internacionais, como a de Weimar de 1919, na Alemanha, e a espanhola, de 1931 (IGLÉSIAS, 1993, p. 235).

<sup>114</sup> Diário de Notícias. Anno III, nº 897, Rio de Janeiro, 10 de Dezembro de 1932.

<sup>115</sup> O Artigo 1º do Decreto estabelecia o rol daqueles que teriam seus direitos suspensos por três anos: “Art. 1º - Ficam suspensos por tres annos os direitos políticos dos que se acharem incluidos em qualquer dos dispositivos enumerados nos paragrafos seguintes: a) de todos os membros do Govêrno da União, depostos pela revolução de outubro de 1930, do vice-presidente do Senado e dos presidentes e vice-presidentes da Camara; b) de todos os membros dos Govêrnos dos Estados, que, solidarios com aquêl, lhe prestaram auxilio material ou politico para combater o referido movimento, pelo qual se manifestava de modo inequivoco a vontade da Nação; c) de todos os ex-deputados e ex-senadores, que assinaram pareceres anulando os diplomas dos deputados e do senador legitimamente reeleitos pelo Estado da Paraíba, na eleição federal de 1930; d) de todos os ex-deputados que assinaram o parecer depurando os quatorze deputados legitimamente eleitos pelo Estado de Minas Gerais, na mencionada eleição federal; e) de todos os que foram reconhecidos por essa ocasião, apesar de não eleitos, deputados pelos Estados da Paraíba e de Minas Gerais, assim como o reconhecido senador por aquele Estado; f) de todos os membros do govêrno rebelde do Estado de São Paulo e dos da sua primeira Junta Governativa; g) dos que, no Estado de Mato Grosso, fizeram parte da administração creada pelo govêrno rebelde de São Paulo articular a rebelião nos dois Estados, realizando-se por êsse meio o objetivo, anunciado pelo dito govêrno, de incorporar á sua Jurisdicção o territorio de Mato Grosso; h) de todos os que tenham tomado parte no levante militar, ou auxiliado por qualquer fôrma o preparo ou desencadeamento da rebelião, ou a êle, posteriormente, prestado seu concurso; i) dos que, nos Estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, chefiaram ou promoveram a articulação de elementos dêsses Estados com a denominada "Frente Unica", dos Partidos Democratico e Republicano de São Paulo, declarando-se solidarios com os rebeldes; j) dos que, fazendo parte dessa "Frente Unica" dos partidos paulistas, chefiaram ou promoveram a rebelião; k) dos que, tomando armas ou aliciando homens, chefiaram as tentativas de insurreição em outros pontos do territorio nacional, colaborando assim com os rebeldes de São Paulo; l) dos que, fóra do Brasil, promoveram no exterior a campanha impatriotica contra o Govêrno Provisorio, reconhecido por todas as potencias, ou a auxiliaram prejudicando assim o nosso crédito, o nosso prestigio e o nosso nome no estrangeiro; m) dos que se fizeram agentes dos rebeldes para a compra de material belico, ou receberam recursos, ou dinheiro do govêrno ilegal, para a propaganda criminosamente desenvolvida no exterior contra o Govêrno Provisorio, que, no ponto de vista internacional, como no interno, é o govêrno legitimo do Brasil; n) dos que, em boletins, folhas, avulsos ou quaisquer impressos, publicados no exterior, colaboraram de gualquer modo para a difusão de falsas noticias com referencia ás forças legais do brasil, á marcha das operações militares, á situação politica, ou á ordem pública no país” (sic) (BRASIL, 1932).



A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 foi aquela que vigorou por menos tempo na história brasileira. Os direitos civis e políticos receberam capítulos próprios no texto constitucional de 1934, dentro do Título III – “Da Declaração de Direitos”. O Capítulo I foi destinado aos direitos políticos que trouxe como inovação em relação à Constituição de 1891, a obrigatoriedade de voto para as mulheres que exercessem função pública remunerada (artigo 109)<sup>116</sup>. O Capítulo II trouxe expressos os direitos e garantias individuais, sem maiores inovações. A novidade realmente surgiu com os direitos sociais, os quais receberam o Título IV exclusivamente para si, intitulado “Da Ordem Econômica e Social”. O artigo 121 preconizava que a lei “promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País” (BRASIL, 1934). Bernardo Fernandes (2010, p. 462) afirma que “no Brasil, a preocupação da ordem constitucional com os direitos sociais assume na Constituição de 1934 o seu marco”.

Contudo, é importante ressaltar que por mais que alguns direitos civis e políticos estivessem expressos na Constituição de 1934, sua eficácia ficava restrita de certa forma à corrente autoritária que comandava o país. Os próprios direitos sociais da época estavam condicionados a determinados indivíduos da população. Além disso, Bonavides (2000, p. 172-3) destaca que a Constituição teve “breve e precária existência porquanto promanara de uma ambiência política marcada por mutilações participativas, crises, desafios, suspeitas, incertezas, contestações e ressentimentos”.

Em 1937, com o início do Estado Novo<sup>117</sup>, entrou em vigor uma nova Carta Constitucional. Nesse período autoritário ficou totalmente evidente a ausência de direitos civis e políticos. No aspecto socioeconômico, Fausto sintetiza o Estado Novo como uma representação de uma “aliança da burocracia civil e militar e da burguesia industrial, cujo objetivo imediato era o de promover a industrialização do país sem grandes abalos sociais” (FAUSTO, 2009, p. 367)<sup>118</sup>. Nesse sentido, em meio ao clima

---

<sup>116</sup> “Pela primeira vez as mulheres poderiam votar para presidente. Pena que isso só ocorreu em 1945, 11 anos depois, tendo em vista que as eleições de 1938 não ocorreram por causa do golpe do Estado Novo, em novembro de 1937” (VILLA, 2011, p. 34).

<sup>117</sup> Getúlio Vargas “criou um regime que não é original, pois em consonância com a voga direitista. Nutriu-se em modelos europeus, reais e teóricos, com a doutrinação portuguesa, espanhola e italiana da direita, como dos governos de Mussolini, do corporativismo português de Salazar, que assume o cargo de ministro em 1926 e institucionaliza o que chama de Estado Novo em 1933, do exemplo do polonês Pilsudski, a contar de 1926” (IGLESIAS, 1993, p. 246).

<sup>118</sup> Destaca Silva (2011, p. 229) que a Constituição de 1937 “repetiu os Direitos Sociais estabelecidos em 1934, fazendo posteriormente algumas concessões sociais de caráter corporativo, principalmente no campo trabalhista, que marcou o início de uma prática política muito comum no Brasil, o Populismo.

repressivo do golpe de Estado, a Constituição de 1937 adotou amplo programa em defesa dos direitos sociais, sobretudo com a legislação do trabalho (VILLA, 2011, p. 42).

Portanto, é consenso na literatura de que é a partir do Estado Novo que os direitos passaram a ganhar algum tipo de validade e força no Brasil. Carvalho sustenta que esse período é o divisor de águas na história do país. É por isso que se diz que a partir do movimento que pôs fim à Primeira República, em 1930, que de certa forma angariou-se um possível melhoramento de garantia de direitos para uma maior parte dos brasileiros. Contudo, essa transformação foi aos poucos e primeiramente aconteceu na esfera social, com alguns limites. Em síntese, os anos 30 foram essenciais para a compreensão da lógica de aquisição de direitos no Brasil, pois foi a partir de então que alguns direitos sociais começaram de fato a serem adquiridos por uma maior parte da população, mesmo que não em sua totalidade (CARVALHO, 2008, p. 87-97).<sup>119</sup>

Os direitos sociais, de modo geral, surgem com o proletariado. A classe trabalhadora torna-se apta a valer-se desses determinados direitos e é de extrema relevância para a “concretização de mecanismos mais amplos de participação na vida pública e na busca por uma divisão mais justa e igualitária da riqueza social” (DE LUCA, 2003, p. 469). Nesse ponto, houve um aumento dos direitos sociais, especialmente em razão da vasta legislação trabalhista e previdenciária, completada em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho.

Contudo, no início, os direitos sociais eram adquiridos e assegurados em razão da categoria profissional a que pertencia o indivíduo, por isso somente ingressavam nessa esfera aqueles que tivessem profissões reconhecidas, o que não era o caso dos trabalhadores rurais, domésticos e autônomos (DE LUCA, 2003, p. 481). Além disso,

---

Não havia como Getúlio restringir esses direitos, pois, isso certamente seria um golpe fatal na popularidade que detinha com grande parte dos setores sociais”.

<sup>119</sup> É importante referir que também foi a partir do Estado Novo que começou a existir um maior intervencionismo na economia. O governo passou a controlar os preços e o mercado – no início sobretudo do café e, depois, de outros setores da indústria –, dando início a “privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos” (IGLESIAS, 2001, p. 250-51). Se por um lado o desenvolvimento econômico sacudiu a economia brasileira e demais países latino-americanos (principalmente após 1948, com a criação da CEPAL), por outro lado, ele conduziu a várias políticas duvidosas, com um falso desenvolvimento que privilegiava apenas alguns setores em detrimento de outros, além de enriquecer muitos e desequilibrar outros, construindo uma grande rede de desigualdade econômica e social no país. O intervencionismo estatal – que seria condição de possibilidade para a realização da função social do Estado – não cumpriu com o seu papel. Aliás, o projeto político do Estado não era esse. O intervencionismo, nesse caso, beneficiou apenas uma pequena parcela da população. A prática autoritária ocorrida no Brasil confundiu-se com o intervencionismo estatal, “construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações” (MORAIS; STRECK, 2012, p. 81).

paralelamente a essa realidade, sabe-se que, no país, se arrastava uma fase de instabilidade, alternando ditaduras e regimes democráticos, o que fez com que os direitos políticos avançassem lentamente e os direitos civis fossem, de certa forma, reduzidos. Houve, portanto, nessa época, a supressão dos escassos direitos políticos e civis<sup>120</sup> (CARVALHO, 2008, pp-87-8).

Contudo, o Estado Novo não durou muito. Logo movimentos de luta pela democratização adquiriram força. Em 29 de outubro de 1945 um golpe militar derrubou Getúlio Vargas. Com a queda de Vargas, após o governo transitório e a eleição de Eurico Gaspar Dutra à presidência, no dia 18 de setembro de 1946 foi promulgada uma nova Constituição brasileira.

A Constituição de 1946 trouxe a igualdade de voto para homens e mulheres, o que caracteriza um avanço significativo nos direitos políticos<sup>121</sup>. Salienta Paiva (1985, p. 225 e 241) que somente após 1945 o sufrágio, como experiência democrática real, teve seu curso regular, ou seja, “o grande eleitorado se fez presente na cena política brasileira”. Entretanto, lembra Carvalho (2008, p. 145), que ainda havia exclusão dos analfabetos que à época representavam em torno de 57% da população brasileira.

Importa, contudo, fazer uma breve referência para aquilo que se entende por democracia naquela época. Como já salientaram Ferreira (2010) e Carvalho (2008), existem algumas dificuldades em se admitir que o Brasil não ‘conheceu’ a sua primeira experiência democrática naquela época. Diversos argumentos são utilizados para negar essa experiência, entre eles a interdição do direito de votar dos analfabetos. Como destaca Ferreira,

sem dúvida que se tratou de uma limitação das prerrogativas democráticas. Contudo, é preciso considerar a ampliação do direito ao voto no Brasil nessa época. Segundo Gláucio Ary Dillon Soares, o regime da Carta de 1946 teve como principal êxito a ampliação dos direitos de cidadania política. Na primeira eleição, a de dezembro de 1945, votaram cerca de 7,5 milhões de pessoas, contra 1,5 milhão no pleito de 1933. Ao longo dos anos, o alistamento eleitoral não parou de crescer, chegando a 18,5 milhões de cidadãos votando em 1962— duas vezes e meia comparando a 1945 e 12 vezes a mais que 1933. No caso das eleições presidenciais, o número de participantes dobrou: de 6 milhões de votantes na primeira eleição para presidente, alcançou 12 milhões em 1960. (FERREIRA, 2010, p. 14-15)

---

<sup>120</sup> No tocante aos direitos sociais, importa ressaltar que a sua expansão não foi decorrente do exercício dos direitos civis e políticos como no caso inglês, mas sim em razão de uma legislação introduzida pelo Estado brasileiro.

<sup>121</sup> Ferreira (2010, p. 12), com apoio na concepção de Gomes (2009, p. 36), salienta que com “base no sufrágio universal e com alto grau de competitividade, as eleições eram fiscalizadas pela Justiça Eleitoral, permitindo que a sociedade brasileira, no dizer de Angela de Castro Gomes, conhecesse “o que se chama ‘aprendizado da política’ eleitoral em novos e mais amplos marcos””.

Nesse sentido, o autor enfatiza que

os que resistem em admitir que o país conheceu uma experiência liberal-democrática, pensando no governo Dutra, na cassação do registro do PCB e na interdição dos analfabetos ao direito de votar, baseiam-se, muitas vezes, em uma receita prévia de democracia, não considerando que esta não surge pronta, como um receituário, mas é conquistada, ampliada e “inventada”, no dizer de Claude Lefort. A democracia resulta de demandas da própria sociedade, de seus conflitos e contradições, inventando e reinventando suas práticas e instituições. (FERREIRA, 2010, p. 15)

Por seu turno, os direitos civis à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade também foram consagrados no texto (artigos 141 a 144). Pela primeira vez, o direito de greve foi reconhecido constitucionalmente e, de maneira geral, os direitos sociais foram positivados de forma semelhante à Constituição de 1934, através de uma política populista. Constatou no artigo 145 expressamente que “a ordem econômica deve[ria] ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (BRASIL, 1946). O parágrafo único deste artigo afirmava que o trabalho era obrigação social. Em síntese,

na década de 1930 a sociedade brasileira havia tido um importante aprendizado: o exercício dos direitos sociais com a promulgação das leis trabalhistas. É possível afirmar que o aprendizado de cidadania social já estava consolidado em fins de 1945. Mas com a Constituição de 1946, os brasileiros tiveram acesso aos direitos políticos. O momento que se abria era de grande importância: aprender a lidar com os direitos políticos e a exercer os direitos civis. (FERREIRA, 2010, p. 12)

Após o país passar pela experiência de um período democrático de quase 20 anos (1946-1964), “recheado de crises como o suicídio de um presidente, políticas populistas como a levada a cabo por Jânio Quadros, e de uma forte luta por parte da elite econômica e social de retornar o poder político para si” (SILVA, 2011, p. 234), chega-se ao golpe civil-militar de 1964. Comandantes do Exército e da Marinha baixaram o Ato Institucional nº1 (AI-1) e, apesar de revogarem grande parte do texto constitucional, mantiveram formalmente alguns aspectos da Constituição de 1946. Entretanto, o comando militar passou a governar através dos Atos Institucionais (no total, 17 AIs foram baixados).

O AI-1 estabeleceu em seu artigo segundo a eleição de um novo presidente e, em 15 de abril de 1964, o general Humberto de Alencar Castelo Branco foi eleito indiretamente. Destaca-se que durante a ditadura militar, os presidentes da República eram escolhidos em eleições indiretas, por meio do Colégio Eleitoral, composto por congressistas e delegados das Assembleias Legislativas de todo o país. Em janeiro de

1967 através do AI-4 uma nova Constituição foi outorgada. A Constituição de 1967 permaneceu formalmente em vigor, entretanto, como aconteceu anteriormente, concomitante a ela vigoravam os Atos Institucionais.

Em março de 1967 o general Artur da Costa e Silva foi eleito presidente e por meio do AI-5, em 1968, Costa e Silva fechou o Congresso: “o curso de uma ditadura brutal era evidente no país” (FAUSTO, 2009, p. 466-480). Lembra Barroso (2009) que 1968 foi o ano do embate ideológico entre a ditadura e as forças que defendiam a volta à legalidade: a ditadura venceu. Estava marcado um nítido período de supressão de direitos civis e políticos da população.

Entretanto, há um paradoxo no tocante aos direitos políticos que se deve ressaltar. Por mais que o direito de expressão e organização (essenciais à participação política) tenham sido suprimidos durante a ditadura, o direito ao voto permaneceu. Houve certo crescimento do eleitorado nos governos militares, mesmo sem liberdade de oposição. Em 1960, votaram 18% dos brasileiros; em 1980, 47%. A expansão do voto foi de 161% entre 1960 e 1980 (CARVALHO, 2007, p. 28-9). Um dos motivos desse aumento possivelmente deve-se a urbanização do país. Pode-se dizer que o Brasil, em 1960, já possuía 45% da população morando nas cidades; e em 1980, 68%. Ou seja, o país tornou-se um país predominantemente urbano justamente durante a ditadura militar (CARVALHO, 2007, p. 27-8).

Além disso, no caso do Brasil, o balanço dos governos militares mostra que, apesar dos retrocessos dos direitos políticos, os direitos civis foram os mais prejudicados.

*O Habeas Corpus* foi suspenso para crimes políticos [...]. A privacidade de lar e o segredo de correspondência eram violados impunemente. Prisões eram feitas sem mandado judicial, os presos eram mantidos isolados e incomunicáveis, sem direito a defesa. Pior ainda: eram submetidos por métodos bárbaros que não raro levavam à morte da vítima. A liberdade de pensamento era cerceada pela censura prévia [...]. (CARVALHO, 2008, p. 193)

Já os direitos sociais mantiveram a sua característica básica de servir como suporte de regimes autoritários. Reis refere que neste tipo de regime, a ênfase do indivíduo coletivo (coleção de indivíduos) implica em obstáculos aos direitos civis e políticos, enquanto os direitos sociais passam a ser vistos como concessões de autoridades benévolas (REIS, 1998, p. 34). Contudo, é preciso reconhecer os pontos positivos. Por exemplo, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foram criados em 1966 e, em 1971 foi

estabelecido o Fundo de Assistência Rural (Funrural). Além disso, em 1972 e 1973, as empregadas domésticas e os autônomos foram incorporados no plano da previdência.

No ano de 1969, após um derrame cerebral sofrido pelo então presidente Costa e Silva, a Junta Militar<sup>122</sup> assumiu o poder (o AI-12 impediu a posse do vice-presidente Pedro Aleixo) e prontamente outorgou a Emenda Constitucional nº1/69 que praticamente substituiu a Constituição de 1967, ficando conhecida como a “Carta Ditorial”<sup>123</sup>. Nesse mesmo ano, indicado pelas Forças Armadas, tomou posse o presidente Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), que comandou o período conhecido como *anos de chumbo*. Entre outros fatores, chama-se atenção, neste período histórico, para a tortura generalizada de presos políticos, que imprimiu na história brasileira uma mancha que jamais se apagará (BARROSO, 2008, p. 257)<sup>124</sup>.

Foi com o presidente Ernesto Geisel, a partir de 1974, que esse panorama autoritário começou a mudar. Importa que, em 1978, a Emenda Constitucional nº 11 foi instituída e os Atos Institucionais, incluindo o AI-5 (maior símbolo do autoritarismo), foram revogados. Além disso, o Congresso votou pelo fim da censura prévia no rádio e na televisão e foi restabelecido o *habeas corpus* para crimes políticos. Entretanto, somente com a redemocratização e a Constituição de 1988 que uma nova era para os direitos civis, políticos e sociais iniciaria.

### 3.1.4 A redemocratização e a Constituição de 1988: uma nova era para os direitos civis, políticos e sociais

Após a passagem pela Presidência do General Ernesto Geisel (1974) e do General João Baptista Figueiredo (1979), em 1985 o Colégio Eleitoral elegeu Tancredo

<sup>122</sup> A Junta Militar foi composta pelos ministros Augusto Hamann Rademaker Grünewald, da Marinha, Aurélio de Lira Tavares, do Exército, e Márcio de Sousa e Melo, da Aeronáutica.

<sup>123</sup> Importa referir a posição do Supremo Tribunal Federal, em seu Guia de Direito Constitucional (formato digital), quando refere que “A Emenda 1, de 1969, equivale a uma nova Constituição pela sua estrutura e pela determinação de quais dispositivos anteriores continuariam em vigor. Formalmente, porém, continuava em vigor a Constituição de 1967, com as manutenções e alterações da Emenda 1. Vigoraram no período os atos institucionais. Primeiro como comandos autônomos de subversão e corrupção e depois como normas incorporadas à Constituição, no seu art. 182” (STF, s/p).

<sup>124</sup> O regime militar nos seus longínquos vinte e um anos estabeleceu diversas normas. Marco Antonio Villa salienta que “o regime militar tinha a obsessão de legalizar todos os seus atos, como se a existência de uma norma fosse uma espécie de salvo-conduto. O número de decretos é fabuloso”. A título de exemplo, o autor comenta o Decreto nº 69.534, de 11 de novembro de 1971, o qual ficou conhecido como “decreto secreto”. A preocupação era salvaguardar os “assuntos sigilosos”. O presidente da República “poderá classificar como secreto ou reservado os decretos de conhecimento restrito, que disponham sobre matéria de interesse da segurança nacional”. Contudo, os decretos deveriam ser publicados no Diário Oficial da União. Afinal, essa era a norma desde o nascimento do Brasil republicano. Como resolver essa pendência? Seria enviado para publicação o decreto, redigido “de modo a não quebrar o sigilo, somente a ementa do decreto, com o respectivo número” (art. 7.º, § 2.º). Ou seja, o cidadão não tinha conhecimento do conjunto do teor do decreto. (VILLA, 2011, p. 60)

Neves e José Sarney para a Presidência e Vice-Presidência. A Nova República entrava em cena, marcando o fim do regime militar. Tancredo Neves não chegou a assumir o cargo por motivos de doença (o presidente eleito faleceria em seguida) e José Sarney tornou-se o primeiro presidente civil desde 1964. Foi Sarney quem encaminhou ao Congresso Nacional a proposta de convocação de uma Constituinte, seguindo o compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves (BARROSO, 2008, p. 256-58). Em 1987 a Assembleia Nacional Constituinte já iniciava as suas reuniões para a elaboração de uma nova Constituição. Os direitos civis e políticos (em grande parte suprimidos da população no período ditatorial), e demais direitos sociais, eram esperados com ansiedade.

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, apelidada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, à época presidente da Assembleia Constituinte (BARROSO, 2008, p. 258-59). A Constituição de 1988 “permitiu a expansão dos direitos fundamentais ambientados em um espaço público que se instituiu na perspectiva do princípio democrático” (FABRIZ, 2006, p. 14).<sup>125</sup>

São inegáveis a transformação e o avanço em termos de aquisição de direitos trazidos pela redemocratização e a Constituição de 1988. Os direitos civis, políticos e sociais foram introduzidos ao texto de forma inédita.

Os direitos políticos tiveram grande ampliação e o direito de voto foi estendido de modo facultativo aos maiores de 70 anos, aos analfabetos e aos maiores de 16 anos, tornando-se obrigatório a partir dos 18 anos de idade. O capítulo IV da Constituição de 1988, especificamente em seu artigo 14, apresentou expressamente que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Além disso, ficou estabelecida a vedação da cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só é possível nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado (enquanto perduraram seus efeitos); recusa

---

<sup>125</sup> Isso, contudo não significa que todos os problemas urgentes do país foram resolvidos com a Constituição de 1988. Muito pelo contrário. A aquisição histórica de direitos apresenta a transformação dos direitos e como eles foram sendo adquiridos ao longo das Constituições. Trata-se, como referido, de um processo histórico. A discussão sobre a efetividade e acessibilidade desses direitos é outra questão, extremamente complexa, que será apresentada no próximo capítulo, sobretudo na análise do Estado Democrático de Direito (como síntese) e as suas insuficiências.

de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa (nos casos do artigo 5º, inciso VIII<sup>126</sup>); e nos casos de improbidade administrativa (BRASIL, 1988).

Sobre os direitos civis e sociais, importa referir que o Título II do texto constitucional apresenta-os como garantias fundamentais, o que não deixa dúvidas sobre a importância e natureza desses direitos na atualidade.

O artigo 5º da Constituição estabelece, nos seus setenta e oito incisos, as garantias individuais e coletivas de todos os cidadãos (à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade), salientando que todos são iguais perante a lei, independente de qualquer natureza. Entre os direitos civis fundamentais estão a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; a liberdade de pensamento e religião; a plena liberdade de associação para fins lícitos; a segurança de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; a segurança de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado e de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; a concessão de *habeas corpus*; entre outros.

Já os direitos sociais são identificados no artigo 6º da Constituição: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Salienta-se que, além de terem sido considerados acertadamente como direitos fundamentais, os direitos sociais têm sido gradualmente inseridos no debate dos direitos humanos<sup>127</sup>. O argumento levantado é de que os direitos sociais inserem-se na categoria de direitos humanos<sup>128</sup> em torno da ideia de responsabilidade social do Estado (dimensão definidora do Estado Democrático de Direito) – fato que se encontra consagrado em alguns textos constitucionais através do princípio da solidariedade (BARRETO, 2002, p. 597-599).

Entretanto, importa referir que apesar dos avanços e das diversas transformações na tríade de direitos (políticos, civis e sociais), todos devidamente insculpidos no texto

---

<sup>126</sup> Dispõe o inciso VIII, do artigo 5º da Constituição Federal que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988).

<sup>127</sup> “Devemos ser capazes de superar as abstrações que sustentam a teoria tradicional dos direitos e propor uma reflexão que impulse, sistematize e complemente as práticas sociais num sentido crítico, subversivo e transformador”. As ações sociais surgem como uma aposta (FLORES, 2009, p. 97).

<sup>128</sup> Oportuno referir que a Constituição de 1988, além de referir a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil (art. 4º, inc. II), abriu a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional (em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), equivalerem às emendas constitucionais (art. 5º, inc. LXXVIII, § 3º).



constitucional democrático, o processo de garantias e efetividade prática desses direitos no Brasil ainda enfrenta diversos problemas que precisam ser superados em um Estado Democrático de Direito que se encontra ainda em transição. Há ainda no país, assim como em outros países em desenvolvimento, uma incompletude de direitos na realidade prática. Isso pode ser explicado, conforme estudos de O'Donnell (1998), em razão da própria aquisição de direitos ter sido falha, de forma que (i) direitos políticos e a democracia, por exemplo, são prejudicados pela própria deficiência de direitos civis; e (ii) direitos sociais ainda são muito precários. Essa discussão sobre a incompletude da consolidação de direitos civis, políticos e sociais no Brasil será aprofundada no terceiro capítulo, com foco específico no processo penal.

### 3.1.5 Um balanço geral sobre a aquisição histórica de direitos no Brasil

Ao fazer uma análise da história das Constituições brasileiras (1824-1988) e do processo de gradativa garantia de direitos (civis, políticos e sociais) nos textos constitucionais e na prática, é possível considerar que a tese apresentada pela perspectiva sociológica é coerente e encontra respaldo na própria história constitucional do país e na realidade vivenciada em cada época. É possível argumentar constitucionalmente que os direitos sociais, de forma geral, surgiram antes dos direitos políticos e civis no país.

Em síntese, a Constituição do império de 1824 apenas privilegiava a elite minoritária (proprietários de terras). Os demais indivíduos, como os escravos, por exemplo, em termos de cidadania civil, política e social sequer foram mencionados no texto constitucional. A abolição da escravatura, em 1888, é considerada um avanço, porém não significativo em termos de direitos, uma vez que os estudos históricos demonstram que apenas a liberdade não tornou os antigos escravos sujeitos de direitos. A Constituição republicana de 1891 permaneceu privilegiando os interesses da oligarquia latifundiária (especialmente os cafeicultores). Nesse período da história brasileira não se pode dizer que havia direitos, sejam civis, políticos ou sociais para a população como um todo. Já a Constituição de 1934 apresentou um significativo avanço quando preconizou, sobretudo, as leis trabalhistas. Essa maior ênfase nos direitos sociais, e o esquecimento paralelo dos direitos civis e políticos, é um reflexo do governo autoritário da época. Mas é ao Estado Novo que se confere, de modo geral, o surgimento dos direitos sociais, com a Constituição de 1937 – período novamente marcado pela supressão de direitos civis e políticos. Posteriormente, a Constituição de

1946 trouxe de modo geral apenas uma transformação significativa no que diz respeito aos direitos políticos, quando igualou homens e mulheres no direito de voto. Já diante do período autoritário e arbitrário político que se instaurou no país com o golpe civil-militar de 1964, a Constituição de 1967 foi outorgada, porém praticamente esquecida e ignorada em razão dos Atos Institucionais (AIs). Uma de suas consequências foi a supressão de grande parte dos direitos civis, políticos que haviam sido conquistados até então, sendo que a emenda nº 1 de 1969 seguiu praticamente o mesmo caminho. Por fim, com a redemocratização e, em 1988, com a [atual] “Constituição Cidadã”, os tempos mudaram. Ela traz em seu texto os direitos civis, políticos e sociais de maneira inédita na história do Brasil. Lenio Streck destaca que um dos motivos pelos quais tantos direitos foram assegurados é “a desconfiança para com o legislador ordinário e para com o próprio Poder Executivo”. Este fato “fez com que fossem colocados no texto da Constituição direitos que até então o Brasil nem sonhava alcançar” (STRECK, 2009).

Com isso, é possível afirmar e concordar com José Murilo de Carvalho (2008) quando assevera que a pirâmide de Marshall foi invertida, conforme teoria estudada no primeiro capítulo. No Brasil, portanto, pode-se dizer que os direitos sociais surgiram antes dos direitos políticos e civis. Esse fator importa também para perceber que os direitos sociais não foram precedidos de direitos civis e ou de lutas políticas e sim foram fruto de uma imposição com promessa de proteção social, uma “espécie de dádiva do governo Vargas”, como afirma De Luca (2003, p. 478)<sup>129</sup>. Essa trajetória, alinhada a outros fatores, pode, inclusive, ter contribuído para que não fosse possível alcançar um Estado de Bem-Estar Social no país – problema agravado pelo surgimento do neoliberalismo – fato que será mais bem explorado e detalhado no terceiro capítulo deste trabalho.

---

<sup>129</sup> Ou seja, de acordo com a história, pode-se pensar que a ordem invertida fez com que os cidadãos possuísem um acesso maior aos direitos sociais, sobretudo, em virtude de lei e não através de conquistas civis e/ou lutas político-sociais, que embora existissem mobilizavam parte reduzida da população. De fato, a antecipação dos direitos sociais fez com que estes fossem vistos como um favor do governo em troca de gratidão e lealdade. Não é por menos que o terreno fértil dos direitos sociais era a população pobre dos centros urbanos (CARVALHO, 2008, p. 125-6). “Na história aberta em 1930, o Estado irá atribuir estatuto civil a uma gente que só encontrava lugar nas relações de favor e estava sujeita à arbitrariedade sem limites do mando patronal. Esse estatuto civil será definido pelo trabalho, como dever cívico e obrigação moral perante a Nação. Com isso, é certo, o Estado getulista conferiu ao trabalho uma dignidade que era recusada por uma sociedade recém-saída da escravidão. E, através da legislação trabalhista, quebrou a exclusividade do mando patronal, colocando o espaço fabril no âmbito da intervenção estatal. Porém, é no modo como o estatuto do trabalho foi definido – e a cidadania formulada – que se aloja o enigma de um projeto de modernidade que desestruturou as regras da República oligárquica, mas repôs a incivilidade no plano das relações sociais” (TELLES, 1999, p. 124-5).

Esse rápido balanço foi necessário para reafirmar que é diante desse contexto histórico de aquisição de direitos que algumas questões relacionadas ao processo penal brasileiro surgem. Estes questionamentos são de grande importância para a compreensão do debate que seguirá na próxima seção deste trabalho, quais sejam: como o sistema processual penal brasileiro acompanhou esse processo de aquisição de direitos do país? Qual a relação e a importância entre o processo de aquisição histórico de direitos no país e o sistema processual penal? Existe alguma relação entre a aquisição histórica de direitos civis e políticos e o sistema acusatório, como no caso ocidental (sobretudo europeu continental) estudado no primeiro capítulo?

### 3.2 COMO O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACOMPANHOU A TRAJETÓRIA DOS DIREITOS NO BRASIL

Compreender como o sistema processual penal brasileiro acompanhou o processo de aquisição histórico de direitos civis, políticos e sociais da população torna-se importante por dois motivos principais: (i) para entender a própria ideia sobre o quê o sistema processual penal representa na atualidade em sentido macro, em sua conexão com os direitos dos cidadãos; e (ii) para a introdução da discussão sobre a necessidade de um conceito amplo de sistema acusatório que acompanhe as promessas do atual Estado Democrático de Direito.

Esta seção buscará responder quando surge o sistema processual penal acusatório no Brasil, através da análise dos elementos que fundamentam o seu núcleo duro, e prospectar como a configuração deste sistema relaciona-se com o processo histórico mais amplo de aquisição de direitos. Nesse sentido, optou-se por rever a trajetória processual penal brasileira a partir dos seus códigos, de modo também a facilitar a busca pelas características do sistema processual penal de cada época.

Cumprido ressaltar que poucos códigos de processo penal nacionais foram estabelecidos no Brasil<sup>130</sup>. Em 1832 foi proclamado, por Dom Pedro II, o primeiro

---

<sup>130</sup> Anteriormente à instituição do primeiro Código Penal no Brasil, em 1830, e do Código de Processo Penal, em 1832, vigoravam no país as Ordenações do Reino (Afonsoas, Manuelinas e Filipinas) e tinham como marca principal a severidade extrema. De acordo com Luís Francisco Carvalho Filho, “a mutilação física fazia parte das regras do jogo. A pena de morte era estabelecida para a maioria das infrações. Como lembra António Hespanha, conta-se que Frederico o Grande, da Prússia, ao ler o Livro V das Ordenações, no século XVII, teria perguntado se em Portugal ainda ‘havia gente viva’” (CARVALHO, 2004, p. 182). O sistema inquisitivo era a regra. Carvalho Filho refaz, através de relatos históricos, uma reconstrução interessante do que acontecia à época colonial (incluindo os primeiros anos do regime imperial), o que não pode ser esquecido por nós: “Em novembro de 1822 foram executados, sem processo, 51 negros aquilombados a mando do general francês Pedro Labatut, comandante do Exército Pacificador da Bahia. Segundo o relato do próprio Labatut, ‘mesmo presos e

Código de Processo Penal brasileiro – intitulado “Código de Processo Criminal de primeira instância”, que viria regular o “Código Criminal do Império do Brasil”, de 1830. No dia 3 de dezembro de 1841, foi promulgada a Lei nº 261, que instituiu uma reforma ao Código de Processo Criminal de 1832. Na República Velha, os estados brasileiros puderam legislar em matéria processual penal: como se verá adiante, o Rio Grande do Sul, por exemplo, estabeleceu um código processual específico para os gaúchos. E, posteriormente, apenas em 1941, um novo código de processo penal nacional foi instituído. Com as reformas parciais posteriores, este último é o código que ainda vige em nosso país.

Em nenhum momento da história brasileira houve referência expressa ao sistema processual penal adotado, seja nos códigos de processo ou nas Constituições. A dedução sobre qual sistema vigia e vige em cada época histórica pode ser realizada a partir da análise do núcleo duro dos sistemas.<sup>131</sup> O intuito principal da análise é verificar, através do processo histórico de aquisição de direitos, se o surgimento do sistema acusatório em um país em desenvolvimento como o Brasil segue a mesma lógica do Ocidente, conforme estudado no primeiro capítulo.

### 3.2.1 O Código de Processo Criminal de 1832 e a Reforma de 1841: o sistema inquisitório como base do processo e a sua relação com os direitos civis, políticos e sociais

No pós-independência houve a preocupação de se elaborar uma legislação penal e processual penal no país. Destaca Monica de Camargo que isso aconteceu por dois motivos principais:

---

amarrados, insultavam os nossos com o nome de ‘caibras’, que lhes foi ensinado pelos lusitanos; eu os mandei fuzilar [...]’. [...] Em Belém, província do Pará, em outubro de 1823, o oficial inglês John Pascoe Greenfell determinou o aprisionamento de 256 soldados e paisanos, envolvidos em ‘desordens’, nos porões do brigue Diligente, ancorado no porto, dando ensejo a uma experiência precursora de massacre de presos que jamais deixaria de ocorrer entre nós” (Idem, 2004, p. 188).

<sup>131</sup> Nesse sentido, é oportuno retornar, mesmo que brevemente, a discussão realizada na introdução desta pesquisa sobre a formação do núcleo duro. A identificação do núcleo para fins conceituais dos sistemas processuais penais neste trabalho acontece a partir da análise da separação (ou não) das funções de acusar, defender e julgar (privativamente e de forma independente a órgãos distintos). Se houver um órgão independente responsável pela acusação e outro pela defesa, diverso do juiz, o sistema configura-se acusatório; por outro lado, se houver a possibilidade do juiz assumir funções de acusação e julgamento simultaneamente, o sistema configura-se inquisitório. Contudo, reitere-as e frisa-se que isto não significa que a existência do núcleo duro seja suficiente para a consolidação de um determinado sistema, tema que será aprofundado no terceiro capítulo. Por isso optou-se, para a análise histórica do caso brasileiro que será feita nessa seção, com o intuito de evitar confusões de cunho conceitual, por utilizar o termo *minimamente* acusatório quando existir como regra a separação das funções de acusar, defender e julgar nos moldes apresentados brevemente acima e detalhadamente na introdução da dissertação.

Primeiro, porque as Ordenações Filipinas, além de completamente obsoletas e incompatíveis com o espírito político da época, tinham sido revogadas em parte pela vigência da Constituição, elaborada em 1824. Isto provocou uma convulsão no sistema penal, que se mostrou mais caótico do que já era. Urgia expedir uma nova codificação material e processual, que viesse para colocar ordem ao sistema jurídico vigente, exterminando com os anacronismos na área penal. O segundo motivo estava na necessidade premente de instrumentalizar o aparato punitivo do Estado, de modo a servir as elites dominantes, tutelando bens jurídicos essenciais para a manutenção e proteção de seus direitos. (CAMARGO, 2004, p. 86)

O primeiro Código de Processo Criminal brasileiro<sup>132</sup>, de 1832, no Império, apresentou uma estrutura processual interessante. Em um primeiro olhar descuidado, poderia se pensar que o legislador estava adotando o modelo acusatório como sistema processual. Contudo, após uma análise mais aprofundada, o que se vê é exatamente o contrário.

O código fazia expressa menção à figura do Promotor Público, a quem pertencia as atribuições de (i) denunciar crimes públicos e policiais e acusar os envolvidos perante os jurados<sup>133</sup>; assim como (ii) denunciar e acusar os crimes de escravizar pessoa livre; cárcere privado; homicídio e tentativa de homicídio; crimes de ferimentos; roubos; calúnias e injúrias contra o Imperador e membros da família imperial; contra a Regência e a cada um de seus membros; contra a Assembleia Geral; e contra cada uma das Câmaras. Além disso, o promotor tinha a responsabilidade de promover a acusação dos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houvesse parte. Entretanto, a função de acusar não era exclusividade do Promotor Público – inclusive, nota-se que no seu impedimento, os Juízes Municipais poderiam nomear outra pessoa que serviria de modo interino – conforme se verá a seguir.

Os Juízes de Paz, que foram instituídos pela Constituição de 1824 praticamente para atuarem em reconciliações, ganharam maiores poderes com o Código de Processo

<sup>132</sup> É importante compreender de que forma era definida a Administração da Justiça Criminal nesta época. O Império era dividido por províncias e cada uma delas possuía os Distritos de Paz, Termos e Comarcas. Em cada Distrito, que era demarcado por pelo menos setenta e cinco casas habitadas, havia uma Câmara Municipal. Em cada Distrito deveria existir um juiz de paz, um escrivão, inspetores (de acordo com a quantidade de quarteirões) e oficiais de justiça (tantos quantos fossem necessários). Em cada Termo, deveria existir um Conselho de Jurados, um Juiz Municipal, um Promotor Público, um escrivão das execuções e oficiais de justiça. Em cada Comarca deveria haver um Juiz de Direito e, nas mais populosas, até três Juízes com jurisdição cumulativa, sendo um deles o Chefe de Polícia.

<sup>133</sup> Havia, na época Imperial, o “Jury de acusação” (sic) e o “Jury de Sentença” (sic). O júri de acusação era formado, via de regra, por quarenta e oito jurados (art. 314). A atribuição destes jurados era dizer se havia ou não suficiente esclarecimento da autoria e materialidade para que pudesse se proceder com uma acusação. Se houvesse elementos suficientes para a acusação, o acusador denunciaria em juízo o seu “libello accusatorio” (sic) e um segundo conselho de jurados (também chamados de “juízes de facto” (sic)) seria formado, o júri de sentença. Este último composto de doze jurados, julgaria se o acusado é ou não “criminoso” (art. 269) e a sentença condenaria o réu a pena correspondente (art. 272) (BRASIL, 1832).

de 1832. Agora eles poderiam obrigar àqueles que perturbavam o sossego público (como os vadios, mendigos, bêbados e prostitutas) a assinarem um termo, chamado de “bem viver”, caso ofendessem os bons costumes, a tranquilidade pública e a paz das famílias. Além disso, estes juízes poderiam prender os “legalmente suspeitos” da pretensão de cometer algum crime e obrigá-los a assinar um “termo de segurança”. Uma multa de até trinta mil réis poderia ser aplicada nestes casos também. Os Juízes de Paz receberam, além disso, a atribuição de prender os culpados (fosse em seu ou em qualquer outro juízo), além de conceder fiança. Também poderiam, e aqui está a principal questão, julgar crimes menores de contravenções e aqueles que não tivessem pena de prisão ou de multa de até cem mil réis.

Nota-se, pois, a presença do sistema inquisitorial. Pode-se dizer que o Juiz de Paz, nestas circunstâncias apresentadas, atuava como se acusador fosse, pois ele poderia, a qualquer momento, mandar comparecer à sua presença os acusados de perturbação e das infrações menores supracitadas e, caso os termos de “bem viver” ou de “segurança” fossem quebrados, ele estaria autorizado a aplicar imediatamente a pena<sup>134</sup>. Além disso, percebe-se que, nestes casos, a defesa era facultativa: “[...] se a parte requerer prazo para dar defesa, conceder-se-lhe-ha um improrogavel” (sic) (BRASIL, 1832)<sup>135</sup>. Ou seja, além da defesa se apresentar facultativa, o juiz acumulava as funções de acusar, julgar e até mesmo executar determinados crimes<sup>136</sup>. Raimundo Faoro descreve a preocupação de Ruy Barbosa (1966, p. 184) em relação aos Juízes de Paz da época:

É impossível que deixeis de conhecer todos os excessos dos juízes de paz. [...] Abri a sua história e vereis cada página manchada com os fatos mais monstruosos, filhos da ignorância e da maldade, um luxo de arbitrariedades e perseguições contra os bons, inaudita proteção aos maus e porfiada guerra às autoridades. (FAORO, 2001, p. 367)

<sup>134</sup> “Art. 122. Quebrado o termo, o Juiz de Paz, por um processo conforme ao que fica disposto no artigo antecedente, imporá ao réo a pena comminada, que será tantas vezes repetida quantas forem as reincidências” (sic) (BRASIL, 1832).

<sup>135</sup> “Art. 121. O Juiz de Paz a quem constar que existe no respectivo Districto algum individuo em circunstancias dos que se acham indicados nos §§ 2º e 3º do art. 12, o mandará vir á sua presença com as testemunhas, que souberem do facto: se a parte requerer prazo para dar defesa, conceder-se-lhe-ha um improrogavel; e provado, mandará ao mesmo individuo que assigne termo de bem viver, em o qual se fará menção, na presença do réo, das provas apresentadas pró, ou contra; do modo de bem viver prescripto pelo Juiz, e da pena comminada, quando o não observe” (sic) (BRASIL, 1832).

<sup>136</sup> Além disso, o Juiz de Paz, ainda que pelas primeiras informações não tivesse obtido o conhecimento de quem seria o delinquente, não poderia deixar de proceder nas diligências na busca dele, até que fosse descoberto, enquanto não prescrevesse o crime.

Dessa forma, o sistema vigente à época poderia ser considerado como inquisitivo, sobretudo porque não havia exclusividade na acusação, o que configura o núcleo duro desse sistema. Por um lado, a busca por um sistema diferenciado daquele das Ordenações Filipinas trazia aspectos de aproximação a mecanismo do sistema acusatório, com a figura do promotor, do juiz de direito e do júri de acusação, por exemplo. Por outro lado, a figura do Juiz de Paz era complementada por outros elementos inquisitoriais que iam além do núcleo duro do sistema. Por exemplo, a busca pela verdade foi mencionada por diversas vezes no texto do código<sup>137</sup>. Além disso, a atuação de ofício do juiz<sup>138</sup>, inclusive na busca de provas, era permitida em muitas situações.

Outro destaque para a legislação penal e processual penal do Império era o modo pelo qual o caso dos escravos era abordado. Como visto na seção anterior, o escravo não era considerado sujeito de direitos, mas quando concretizada a legislação criminal, contraditoriamente, eles não foram esquecidos. Ou seja, de acordo com a legislação criminal imperial, “o negro era reconhecido como *possível autor de crimes, mas nunca como vítima destes*, de forma que quem matasse um escravo ofendia a propriedade de seu Senhor e não a vida de um indivíduo” (CAMARGO, 2004, p. 88). Para os negros escravos a pena de morte e as penas cruéis eram permitidas. Inclusive, em 10 de junho de 1835, uma nova lei específica foi constituída e determinava as penas com que deveriam ser punidos os escravos que matassem, ferissem ou cometessem outra qualquer ofensa física contra seus senhores, etc. – além de estabelecer novas regras para o processo. Os escravos poderiam ser condenados à morte, sem unanimidade do júri, ou a penas desumanas, como a de açoite, e não teriam direito a qualquer recurso.

Além disso, a seção anterior mostrou que na época imperial não houve maiores avanços em termos de direitos civis, políticos e sociais. Contudo, é importante em matéria criminal citar o *habeas corpus*, introduzido em 1832 pelo código processual. Por si só o *habeas corpus* não caracteriza um avanço civil, até mesmo pela grande

---

<sup>137</sup> Pode-se citar como exemplo o artigo 46, 6º, e 80 do Código Processual Imperial, respectivamente: “Art. 46. Ao Juiz de Direito compete: [...] 6º. Lembrar ao Conselho todos os meios, que julgar ainda necessarios para o descobrimento da verdade; Art 80. Os Juizes devem fazer ao denunciante, ou queixoso as perguntas, que lhes parecerem necessarias, para descobrirem a verdade, e inquerir sobre ellas testemunhas” (sic) (BRASIL, 1832).

<sup>138</sup> Por exemplo, o artigo 84 dispunha que “As testemunhas serão offerecidas pelas partes, ou mandadas chamar pelo Juiz ex-officio”. Já o artigo 138 referia que: “O Juiz procederá a auto de corpo de delicto a requerimento de parte, ou ex-officio nos crimes, em que tem lugar a denuncia”. O artigo 167 também trazia atribuição de ofício do juiz: “Da sentença que não pronunciar, appellará o Juiz ex-officio para a Relação do Districto, e os autos serão immediatamente remetidos pelo Escrivão respectivo ex-officio sem formalidade alguma” (sic) (BRASIL, 1832).

maioria estar excluída desse direito. Entretanto, a posição de Mônica de Camargo mostra-se oportuna quando afirma que – apesar das críticas de que esse instrumento teria sido instituído apenas para preservar a elite dominante e mesmo encontrando frontais contradições num ambiente pouco propício para sua perfeita adaptação –,

a adoção do *Habeas Corpus* no Brasil representou um avanço sem limites, comparado ao período atroz vivenciado nas Ordenações Filipinas. A mudança entre os dois sistemas foi rápida, masurgia traspasar os procedimentos bárbaros proporcionados pelas Ordenações, para superar, enfim, a maioria de suas perigosas permissões, sedimentadas nas concepções excludentes e retrógradas que sua literalidade previa. (CAMARGO, 2004, p. 91)

Dessa forma, em síntese, pode-se dizer que a legislação processual penal do Império mostrou-se importante para a trajetória brasileira. Não vemos como um avanço, sobretudo em razão da escravidão e de se tratar de uma época na qual a maioria dos indivíduos não possuía qualquer tipo de direitos, mas como uma transformação que precisa ser levada em consideração. Não se pode olvidar o fato de que o caminho traçado pela primeira legislação criminal, apesar de possuir a estrutura inquisitorial, pareceu abrir espaço para a busca futura de um sistema minimamente acusatório. Já em 1832 pensava-se, mesmo que de forma limitada, na liberdade física, na exclusão de penas cruéis<sup>139</sup>, e, no que diz respeito ao sistema processual, em entregar em alguns casos a acusação para uma figura distinta do julgador. Nesse sentido também é a posição de Geraldo Prado:

Se considerarmos a brutalidade dos procedimentos das Ordenações Filipinas haveremos de acatar a tese da evolução do sistema processual que as sucedeu, em que pese a intensa concentração de poderes nas mãos dos juízes de direito, municipais e de paz, encarregados de deflagrar o processo penal condenatório, por crime público, independentemente de provocação do ofendido ou de qualquer do povo. (PRADO, 2006, p. 170)

Em 1841 o Código Processual Criminal sofreu uma reforma. Uma nova lei foi instituída em 03 de dezembro daquele ano. Importa destacar que os Juízes de Paz perderam importância em favor da polícia (FAUSTO, 2009, p. 175). O modelo minimamente inquisitório não foi modificado, uma vez que agora, no lugar dos Juízes de Paz, os Chefes de Polícia, com amparo dos delegados e subdelegados, assumiram

<sup>139</sup> Salienta Luís Francisco Carvalho (2004, p. 189) que “não fosse o paradoxo da escravidão, da pena de açoite, poder-se-ia dizer que adotamos um regime punitivo tecnicamente liberal. A incidência da pena de morte foi drasticamente reduzida (apenas para casos de homicídio, latrocínio e rebelião de escravos), as execuções passaram a ser realizadas de forma austera, sem o espetáculo da mutilação e da exposição do cadáver, com os julgamentos se efetivando por um conselho de jurados formado por doze cidadãos, todos “eleitores” (o que, na época, significava dispor de poder econômico) e de “reconhecido bom senso e probidade”.



inclusive funções de julgar causas criminais pequenas. Os Juízes Municipais também receberam encargos que eram de atribuição dos Juízes de Paz. Além disso, com a reforma de 1841 foi extinto o júri de acusação, o qual existia desde o Código Criminal de 1830.

A polêmica instaurou-se principalmente na criação dos Chefes de Polícia. Houve grande confusão entre as funções de magistrado (sobretudo com as novas funções dos Juízes de Paz e dos Juízes Municipais), Chefes de Polícia, delegados e subdelegados e um descontentamento dos liberais da época. Como dito, com essa reforma, foram por um lado atribuídas funções judiciais à polícia e funções policiais aos magistrados. Como ressaltou Fausto (2009, p. 175-6), “passava, pois a polícia, em alguns casos, a ter atribuições não só de investigar como de processar pessoas e aplicar penas”. Além disso, os Juízes Municipais, que eram nomeados pelo Imperador, assumiram a competência de propor denúncia *ex officio* nos crimes públicos, nos quais eles também procederiam à formação de culpa, antigas atribuições dos Juízes de Paz. No tocante ao sistema processual, o raciocínio lógico é o mesmo. Como não havia exclusividade na acusação de crimes públicos e separação das funções de acusador e julgador (núcleo duro do sistema), mesmo que para delitos menores, ainda não chegara a vez do sistema minimamente acusatório se estabelecer. Percebe-se, assim, uma associação entre a escassez de direitos civis, políticos e sociais do período com a inexistência de um sistema minimamente acusatório.

Com a pressão dos liberais por mudanças, em 1846 foi apresentado um projeto de reforma do judiciário, o qual foi concluído em 1871. Os projetos visavam organizar e separar as funções dos magistrados das autoridades policiais. Foi aí que nasceu o inquérito policial. Muito embora desde 1871 houvesse um forte movimento de reforma da lei processual anterior, foi com a proclamação da República, em 1889, e com a primeira Constituição republicana, de 1891, que novamente as modificações políticas repercutiram no processo penal.

### 3.2.2 A República Velha e o exemplo do Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul

Ressalta Prado (2006, p. 171) que, com a Constituição de 1891, “a introdução de um modelo federalista, inspirado no norte-americano, repercutiu de modo a deferir aos estados membros a competência legislativa em termos de processo penal”. Rompeu-se com a unidade de fontes legislativas tradicionais, introduzindo uma política estadual

que deveria ter base na Constituição<sup>140</sup>. Dessa forma, os estados passaram a ter competência para legislar em matéria processual penal, além de poderem realizar suas próprias Constituições Estaduais e atuar na produção de legislação comercial e civil. No entanto, salienta Regina Mendes, que a cultura jurídica era nacionalmente a mesma, tendo em vista que os juristas republicanos foram todos socializados nas mesmas faculdades de Direito (MENDES, 2008, p. 165-66).

É importante mencionar que alguns estados permaneceram processando os crimes através do Código Processual Criminal do Império, como é, por exemplo, o caso do estado de São Paulo, de Alagoas, do Mato Grosso, do Pará (que sofreu algumas reformas com o Decreto nº 1.352/1905) e de Goiás. Entretanto, outros estados optaram por decretar seus próprios códigos, os quais foram sofrendo parciais reformas ao longo dos anos. Como exemplos, citam-se os códigos: do Distrito Federal (Decreto-Lei nº 16.751/1924); de Minas Gerais (Decreto nº 7.259/1926); da Bahia (Lei nº 1.119/1915); do Maranhão (Lei nº 507/1909); do Rio de Janeiro (Leis nº 1.137/1912 e 1.580/1919); do Amazonas (Lei nº 920/1917); do Rio Grande do Norte (Lei nº 449/1918); do Paraná (Lei nº 1.916/1920); do Piauí (que durante muito tempo também vigorou o Código Imperial, mas em 1919 foi promulgada a Lei nº 962/1919 instituindo o seu código regional); da Paraíba (Lei nº 336/1910, que, nos casos omissos, determinava a aplicação do Código Imperial); do Ceará (Lei nº 1.950/1921); do Sergipe (Lei nº 753/1918); de Pernambuco (Lei nº 1.750/1925); do Espírito Santo (Lei nº 1.891/1914); de Santa Catarina (Lei nº 1.526/1925); do Acre (Decreto nº 9.831/1912 e, posteriormente, com o Decreto nº 14.338/1920); e do Rio Grande do Sul (Lei nº 24/1898) (PIERANGELLI, 1983, p. 161-165).

Diante da impossibilidade de o presente trabalho abarcar o estudo de todas as Constituições estaduais e códigos processuais penais de todos os estados brasileiros durante a República Velha, sob pena, inclusive, de perder-se o foco do estudo, optou-se, por critério de proximidade, referir apenas o exemplo do estado do Rio Grande do Sul. A história conta que a República Velha no Rio Grande do Sul foi marcada por períodos de violência, sobretudo em razão da política coronelista. Através de estudos realizados pelo Centro de Memória do Judiciário Gaúcho, tem-se notícia que a proclamação da República chegou ao Rio Grande do Sul através de um telegrama de Quintino Bocaiúva,

---

<sup>140</sup> Importa destacar que, assim como a Constituições do Império, a Constituição de 1891, vigente à época, não fez qualquer referência ao que se pudesse vincular à novidade sobre um sistema processual penal; inclusive não houve referência aos Promotores Públicos ou ao Ministério Público – o que aconteceria somente na Constituição de 1934.

um dos líderes do movimento republicano no centro do país. Esse telegrama teria sido encaminhado, em 1884, à redação do jornal *A Federação* (órgão propagandista fundado pelo incipiente Partido Republicano Rio-grandense – PRR). A partir de então, iniciou-se um período turbulento, com uma profunda instabilidade institucional e política<sup>141</sup> (AXT, 2001). O Rio Grande do Sul chegou a ter 16 governos em 3 anos (WASSERMAN, 2004, p. 275). O domínio político no Estado foi marcado “a ferro e fogo” (AXT, 2001; 2012).

Com a possibilidade dos estados também instituírem Constituições estaduais, em 14 de julho de 1891, após menos de um mês de instalada a Assembleia Constituinte, foi outorgada a carta constitucional gaúcha “de caráter autoritário e fortemente centralizador” (WASSERMAN, 2004, p. 275). A Carta foi orientada e redigida por Júlio de Castilhos, que logo em seguida assumiu o poder do estado. Os diversos pontos polêmicos presentes na Carta (entre eles, os mecanismos de intervenção do poder estadual nos municípios, para a elisão do conceito liberal de separação dos poderes e para a possibilidade de reeleição indefinida do primeiro mandatário do governo estadual e dos chefes dos Executivos municipais) fizeram com que, durante anos, mais especificamente até 1923, a constitucionalidade do texto fosse discutida no Congresso Nacional<sup>142</sup> (AXT, 2001).

Diante desse contexto, em 1898, foi decretada a Lei Estadual n° 24, de 15 de agosto, que estabeleceu o Código de Processo Penal do estado do Rio Grande do Sul. Em referência específica ao núcleo duro do sistema processual vigente à época, importa analisar alguns detalhes importantes.

---

<sup>141</sup> Duas guerras civis ocorreram nesse período: a Revolução Federalista, entre 1893 e 1895 (que matou quase 1% da população masculina do Estado) e a Revolução de 1923, entre 1923 e 1925 (WASSERMAN, 2004, p. 273).

<sup>142</sup> “Com a assinatura do Pacto de Pedras Altas, em 14 de dezembro de 1923, que pôs termos à Revolução Assisista [maragatos liderados por Joaquim Francisco de Assis Brasil], abriu-se caminho para a reforma constitucional. Fundamentalmente, o acordo de paz estabeleceu a proibição de reeleição do primeiro mandatário, a adaptação das eleições estaduais e municipais à legislação federal, a determinação de nomeação de intendentes provisórios apenas nos casos de completa acefalia administrativa – sendo que os mesmos teriam fixado o prazo de 60 dias para convocar novas eleições –, consignação à Justiça de competência para julgar recursos referentes às eleições municipais, eleição do vice-presidente do estado nas mesmas condições do presidente, garantia de representação federal das minorias em todos os distritos eleitorais, divisão do Estado em seis distritos eleitorais, garantia de representação mínima da minoria na Assembleia de um representante por distrito e, finalmente, anistia para os presos e perseguidos políticos gaúchos. [...] Depois de avaliado e formalmente aprovado pela quase totalidade dos conselhos municipais, o projeto foi promulgado pela Lei n° 327, de 6 de fevereiro de 1924, e incorporado à Constituição” (AXT, 2002, s/p).

Havia uma divisão no Poder Judiciário entre os Juízes Distritais e os Juízes da Comarca<sup>143</sup>. As funções do Juiz Distrital (que não precisava ter diploma, nem ser concursado e era nomeado pelo presidente do estado), em matéria criminal, era atuar no preparo dos processos criminais para encaminhá-los ao Juiz da Comarca<sup>144</sup>. Ao Juiz da Comarca (de quem não era exigido diploma de curso superior, mas sim concurso), incumbia a função de pronunciar os crimes de competência do tribunal do júri e julgar os processos criminais do processo sumário (crimes de resistência; os de tirada de presos do poder da justiça; contrabando e falência; crimes comuns cometidos no exercício da função pública; dos administradores ou fiscais da sociedade ou de companhias anônimas; os de violação dos direitos de patentes de invenção e descobertas e dos direitos de marcas de fábrica e de comércio). Havia também a previsão do Promotor de Justiça, o qual tinha a obrigação de oferecer denúncia nos crimes de ação pública. Nesse sentido, os tribunais (juízes) não poderiam *ex officio* promover a ação penal<sup>145</sup>. Além disso, o capítulo X trazia as especificações da defesa, que facultava ao acusado atuar em defesa própria ou através da assistência de um defensor<sup>146</sup>.

Se os fatos narrados acima fossem analisados rapidamente seria possível concluir que existia a presença do núcleo duro do sistema acusatório: diferentes órgãos para acusar, defender e julgar. Entretanto, em uma análise mais aprofundada, percebe-se o oposto. Através de um exame minucioso do código é possível perceber que os promotores eram subordinados aos Juízes das Comarcas<sup>147</sup>. Isto leva-nos a concluir que não existia independência funcional nesta categoria. Além disso, o fato de os tribunais não poderem oferecer denúncia de ofício parece ser uma máscara utilizada na República Velha para encobrir arbitrariedades. O artigo 111 é claro ao afirmar que se os tribunais descobrissem ou conhecessem da existência de algum crime em que fosse possível a

---

<sup>143</sup> Há também menção no Código sobre os Juízes de *Facto*, o que em uma leitura rápida poderia confundir o leitor. Juízes de *Facto* era a nomenclatura utilizada para referir-se aos jurados escolhidos para julgar os crimes de competência do tribunal do júri.

<sup>144</sup> O artigo 406 dispunha que “Os juizes districtaes da séde de municipios, que não são cabeças de comarca, têm competencia para o preparo e apresentação dos processos que devam ser submettidos ao julgamento do jury” (sic) (RS, 1898).

<sup>145</sup> O artigo 110 dispõe que “Os tribunaes não podem ex-officio promover a acção penal. Devem, porém, remetter ao Ministerio Publico as indagações policiaes ou outras quaesquer provas que receberem para que sirvam de base á denuncia” (sic) (RS, 1898).

<sup>146</sup> Dispõe o artigo 292 que “E’ facultadi ao réu defender-se por si ou com a assistencia de um defensor” (sic); e o artigo 293, que “Toda pessoa póde livremente patrocinar a defesa de outrem”(sic) (RS, 1898).

<sup>147</sup> O que pode ser verificado, por exemplo, no artigo 551: “O accusador particular ou o promotor publico podem espontaneamente apparecer e intervir na liquidação, qualquer que seja seu estado. O juiz tambem póde ordenar que o promotor publico intervenha” (sic) (RS, 1898).

denúncia, eles deveriam determinar ao Ministério Público que promovesse a ação penal<sup>148</sup>. O sistema inquisitório estava estabelecido.

Para além do núcleo duro, outros fatores demonstram também a inquisitorialidade do código rio-grandense de 1898. A atuação de ofício em busca de provas para sustentar uma verdade é o exemplo mais comum nos códigos inquisitoriais. Esse não era diferente. Por exemplo, antes mesmo das fases de instrução (secreta e pública) precedentes ao tribunal do júri, o Juiz Distrital já poderia atuar na formação da culpa. A polícia judiciária poderia também ser responsável pela fase preparatória (seria uma espécie de inquérito policial da atualidade). Porém, caso o juiz já estivesse iniciando a formação da culpa, antes da indagação policial, ele poderia requerer a autoridade policial para lhe passar todos os resultados de diligências que já estivessem concluídos, bem como *ex officio* poderia cooperar no descobrimento de provas. Já na primeira fase de instrução, após autuada a denúncia ou queixa, novamente as provas eram realizada pelo Juiz Distrital, porém acompanhadas de outra característica clássica do sistema inquisitivo: o segredo. Inicialmente o juiz deveria realizar um procedimento secreto, sem a presença das partes (defesa e promotor) durante o prazo de quinze dias (prorrogáveis por mais quinze), no qual interrogaria o réu, ouviria as testemunhas que ele ponderasse pertinentes e buscaria todas as provas necessárias para elucidação da verdade, inclusive *ex officio* (RS, 1898).

Em síntese, diversos aspectos inquisitoriais estavam presentes no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul: o juiz poderia determinar ao promotor a oferecer denúncia e a iniciar a ação penal pública (uma espécie de acusação indireta), a possibilidade de o juiz requerer provas de ofício na fase de investigação e de instrução, o procedimento secreto e a busca pela verdade são exemplos disso.

O processo penal inquisitório do estado do Rio Grande do Sul nada mais foi que uma consequência da própria República Velha. Como visto na seção anterior, os direitos e garantias dos cidadãos, sobretudo políticos e civis, apesar de alguns

---

<sup>148</sup> Dispõe o artigo 111 que “Quando em autos e papeis de que tiverem de conhecer, descobrirem os tribunais a existencia de crime em que cabe denuncia, **determinarão** ao Ministerio Publico que promova a respectiva acção penal” (sic). Além disso, o artigo 108 é claro ao mencionar que é dever de todo cidadão que presenciar um fato criminoso comunicar os tribunais ou ao Ministério Público sobre o ocorrido. Nesse caso, se comunicado ao tribunal, o juiz também determinará que o Ministério Público ofereça a denúncia. O juiz atua indiretamente como se órgão acusador fosse (RS, 1898. Grifos nossos.). Além disso, os artigos 103, 104 e 105 do código também confirmam essa posição, quando trazem o dever do Ministério Público oferecer denúncia, quando determinado pelo juiz, nos casos de representação contra algum funcionário ministerial (ou seja, neste caso, depois de ouvir o funcionário do MP, o juiz poderá ordenar o oferecimento da denúncia).

constitucionalmente estabelecidos, não foram respeitados na prática. Além disso, houve inclusive retrocessos no tocante aos direitos sociais com a Constituição republicana de 1891. A ausência (ou insuficiência generalizada) de direitos é uma característica que acontecia concomitantemente a presença de um sistema processual penal inquisitório, como visto também na época imperial. Inclusive, como referido anteriormente, alguns estados brasileiros permaneceram com a vigência do Código Imperial em plena República Velha.

### 3.2.3 O Código de Processo Penal de 1941: da era inquisitorial ao surgimento do sistema acusatório com a Constituição de 1988

Após a década 1930, período marcado por nova mudança política, e depois da instalação do Estado Novo, um novo Código de Processo Penal foi instituído, em 03 de outubro de 1941 por Getúlio Vargas. Em 1º de janeiro de 1942 o Código de Processo Penal brasileiro entra em vigor. Com devidas mudanças e reformas pontuais, esse é o código que vigora até os dias de hoje no Brasil.

Quando estabelecido o Código de 1941 encontrava-se em vigor a Constituição de 1937, que ficou conhecida como “Polaca”, por ter fortes influências da Constituição autoritária da Polônia. Nenhuma referência ao sistema processual penal foi realizada no texto constitucional, mesmo que implicitamente. O que remete o debate sobre o sistema processual penal, novamente, para a análise do código infraconstitucional. O CPP de 1941 – o qual, de acordo com Coutinho (2009, p. 109), é uma cópia do *Codi Rocco*, da Itália, de 1930 – foi instituído com a base da estrutura inquisitorial.

Os antigos artigos 26<sup>149</sup> e 531<sup>150</sup> do Código de Processo Penal garantiam que não havia exclusividade na acusação, ou seja, ela não era privativa. Era permitido ao magistrado, nos crimes menores (contravenção penal), iniciar de ofício a ação penal. Fato esse que demonstra que o núcleo duro do sistema processual penal inquisitório se fazia presente. O sistema inquisitório (através do núcleo duro) e também com outros aspectos inquisitoriais – alguns que até hoje permanecem no código (livre

---

<sup>149</sup> A redação fornecida ao artigo 26 do CPP, quando da promulgação do código de 1941, foi clara ao afirmar que a ação penal, em crimes menores, poderia ser iniciada pelo juiz e até mesmo pela autoridade policial (Artigo 26, do CPP: “A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial” (BRASIL, 1941)), o que significa uma clara continuidade inquisitorial das atribuições que eram, antigamente, fornecidas aos juízes de paz e chefes de polícia.

<sup>150</sup> O artigo 531 dispunha que “O processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público” (BRASIL, 1941).

convencimento, produção de prova pelo juiz, recurso de ofício) – perdurou de 1941 a 1988.

De 1941 a 1988 duas Constituições foram estabelecidas: a de 1946 e a de 1967 (com a respectiva Emenda nº1 de 1969). Nenhuma destas Constituições mencionou novidades que pudessem ser consideradas relevantes ao processo penal. É curioso, no entanto, que no período 1946-1964 (para alguns, conhecido como o primeiro período democrático da história brasileira), nenhuma reforma processual penal foi levada a cabo para superar os elementos do núcleo duro do inquisitorialismo. A Constituição de 1946 permaneceu garantindo alguns direitos sociais e ampliou de certa forma os direitos civis e políticos (apesar das particularidades vistas na seção anterior no tocante ao voto dos analfabetos, por exemplo). Entretanto, o sistema processual penal permaneceu inquisitorial com a vigência dos artigos 26 e 531 do Código Processual. Já o período ditatorial (1964-1985) foi marcado novamente pela ênfase dos direitos sociais e a supressão de direitos civis e políticos (com as devidas ressalvas, já referidas, sobre o aumento nominal do número de votantes). O sistema processual penal manteve-se inquisitorial; e aqui, como se sabe, de forma agravada, com a presença de tortura, ausência total de defesa em alguns casos, etc.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o sistema processual penal pela primeira vez na história brasileira tomou outro rumo. Houve a opção política pela adoção do sistema processual penal minimamente acusatório<sup>151</sup>. O artigo 129, inciso I, estabeleceu a competência privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública, separando, definitivamente, as funções de acusar, defender e julgar. Dessa forma, os artigos 26 e 531 do CPP, após uma leitura constitucional, foram considerados revogados pela Constituição e restou esclarecido, inclusive por jurisprudência, que o processo das contravenções penais também somente pode ter início mediante denúncia do órgão acusador, o Ministério Público<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Importa destacar a oportuna observação feita por Lenio Luiz Streck (2001, p. 634): “para termos uma ideia, uma consulta rápida aos manuais e compêndios de processo penal dá conta de que, por exemplo, embora a maioria dos processualistas sustente que a Constituição de 1988 trouxe, de forma inequívoca, o sistema acusatório, ainda há setores que apregoam que o sistema é misto (sic). Por todos, veja-se Guilherme Nucci (2008), cujas obras podem ser encontradas em quase todas as bancadas dos juízes, promotores, desembargadores e ministros de nossos Tribunais Superiores”.

<sup>152</sup> “A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que instituíam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta. STF, Pleno, HC 67.931-5-RS. O processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do Ministério Público. Revogação dos arts. 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/1988, art. 129, I” (RE 134.515, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-8-1991, Segunda Turma, DJ de 13-9-1991.). No mesmo

Nota-se, dessa forma, que o sistema minimamente acusatório surge no país apenas com a Constituição de 1988 e é garantido essencialmente por ela, a qual é responsável pela fundamentação de alterações significativas em um Código de Processo Penal caracteristicamente inquisitorial. Observa-se que isso ocorre no mesmo momento em que começam a ser adquiridos pela população brasileira direitos civis, políticos e sociais de forma inédita – garantidos pela mesma Carta. Importa perceber que esse fato sugere que o Brasil não segue a mesma lógica histórica percebida no Ocidente. Como visto no primeiro capítulo, no Ocidente o sistema acusatório surge de forma primária concomitantemente à aquisição de direitos civis e políticos da população, mas não necessariamente de direitos sociais amplos. No Brasil, ao contrário, o sistema minimamente acusatório surge, não por acaso, de forma integrada à tríade de direitos do Estado Democrático de Direito: síntese entre direitos civis, políticos e sociais.

Por um lado, poder-se-ia sugerir que o caso brasileiro apenas reproduz o modelo ocidental, já que o sistema acusatório surge simultaneamente à garantia de direitos civis e políticos. Por outro, como se argumenta neste trabalho, o pilar social parece ter sido (e continua sendo) fator determinante. Suas garantias tornaram-se constitucionais em 1988, acabando por adquirir importância inédita. Além disso, tais direitos sociais, em um país em desenvolvimento, configuram-se como condição necessária para a garantia de direitos civis e políticos efetivos. Por isso, é possível argumentar que no caso brasileiro (e, possivelmente, de demais países em desenvolvimento) o estabelecimento do sistema acusatório está vinculado à tríade de direitos como um todo. Conseqüentemente, o próprio conceito amplo de sistema acusatório poderia ser pensado como reflexo da síntese do Estado Democrático de Direito e qualquer esforço para a sua maior consolidação envolveria uma análise ampla dos desafios e possibilidades nas esferas de direitos civis, políticos e sociais.

A Constituição brasileira – ao assentar o fundamento da República no Estado Democrático de Direito, como princípio sintético de direitos civis, políticos e sociais, e ao instaurar os princípios básicos do sistema acusatório – acaba por vincular esses dois elementos em uma lógica simbiótica. Isto é, estabelece um vínculo íntimo entre esses organismos (sistema acusatório e Estado Democrático de Direito) que torna esta relação quase obrigatória.

---

sentido: HC 72.073, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 2-4-1996, Segunda Turma, DJ de 17-5-1996.



O sistema acusatório, dessa forma, pode ser compreendido como uma conquista e um reflexo do Estado Democrático de Direito – o que fortalece o argumento de que este sistema processual precisa ser pensando através dos três pilares de direitos (civis, políticos e sociais, conforme se verá no próximo capítulo). O sistema acusatório é um reflexo da democracia (em sentido amplo), diferentemente do sistema inquisitivo, na esteira oposta, que surge quando há insuficiência (quase que inexistência) de direitos, sobretudo políticos e civis, geralmente através de governos autoritários. Por isso, o sistema acusatório, constitucionalmente (e democraticamente) estabelecido pela Constituição brasileira de 1988, na verdade

revoga (ou deveria revogar!) o serôdio sistema inquisitório, de triste memória histórica. Ora, ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas, detendo, para tanto, parcela da soberania estatal (nesse sentido, diferencia-se do advogado, porque não está vinculado à pretensão acusatória); ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador, cabe produzir legislação adequada ao sistema jurídico. (STRECK, 2010, p. 168)

Entretanto, há ainda no Brasil “uma corte de alta inquisitorialidade”, conforme refere Giacomolli (2008, p. 17). É por isso que se afirma que a discussão do sistema acusatório vai muito além do seu núcleo duro. O fato de o sistema processual penal acusatório ter surgido no país concomitantemente com a aquisição de direitos civis, políticos e sociais de forma inédita, não é mero acaso. Existe uma relação íntima do sistema processual penal e o processo de aquisição histórico de direitos no país, o que encaminha o debate processual penal para a própria transição do Estado Democrático de Direito e para uma compreensão ampla sobre o sistema acusatório. A superação da inquisitorialidade presente ainda na atualidade brasileira parece depender da união de esforços na busca de efetividade de direitos civis (individuais), políticos e sociais.

### **Conclusão do Capítulo 3**

Este capítulo dedicou-se ao estudo histórico do caso brasileiro. Discutiu a perspectiva sociológica (amparada pelo estudo das Constituições e da realidade de cada época) do processo de aquisição histórico de direitos civis, políticos e sociais da população e comparou tal caminho com o surgimento do sistema acusatório no país. A evolução dos sistemas de processo penal parece estar diretamente relacionada com o processo de transformação das Constituições e da garantia histórica de direitos pelos cidadãos.

O sistema processual penal brasileiro parece ter se desenvolvido em uma lógica diferenciada daquela seguida pelo Ocidente – onde o sistema acusatório ascendeu em seu caráter moderno concomitantemente à aquisição de direitos civis e políticos da população. Com a redemocratização e a Constituição de 1988 passam a existir no Brasil o sistema minimamente acusatório e os fundamentos do Estado Democrático de Direito (síntese entre os direitos civis, políticos e sociais). Logo, o sistema acusatório surge juntamente com a necessidade de se congregarem os três pilares de direitos – fato este que parece ser de extrema importância para a própria consolidação do sistema e como contribuição ao fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito no Brasil.

Dessa forma, o sistema processual penal acusatório pode ser considerado um reflexo do Estado Democrático de Direito. Entretanto, ambos ainda encontram dificuldades de transição e consolidação. As dificuldades de implementação de direitos civis, políticos e sociais enfrentadas por um país em desenvolvimento refletem as próprias dificuldades de consolidação do sistema processual penal e do processo penal como um todo. Por isso, pode-se dizer que há no país uma relação lógica entre a existência de resquícios inquisitoriais e as próprias características e incompletudes no processo mais amplo de aquisição de direitos.

Em suma, há, na atualidade, uma busca incessante pela consolidação do sistema acusatório. Não há mais como pensar este sistema somente através de seu núcleo duro: a separação mínima das funções de acusar, defender e julgar não são suficientes diante das transformações e necessidades da sociedade, sobretudo diante de um país em desenvolvimento como o Brasil. A própria história demonstra que é pouco provável que esse sistema se consolidará se não houver mudanças significativas nos três pilares de direitos (civis, políticos e sociais) em matéria processual penal.

Por essa razão, o terceiro e último capítulo deste trabalho, valendo-se de uma compreensão ampliada de sistema acusatório, busca apresentar soluções qualitativas para a superação do inquisitorialismo no Brasil. Essas soluções estão vinculadas a uma real implementação do Estado Democrático de Direito, através de “mecanismos” que reforcem não somente os direitos fundamentais civis e políticos, mas também os sociais. É uma solução de longo prazo que se subdivide em argumentos que, juntos, podem vir a colaborar para a consolidação de um sistema acusatório democrático e para todos.

## **4 A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO INQUISITORIALISMO DIANTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS SOLUÇÕES QUALITATIVAS**

---

### **Introdução ao Capítulo 4**

O sistema acusatório pode ser considerado um reflexo do Estado Democrático de Direito, conforme abordado no segundo capítulo deste trabalho. No Brasil, ambos (Estado Democrático de Direito e sistema acusatório) são propostas constitucionais, pós-redemocratização, oriundas da Constituição Federal de 1988. Estudou-se, ainda, que, diferentemente do modelo ocidental, no Brasil o sistema acusatório surgiu quando foram adquiridos de forma integrada direitos civis, políticos e sociais. Entretanto, a aquisição positivada destes direitos e do sistema acusatório não fez com que na prática houvesse a consolidação de ambos. Ainda há dificuldades em se respeitar o texto constitucional.

Existe no país uma incompletude tanto do Estado Democrático de Direito (nos três pilares da síntese entre direitos civis, políticos e sociais), quanto do sistema acusatório. Constata-se que Estado Democrático de Direito e sistema acusatório permanecem em grande medida duas promessas, dois devires, em fase de transformação e transição em direção a sua consolidação. A fim de compreender essa incompletude e de prospectar potenciais instrumentos para aceleração desse processo, o presente capítulo direciona-se para um estudo de macro escala. Abarca as dificuldades que envolvem a síntese do Estado Democrático de Direito e discute o sistema processual penal de uma forma ampliada, conectando-o às três esferas de direitos que sustentam o Estado Democrático de Direito.

É a partir deste contexto que o presente capítulo busca estudar soluções qualitativas (em oposição às meramente quantitativas) para a superação dos resquícios inquisitoriais que ainda se fazem presentes no país. Para tanto, o capítulo divide-se em três seções. A primeira seção abordará as implicações do Estado Democrático de Direito para o sistema acusatório, a partir das seguintes análises: (i) as propostas constitucionais de sistema acusatório e Estado Democrático de Direito (duas promessas, dois devires); (ii) O Estado Democrático de Direito como um conceito síntese; e (iii) os desafios da consolidação do sistema acusatório e a análise de uma compreensão ampliada que abarque a tríade de direitos (civis, políticos e sociais). A segunda seção, a partir do conceito amplo de sistema acusatório, faz uma avaliação desse sistema a partir das três

esferas de direitos (civis, políticos e sociais), destacando o que tem sido feito na atualidade para a superação dos resquícios do inquisitorialismo, anunciando as principais problemáticas que envolvem cada esfera. Já a terceira e última seção apresentará, nas três esferas de direitos, alternativas de soluções de cunho qualitativo que em conjunto e em longo prazo poderão contribuir para a consolidação do sistema acusatório no país.

#### 4.1 IMPLICAÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO

Essa seção buscará demonstrar quais são as principais implicações do Estado Democrático de Direito para o sistema acusatório. O estudo divide-se em três partes principais. Primeiramente, buscará apresentar o Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório como propostas constitucionais que se encontram ainda em fase de transição e consolidação. Posteriormente, apresentar-se-á a importância do conceito síntese do Estado Democrático de Direito (que engloba a tríade de direitos: civis, políticos e sociais). Por fim, será demonstrado por qual razão o Estado Democrático de Direito importa na relação com o processo penal e, em específico, com o sistema processual penal. Para conformar essa simbiose, apresentar-se-á uma compreensão ampliada de sistema acusatório.

##### 4.1.1 Estado Democrático de Direito e Sistema Acusatório como propostas constitucionais (duas promessas, dois devires<sup>153</sup>)

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito<sup>154</sup>. A mesma Constituição apresenta em seu artigo 129, inciso I, como função institucional do Ministério Público, a promoção privativa da ação penal pública<sup>155</sup>. A atribuição privativa e exclusiva da

---

<sup>153</sup> Devir é um conceito filosófico que, ao longo da história, vem recebendo diversas definições. Para Aristóteles, por exemplo, o devir é um movimento de passagem, do virtual (algo que ainda não está perfeito) ao real (que alcançou a perfeição). O devir, portanto, seria a realização (tornar-se real). Hegel também possui posição semelhante sobre o devir (COELHO, 2007, p. 77-84). Para fins deste trabalho, o conceito de devir deve ser lido como algo que está em transformação no mundo, ou seja, que poderá vir a ser; que sairá de um plano em busca de uma meta, transformando-se.

<sup>154</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>155</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]” (BRASIL, 1988).

ação penal pública a um órgão independente<sup>156</sup> demonstra a clara separação das funções entre acusar e julgar, diferente do que acontecia no sistema inquisitivo<sup>157</sup>. Estado Democrático de Direito e sistema acusatório, portanto, foram duas noções incorporadas ao texto constitucional à mesma época. Trata-se de duas propostas constitucionais.

O Estado Democrático de Direito surge na Constituição como um marco transformador, apontando uma mudança da realidade que existia anteriormente. Por isso, destaca Lenio Luiz Streck, que “no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional” (STRECK, 2003, p. 261). A Constituição torna-se hierarquicamente o ápice da legislação brasileira. É por isso que aponta Aury Lopes Jr. que o processo penal deve ser lido à luz da Constituição Federal (LOPES JR., 2014). Igualmente, Geraldo Prado argumenta que na medida em que a Constituição “opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual penal daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos esses direitos” (PRADO, 2006, p. 47). Dessa forma, a Constituição precisa se fazer viva.

Entretanto, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição brasileira, ainda há dificuldades na sua aplicação prática e resistências para a sua efetivação. Explica Rafael Tomaz de Oliveira que há no país, desde os tempos do Império, uma tendência de “encobrir” o sentido real da Constituição, “resignando-a a um papel secundário na esfera jurídica e que tende a tornar baixa a densidade normativa dos textos de nossas Constituições” (OLIVEIRA, 2008, p. 9-10). Salienda ainda que

esta “baixa constitucionalidade” torna obscuro os sentidos estabelecidos pelos preceitos constitucionais e não permite o “acontecer” da Constituição, que, no mais das vezes, cede sua supremacia aos Códigos, como se ela (a Constituição) fosse uma “maligna influência” para o ordenamento jurídico. Deveras, não é raro encontrar nos repertórios jurisprudenciais de nossos Tribunais, decisões que, ao invés de interpretar o Código - ou a lei infraconstitucional - em face da Constituição, inexplicavelmente executam o inverso. (OLIVEIRA, 2008, p. 9-10)

Além disso, alerta Oliveira (2008, p. 6) que é importante “revisitar a dogmática jurídica predominante no Brasil que convive pacificamente com os problemas

---

<sup>156</sup> “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>157</sup> Além disso, no tocante a defesa, a Constituição de 1988 apresenta a advocacia e a defensoria pública como possibilidade de defesa técnica aos investigados e acusados (artigos 133 e 134).

apresentados e emudece o necessário questionamento sobre a (in)efetividade da Constituição”. Ainda: deve-se ter cuidado com aquilo que Luis Alberto Warat chamou de “senso comum teórico dos juristas” ou o “lugar do secreto”, pois é isto muitas vezes que impede que “venha à tona o ‘novo’, dificultando, ainda mais o ‘acontecer’ da Constituição em terras brasileiras” (OLIVEIRA, 2008, p. 6-7).

Podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, eles rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o ‘senso comum teórico dos juristas’ – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo o poder. Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político das verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder. (WARAT, 1994, p. 15)

No âmbito do processo penal não é difícil perceber a tendência de dificuldade de efetividade constitucional. O Código de 1941 já passou por algumas reformas pontuais, mas resquícios inquisitoriais (mesmo com a opção política constitucional de um sistema acusatório) permaneceram ao longo do texto infraconstitucional. Mesmo que exista no país um sistema minimamente acusatório (pois é respeitado o núcleo duro do sistema), ainda há diversos pontos cruciais a serem resolvidos para a sua efetiva consolidação<sup>158</sup>.

Essa realidade está intimamente ligada à síntese do Estado Democrático de Direito (direitos civis, políticos e sociais). As dificuldades de concretização dos fundamentos civis, políticos e sociais do Estado Democrático de Direito parecem se relacionar com os limites de ampliação do sistema acusatório para além do seu núcleo duro, conforme se verá nas próximas duas seções. Mais especificamente, aqui podem situar-se as dificuldades mais profundas da superação dos seus resquícios inquisitoriais.

Sustenta-se que essa dificuldade de consolidação tanto do sistema acusatório, como do próprio Estado Democrático de Direito está relacionada com o processo de transição em que ambos se encontram.

Guillermo O’Donnell quando escreve sobre a democracia salienta que há dois momentos que precisam ser compreendidos no processo de democratização: primeiro,

---

<sup>158</sup> Além disso, a jurisprudência no Brasil é farta no sentido de ignorar o texto constitucional, dando ênfase e prevalência às normas do CPP individualmente, como se a Constituição não existisse, ou melhor, como se a Constituição existisse apenas quando convém. Em outras palavras: ignora-se a existência de um sistema acusatório, fortalecendo, desta forma, o autoritarismo e as discricionariedades.

existe a transição do autoritarismo para a democracia; e, posteriormente, há outro momento, mais complexo, que é a transição para a consolidação da democracia (O'DONNELL, 1994, p. 57). São dois momentos distintos de transição para a construção da democracia como um todo. Ao fazer uma analogia com a teoria de O'Donnell, é possível pensar que, no Brasil, o Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório encontram-se na segunda fase de transição. O primeiro, porque transitou de um Estado desacreditado nos poderes Legislativo e Executivo para um Estado que recupera a confiança nos poderes representativos e que aposta na efetividade do Poder Judiciário, tornando-o um Estado Democrático de Direito, com um conteúdo de transformação do *status quo*. E o segundo, da mesma forma, pois transitou de um sistema inquisitório para um sistema acusatório. É possível refletir sobre essa analogia, pois, como se verá nos próximos tópicos, ambos (Estado Democrático de Direito e sistema acusatório) não estão consolidados e parecem se encontrar frente a processos inacabados de transição.

#### 4.1.2 O Estado Democrático de Direito como um conceito síntese

A proposta constitucional do Estado Democrático de Direito ainda é uma promessa a ser cumprida, conforme visto na seção anterior. É por isso que se compreende que o Estado Democrático de Direito ainda encontra-se em transição. De períodos autoritários a um período democrático, com novos direitos adquiridos de forma inédita e com a participação cada vez maior do Poder Judiciário, o conceito sintético que envolve o Estado Democrático de Direito parece ser de extrema importância para contribuir com a transição para a sua consolidação. Dessa forma, essa seção apresentará o Estado Democrático de Direito como um conceito síntese de direitos civis, políticos e sociais. Primeiramente, demonstrar-se-á a importância do conceito síntese de Estado Democrático de Direito. Em segundo lugar, a partir deste contexto, pretende-se demonstrar que a despeito da Constituição ter atribuído uma série de direitos aos cidadãos brasileiros, com base na ideia de Estado Democrático de Direito, a aquisição prática, sobretudo de direitos civis e sociais, é ainda incompleta. Esta análise engloba o estudo da América Latina, com base na abordagem de Guillermo O'Donnell, sugerindo como o caso brasileiro se enquadra em contexto regional mais amplo de dificuldades comuns.

#### 4.1.2.1 O Estado Democrático de Direito como conceito síntese: a tríade de direitos

Como referido no primeiro capítulo desse trabalho, o conceito de Estado de Direito apresenta limites importantes por abarcar, em geral, apenas direitos civis (base do Estado Liberal). Por seu turno, o conceito de Estado Democrático de Direito abre novas frentes. Isso porque inclui, além dos direitos civis, a esfera política e, como tal, a aquisição de direitos próprios das poliarquias<sup>159</sup> (democracias políticas). Assim, a democracia no Estado Democrático de Direito não é só um regime político, mas também um modo particular de relacionamento entre Estado e cidadãos e entre os próprios cidadãos, sob um tipo de princípio da lei que, além da cidadania política, preserva a cidadania civil e uma rede completa de *accountability* (O'DONNELL, 1998, p. 52).

Além disso, o conceito de Estado Democrático de Direito abre espaço para a discussão sobre direitos sociais. Isso ocorre em duas frentes. A primeira, mais revolucionária, ao lidar com democracia como um conceito que vai além da esfera política (poliarquia) e que engloba os próprios direitos sociais. A segunda frente, mais pragmática, surge quando a democracia é tratada como um conceito limitado (político), mas que nem por isso deve abster-se de lidar com o problema dos direitos sociais e as condições de vida das populações, elementos fundamentais para a sua própria sustentabilidade.

Se pensarmos no primeiro caso, em um conceito ampliado de democracia, ao qual a própria noção de Estado Democrático de Direito estaria vinculada, a concepção de igualdade social deveria estar logicamente presente. Segundo Stella Narita,

[...] para aprofundar a discussão dos problemas envolvidos na questão dos direitos sociais, também é necessário avançar no debate da consolidação democrática para além da democracia política: é preciso discutir a construção da democracia econômica e social para que a cidadania possa ser realizada de fato, superando a “democracia sem cidadania”, a “democracia sem direitos sociais”. Está claro, portanto, que é preciso aprofundar a discussão e a construção concreta para além do caráter formal da democracia e da cidadania em países nos quais os direitos sociais são negligenciados. (NARITA, 2010, p. 4)

<sup>159</sup> Para Robert Dahl (2005), alguns atributos caracterizam uma poliarquia: autoridades eleitas, eleições livres e justas, sufrágio inclusivo, direito de concorrer a cargos eletivos, liberdade de expressão, meios alternativos de informação e liberdade de associação. O'Donnell propõe outros três atributos: “autoridades eleitas (e alguns indivíduos indicados, como os juízes dos tribunais superiores) não devem ser destituídas arbitrariamente antes do fim de seus mandatos estabelecidos constitucionalmente; os funcionários eleitos não devem estar sujeitos a restrições severas, vetos ou exclusão de certos domínios políticos por outros atores não eleitos, especialmente as forças armadas; e deve haver um território incontestado que defina claramente a população votante”. Para o autor, esses dez atributos em conjunto definem uma poliarquia (O'DONNELL, 1998, p. 38).



Importa ressaltar neste momento, mesmo que sucintamente, a ideia de democracia de Luigi Ferrajoli, principalmente por ser atual e relevante e por abarcar os direitos sociais no conceito amplo<sup>160</sup>. O referido autor sustenta que o garantismo redefine a democracia e que esta não pode ser pensada se não sob uma ótica constitucional, a partir de cinco dimensões (formal, civil, política, substancial e social):

[...] *la democracia formal, generada por los derechos secundarios o de autonomía y articulada en las dos formas, referidas al “quién” y al “cómo” de la decisión, de la democracia civil y de la democracia política, fundadas, una sobre los derechos civiles, y la otra sobre los derechos políticos; por otro lado, la democracia substancial, determinada por los derechos primarios o substanciales y articuladas en dos dimensiones, relativas al ‘qué’ de las decisiones, de la democracia liberal (o liberal-democracia) y de la democracia social (o social-democracia), basadas una en los derechos de libertad, la otra en los derechos sociales.* (FERRAJOLI, 2001, p. 339-40)

Por outro lado, Robert Dahl (2001, p. 75) nos relembra que a democracia possível (poliarquia) deve lidar prioritariamente com a igualdade política. Neste caso, mesmo se optarmos pela segunda frente mencionada acima e descartarmos a ideia de igualdade social do problema central das poliarquias (igualdade política) a sustentabilidade dessa democracia política também pressupõe necessariamente o bem-estar social da população.

A Política Comparada tem avançado nos estudos que relacionam a democracia com a modernização das sociedades, o que está diretamente conectado ao aumento dos níveis de renda da população e à sua distribuição. Nesse caso os estudos embrionários da Teoria da Modernização chamaram atenção para o assunto. A Teoria da Modernização surgiu no pós-II Guerra Mundial em um contexto de proliferação dos Estados de Bem-Estar Social (*welfare states*). O trabalho de Seymour Martin Lipset (1959) é seminal nesta corrente. O argumento teórico de Lipset relaciona-se com as proposições de Karl Deutsch (1961), ao utilizar os conceitos de modernização, mobilização social e diferenciação (mudanças de estruturas) para explicar o mecanismo causal que vai do desenvolvimento econômico (urbanização, alfabetização e riqueza) ao surgimento da democracia. Entre outras variáveis utilizadas pelo autor, a mais significativa é a renda *per capita*. Lipset chega ao ponto de concluir que países que

---

<sup>160</sup> Contudo, faz-se referência à Morais e Streck, quando concordam com Warat e Lefort, que a “conceituação de democracia é uma tarefa quase impossível, mormente porque o termo “democracia”, com o passar do tempo, foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa. Daí que parece acertado dizer que a razão está com Claude Lefort, para quem a democracia é uma constante invenção, isto é, deve ser inventada cotidianamente” (MORAIS; STRECK, 2012, p. 109).

atingissem a linha de corte (*threshold*) de US\$ 695,00 de PIB *per capita* tornar-se-iam democracias e que os demais, não (LIPSET, 1959, p. 77).

A partir de críticas que apontavam casos desviantes e que acusavam o caráter endógeno da teoria de Lipset (ou seja, que a modernização/renda seria a causa da democracia)<sup>161</sup> outros autores procuraram tentar entender não as causas da democracia (as trataram como exógenas ao sistema) mas sim as condições para a sua estabilidade. Em fins da década de 1990, Adam Przeworski, José Antonio Cheibub, Fernando Limongi e Michael Alvarez, questionaram a explicação endógena de Lipset. Como explicar casos em que há democracia, mas níveis de renda são muito baixos, como no caso de alguns países latino-americanos, por exemplo? Os autores explicam que a democracia é instituída por causas exógenas e variadas (disposição de líderes, conjuntura, pressões internacionais, etc.), mas que a sua estabilidade pressupõe níveis de renda mínimos. Mais objetivamente, para os autores, democracias com rendas *per capita* inferiores a US\$ 1.000,00 não durariam mais do que oito anos. A estabilidade seria alcançada aos US\$ 4.000,00 *per capita* (PRZEWORSKI; ALVAREZ; CHEIBUB; LIMONGI, 2000, p. 98).

Percebe-se uma similitude desta abordagem com a proposta por Ha-Joon Chang. O autor demonstra, em “Chutando a Escada”, que o sufrágio universal dos países de desenvolvimento econômico tardio foi implantado quando eles tinham níveis inferiores de renda, em comparação com os que tiveram os países de desenvolvimento precoce. Os países hoje desenvolvidos implantaram seus sufrágios quando tinham rendas *per capita* acima de US\$ 2.000,00 – o que não ocorre atualmente. Desta forma, Chang preocupa-se com a estabilidade democrática no longo prazo nos atuais países em desenvolvimento (CHANG, 2004).

Charles Boix prospecta na mesma direção ao acusar a exportação de modelos democráticos, baseada em um institucionalismo acrítico. Seu argumento é que (i) a igualdade distributiva leva à maior moderação política e que (ii) a maior mobilidade da propriedade resulta na menor disposição a alternativas autoritárias, gerando condições

---

<sup>161</sup> A grande crítica ao modelo veio do próprio O'Donnell (1982), que apresentava, em 1982, casos da América Latina em que a lógica motora foi oposta. Os Estados burocrático-autoritários surgiram a partir do esgotamento relativo de um processo de desenvolvimento (estágio do Processo de Substituição de Importações - PSI), e não pela falta deste. Em artigo posterior, Lipset *et al.* (1993) apresentavam a resposta para a assertiva de O'Donnell. Propuseram os autores que, quando os países atingem um patamar em que está completo o estágio inicial de industrialização, é característico o retrocesso autoritário. A solução seria o início de uma nova fase de industrialização, na qual os países atingiriam rendas *per capita* superiores a aproximadamente US\$5.000,00, tornando-se estáveis (LIPSET; SEONG; TORRES, 1993, p. 191).

para a democracia (explicação endógena) e a sua estabilidade. Em suma, em países com grande distribuição desigual de recursos, aliado à baixa flexibilidade da propriedade (produção econômica baseada em recursos naturais e fixos), haveria poucos incentivos ao estabelecimento e sustentação da democracia. Este é o caso, por exemplo, da maior parte dos países cuja economia é baseada na exploração de recursos naturais e *commodities* primárias – realidade amplamente presente na América Latina (BOIX, 2003).

Assim, quando falamos em igualdade social e desenvolvimento econômico diante de uma democracia com conceito mais restrito – a poliarquia de Dahl (2005) ou mesmo a “definição mínima” e procedimental de Joseph Schumpeter (1975): voto secreto, sufrágio universal, eleições regulares, competição partidária, direito de associação e responsabilidade do executivo – é possível constatar que a igualdade social é fator determinante e, conseqüentemente, a desigualdade socioeconômica torna-se um fator desestabilizante. A questão está ligada à percepção aristotélica sobre o papel das classes médias como elemento de moderação capaz de gerar uma lógica centrípeta que reúne de maneira mais eficaz estabilidade e liberdade. Assim como liberdades civis e efetividade da justiça, o problema da igualdade social é centralmente relevante, particularmente na América Latina.

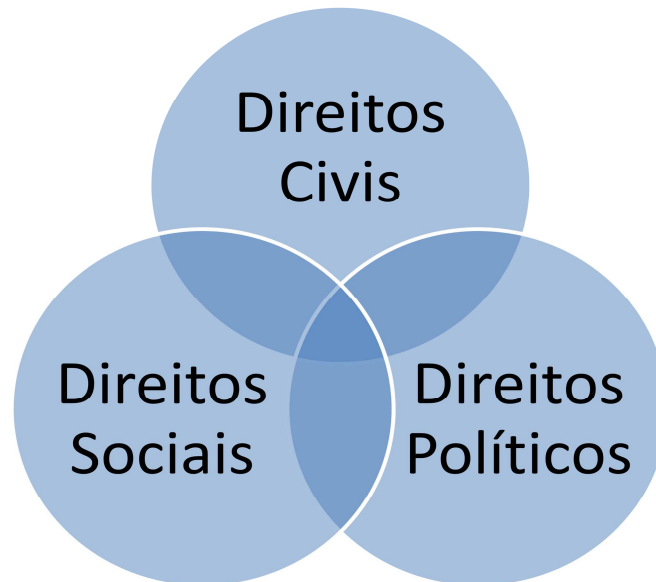
Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Sul-Americano de Política e Estratégia – ISAPE, a democracia na região ainda sofre com problemas ligados aos desafios do desenvolvimento econômico.

Quando se adota limiares para três indicadores não comportamentais de qualidade democrática, a saber: renda per capita superior a US\$ 9.825 , desigualdade inferior a 0,50 (coeficiente de Gini) e legitimidade acima de 66% (apoio declarado ao regime democrático), observa-se que em quase todos os países da América do Sul e na maioria dos países do eixo sul-sul das relações internacionais contemporâneas ainda persistem desafios de consolidação da democracia que são simultâneos e interligados com o problema da redistribuição de poder no sistema internacional. (CASTELLANO DA SILVA *et al.*, 2012, p. 9)

Assim, mesmo que se pense em um Estado Democrático de Direito amparado por uma democracia com conceito restrito (político, ou uma poliarquia), da mesma forma não se pode esquecer que para que ela permaneça estável é necessário desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais. A ideia de Estado Democrático de Direito, portanto, parece possibilitar uma síntese que carrega a necessidade de se pensar conjuntamente não apenas na aquisição integrada de direitos políticos e civis (proposta de O’Donnell), mas sobretudo no desenvolvimento conjunto

de direitos civis, políticos e sociais. A figura da tríade (síntese de direitos civis, políticos e sociais) abaixo ilustra essa afirmação.

Figura 1 – A Tríade Síntese do Estado Democrático de Direito



Morais e Streck ressaltam esse caráter igualitário intrínseco ao conceito, quando afirmam que a novidade do Estado Democrático de Direito se encontra, principalmente, na incorporação da questão da igualdade ao núcleo liberal, agora vinculado à questão social, como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão à comunidade. É por isso que o Estado Democrático de Direito importa, pois com ele surgem condições de possibilidade para a transformação da realidade, apontando para o “resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil” (MORAIS e STRECK, 2012, p. 104).

#### *4.1.2.2 O Estado de Direito e a trajetória de (não) aquisição de direitos no Brasil (e na América Latina)*

No que concerne à discussão sobre a incompletude no processo de aquisição de direitos no Brasil e na consolidação deste Estado Democrático de Direito após a promulgação da Constituição de 1988, a análise O'Donnell é elucidativa. Isso, pois nos permite inserir o estudo do caso brasileiro dentro do escopo mais amplo da lógica de extensão de direitos, democracia e particularidades da América Latina. A despeito dos

processos de transição democrática no Brasil e na América Latina e da promessa generalizada de construção de Estados Democráticos de Direito, inúmeros direitos continuam inacessíveis à grande parte da população. A baixa acessibilidade de direitos nas poliarquias latino-americanas torna a garantia de direitos civis, políticos e sociais no Brasil e na América Latina ainda insuficiente.

Na dimensão legal, sobretudo no que diz respeito aos direitos civis, de acordo com O'Donnell (1998, p. 44), na América Latina, com exceção de Uruguai e Costa Rica, existem enormes hiatos na vigência do princípio da lei, tanto em termos territoriais quanto em relação às várias categorias sociais. O autor lista uma série de deficiências nos países da região, como: (i) falhas na legislação existente; (ii) falhas na aplicação da lei; (iii) relações opressoras das burocracias para com os cidadãos comuns; (iv) acesso distante, embaraçoso, caro e lento ao Judiciário e a processos justos; e (v) ilegalidade pura e simples (ausência do Estado legal e predomínio de um sistema legal informal).

Se na América Latina, por um lado, a maioria dos países adequou suas Constituições e legislações ordinárias à defesa de direitos, além de ter assinado os principais tratados internacionais de defesa dos direitos humanos, a realidade prática parece distanciar-se deste arcabouço normativo. Na região, as práticas patrimonialistas e as diversas desigualdades sociais produzem uma realidade em que

algumas das afirmações mais importantes do Estado de Direito não passam, para amplos grupos sociais dos países latino-americanos, de declarações inúteis, não possuindo qualquer relevância para as suas vidas concretas e para as relações que se concretizam em suas comunidades de origem [...]. [Isso] significa que foram constituídos, ao longo tempo, diante da fragilidade do Estado, fortes poderes paralelos e afastadas, em muitos casos, as normas jurídicas em vigor para beneficiar os grupos dominantes. (BENDIN, 2010, p. 185)

Assim, torna-se claro que “estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros que sobre ela se projetam” (BONAVIDES, 2006, p. 600). Como consequência, há “descrença da população na justiça e o sentimento de que ela funciona apenas para os ricos, ou antes, de que ela não funciona, pois os ricos não são punidos e os pobres não são protegidos” (CARVALHO, 2001, p. 215). Destaca O'Donnell que um Estado

pouco eficaz, com baixos níveis de efetividade, credibilidade e filtragem pode coexistir com eleições razoavelmente limpas e com certos direitos e

liberdades políticas. Mas, grande ou pequeno, esse estado raramente funciona como propulsor da extensão de direitos civis e culturais, e menos ainda de direitos sociais. [...] Quase em sua totalidade, os latino-americanos percebem que o estado está orientado para favorecer os ricos e poderosos [...]. (O'DONNELL, 2011, p. 178)

Eduardo José Grin chama a atenção, também, para o fato de que na América Latina existe um sistema “dualista de justiça” que combina interesses de setores da elite econômica com a permanência de áreas do judiciário que ainda são intocadas e corrompidas. Ou seja, “muitos cidadãos são excluídos do princípio da lei e se exageram as vantagens dos privilegiados” (GRIN, 2009, p. 76). Em suma, há uma grave incompletude do Estado, especialmente de sua dimensão legal.

Em segundo lugar, como anunciado anteriormente, na América Latina a inefetividade da dimensão legal e a aquisição precária de direitos civis são acompanhadas de dois outros mecanismos: (i) direitos políticos e a democracia são prejudicados pela própria deficiência legal; e (ii) direitos sociais ainda são deveras insuficientes.

No primeiro caso, O'Donnell argumenta que as deficiências legais nos países da região afetam profundamente o funcionamento real dessas poliarquias (O'DONNELL, 1998, p. 46). De acordo com o autor, os temas do Estado, especialmente do Estado legal, e da efetiva ampliação da cidadania civil e da *accountability* sob o princípio da lei devem ser vistos tanto como uma parte central da *problematique* da democracia como estudo de seu regime (poliárquico) (O'DONNELL, 1998, p. 56).

Assim, o autor assume que

há uma ligação estreita entre democracia e certos aspectos da igualdade entre indivíduos que são postulados, mas como pessoas legais, e conseqüentemente como cidadãos – isto é, como portadores de direitos e obrigações que derivam de seu pertencimento a uma comunidade política e de lhes ser atribuído certo grau de autonomia pessoal e, conseqüentemente, de responsabilidade por suas ações. (O'DONNELL, 1998, p. 39)

Importa ressaltar que, para O'Donnell, princípio da lei refere-se à aplicação justa da legislação por instituições estatais competentes. Esta forma justa sugere aplicações de normas legais de maneira coerente em casos equivalentes (independente de condição social ou de poder), e pela adoção de procedimentos preestabelecidos e conhecidos por todos. O princípio da lei trata-se de uma igualdade formal, portanto, uma igualdade [de todos] perante a lei (O'DONNELL, 1998, p. 41). Esses direitos e deveres da pessoa legal é o que o autor chama de direitos civis (liberdades e garantias liberais clássicas).

Um subconjunto desse sistema amplo são os direitos formais e obrigações atribuídas pela própria poliarquia.

De acordo com Grin, a existência de áreas privatizadas, sistemas legais informais e a influência na nomeação de juízes são exemplos de práticas de manutenção de poder que afetam o Estado legal e o funcionamento das poliarquias. Afirma o autor que nesse regime político, vigora o princípio da lei que, vinculado aos direitos civis, “deve se materializar em um Poder Judiciário independente para garantir que a interpretação da lei não seja arbitrária, seja facilmente acessível e que não ocorram atos de violência dos órgãos de segurança (polícia) contra o cidadão” (GRIN, 2009, p. 76).

Assim, importaria mais do que uma característica procedimental do sistema (voto), o conteúdo do princípio da lei ou do Estado de Direito. Para O’Donnell, este conteúdo é um governo democrático com base legal sustentado em três sentidos: (i) preserva liberdades e garantias políticas poliárquicas; (ii) preserva direitos civis de toda a população, e (iii) estabelece redes de responsabilidade e *accountability* que possibilita o controle de todos os agentes do sistema (O’DONNELL, 1998).

No entanto, na América Latina há uma ruptura no circuito legal. Muitos indivíduos são cidadãos no que diz respeito a seus direitos políticos, mas não em termos de seus direitos civis (O’DONNELL, 1998, p. 52). Mesmo a partir da constatação teórica de que a poliarquia é um regime que os mais altos postos são ocupados a partir de eleições livres, justas e competitivas; e de que o Estado Democrático pressupõe a existência de uma rede completa de *accountabilities* definidas legalmente – o autor percebe a necessidade de pensar na democraticidade do regime e do Estado. Dessa forma, a problemática da (in) efetividade dos direitos civis dos cidadãos é acentuada, comprometendo a democracia.<sup>162</sup>

O segundo mecanismo que acompanha a inefetividade da dimensão legal e a aquisição precária de direitos civis é a fraqueza dos direitos sociais. Importa lembrar que a inversão da curva de aquisição de direitos no Brasil e na América Latina não os livrou de uma realidade em que direitos sociais ainda são muito precários.

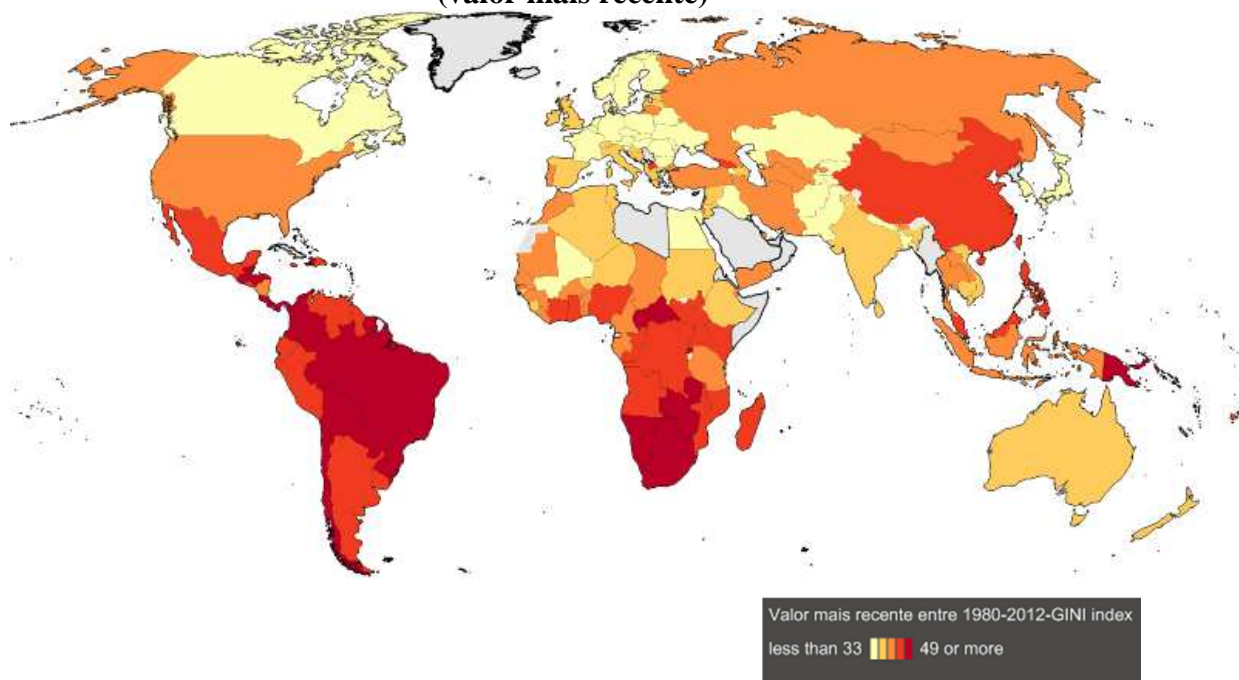
A figura abaixo demonstra claramente a permanência até os dias atuais de um dos grandes vilões das carências sociais da região, a saber, a desigualdade de

---

<sup>162</sup> Assim, importa compreender que a particularidade do processo de aquisição de direitos na América Latina gerou problemas que não eram completamente perceptíveis no caso Europeu. Nesta última região a aquisição de direitos civis antecipou e sustentou a aquisição de direitos políticos, consolidando a história do desenvolvimento da democracia. Já na América Latina, as deficiências na aquisição de direitos, sobretudo civis, faz com que a consolidação democrática seja um eterno devir.

distribuição de renda. Esta realidade de injustiça social foi agravada com programas históricos de crescimento econômico baseados na concentração de riqueza e com políticas econômicas neoliberais da década de 1990 que reduziam o papel do Estado como provedor de programas sociais.

**Figura 2 - Desigualdade Social no Mundo: índice de Gini por país (valor mais recente)**



**Fonte:** Banco Mundial, World Data Bank, World Development Indicators, 2013

**Nota:** O índice de Gini mede a desigualdade de distribuição de renda no mundo. Na mensuração disponível pelo Banco Mundial, números variam de 0 a 100 (ou de 0 a 1), sendo 0=igualdade perfeita (renda igual para todos) e 100 ou 1=desigualdade absoluta (apenas uma pessoa possui toda a riqueza). Na legenda, “less than 33” refere-se aos valores menores do que 33 e “49 or more” refere-se a valores iguais ou maiores que 49.

No Brasil, foi com o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC), a partir de 1995, que as políticas neoliberais detiveram maior visibilidade e concretização<sup>163</sup>. Diversas medidas foram tomadas para que o plano neoliberal fosse colocado em prática. Por exemplo, no governo FHC foi criada a Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos por empresas privadas, abrindo, desse modo, espaço ao investidor privado na esfera pública para assumir responsabilidades do Estado. Em 1995 foram

<sup>163</sup> Como bem resume Luiz Filgueiras (2002, p. 1), “no início dos anos 90, o Brasil, tendo à frente o Governo Collor de Mello, foi o último país da América Latina a aderir e implementar o projeto político-econômico neoliberal, sistematizado doutrinariamente em 1989, de forma inequívoca, pelo chamado “Consenso de Washington”. Com a deposição constitucional desse governo em 1992, e sua substituição pelo Governo Itamar Franco, o ritmo de implantação desse projeto diminuiu durante o período 1993/1994, sendo retomado posteriormente com toda a força, e amplamente executado, pelos dois Governos de Fernando Henrique Cardoso (1995/2002)”.



privatizadas dezessete empresas públicas, entre elas a Vale do Rio Doce e a Usiminas. Nesse mesmo ano, foram promulgadas as Emendas Constitucionais números 5, 6, 7, 8 e 9, que aboliram os monopólios públicos de petróleo, gás e telecomunicações (CAMPOS, 2010). O Estado, em troca de acesso aos recursos do FMI e do Banco Mundial, buscando garantir a renegociação da dívida externa, realizou as reformas da maneira indicada pelo Consenso de Washington<sup>164</sup>. Elementos como diminuição dos dispêndios com funcionalismo público, venda de empresas estatais, ajuste fiscal, reforma previdenciária, redução das áreas de atuação direta do Estado (como educação superior), constavam expressamente no Consenso de Washington e nos protocolos de cooperação e convênios firmados com as instituições de Bretton Woods (SILVEIRA, 2009, p. 106-150), o que causou diversos problemas sociais no país, como o alto nível de desemprego e de pobreza refletida na desigualdade social.

Constatava-se, assim, em fins daquela década que

o Estado brasileiro, tal como seus vizinhos na América Latina, de uns tempos a esta parte vem se ocupando, na verdade, da produção da insegurança: omite-se diante das tragédias do desemprego, da exclusão social, da falta de saúde e de moradia e recua frente à violência generalizada. O Estado mostra-se negligente com a vida dos seus cidadãos mais pobres. Como é de conhecimento geral, são os mais pobres das periferias urbanas que morrem como moscas, sem atendimento médico, sem comida, ou pelas armas dos assassinos à solta. [...]. Tal descaso é cúmplice da violação sistemática dos códigos de cidadania moderna e dos princípios da vida republicana, que foram concebidos como uma reação da maioria, mais fraca, com o individualismo anarquista dos mais fortes e mais ricos. Estes estão sempre prontos a defender uma sociedade sem a presença de um Estado democrático e forte, capaz de intimidar os que pretendem se impor através da intimidação da maioria. (SALAMA e DESTREMAU, 1999, p. 12)

Atualmente, há programas sociais na região visando à redução da pobreza<sup>165</sup> e da miséria. No Brasil, há o projeto de desenvolvimento econômico com inclusão social, surgido no governo Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), em continuidade no governo Dilma Roussef, como alternativa para minimização das consequências negativas causadas pelo neoliberalismo. O projeto visa à redução de desigualdades sociais, com a superação da pobreza extrema do país, buscando oferecer aos mais necessitados

<sup>164</sup> As propostas, visando à estabilização monetária e o pleno restabelecimento das leis de mercado, consistiam em: 1. disciplina fiscal; 2. mudanças das prioridades no gasto público; 3. reforma tributária; 4. taxas de juros positivas; 5. taxas de câmbio de acordo com as leis do mercado; 6. liberalização do comércio; 7. fim das restrições aos investimentos estrangeiros; 8. privatização das empresas estatais; 9. desregulamentação das atividades econômicas; e 10. garantia dos direitos de propriedade.

<sup>165</sup> A pobreza, conforme ressalta a UNESCO (2014, s/p), “não é relacionada somente à falta de recursos, mas engloba diversos elementos como a desigualdade na distribuição de renda, a vulnerabilidade, a exclusão social, a violência, a discriminação, a ausência de dignidade, etc.”.

oportunidades de acesso a bens e serviços dentro de um sistema que beneficie todos e não somente aqueles favorecidos economicamente. Estes programas sociais adotados no país visando à redução da pobreza e da miséria geram, de modo geral, resultados positivos<sup>166</sup>, mas com impacto ainda insuficiente e incerto.

Vale destacar, de acordo com o Observatório Político Sul-Americano – OPSA, que as desigualdades de renda, bem como o acesso a serviços e educação são enormes em toda a América Latina. Inclusive são consideradas as mais altas do mundo, apenas com exceção de algumas sociedades na África. Uma sociedade com grandes taxas de desigualdade causa grandes custos para a região como um todo. Isso, pois, a “desigualdade aumenta a pobreza, diminui os impactos do crescimento econômico na redução da pobreza, dificulta o crescimento econômico (especialmente quando associada à educação e acesso ao crédito), e aumenta as chances de conflitos sociais” (RIBEIRO, 2006, p. 1).

Importa, assim, compreender que o Brasil e a América Latina ainda apresentam déficits significativos na construção de diferentes tipos de direitos. Tal realidade relaciona-se ao que Streck considera como o paradoxo de “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos” (STRECK, 2004, p. 15). Mas não apenas isso. Esse processo está relacionado às particularidades do processo histórico de aquisição de direitos, conforme visto no capítulo anterior, e acaba gerando dificuldades para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

#### 4.1.3 A insuficiência do sistema acusatório e a compreensão ampla do conceito

Os problemas que envolvem o Estado Democrático de Direito afetam diversas áreas, entre elas a do Direito e, especificamente para fins deste trabalho, a do Direito Processual Penal. Uma das principais discussões que envolvem a esfera processual penal, além de introduzir qual o sistema rege as *regras do jogo* (na expressão de Piero

---

<sup>166</sup> O estudo “Investimentos para o Fim da Pobreza”, lançado em Nova York no ano de 2013, durante a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), “aponta que as ações do governo brasileiro nos últimos 10 anos diminuíram as desigualdades sociais no país e permitiram uma forte redução da pobreza e da miséria, sendo um importante exemplo para o resto do mundo”. Nesse sentido, o Brasil “é um dos destaques do relatório da organização internacional Iniciativas para o Desenvolvimento (*Development Initiatives*, no original, em inglês). Ele reconhece o Programa Bolsa Família como um dos importantes instrumentos utilizados pelo Brasil para diminuir a pobreza em 40%, ampliar o acesso à alimentação a 52% dos domicílios e reduzir a mortalidade infantil. Isto com um baixo custo, de acordo com o estudo” (PORTAL BRASIL, 2013, s/p).

Calamandrei, 1950), é saber se este sistema apresenta soluções eficazes ao que se propõe. Conforme visto no capítulo segundo do presente trabalho, o sistema processual penal adotado no Brasil com a Constituição de 1988 é o acusatório, mesmo que em sua forma mínima conceitual (com a separação das funções de acusar, defender e julgar). É um sistema de partes e de um terceiro imparcial. Entretanto, diante das complexidades que envolvem o Estado Democrático de Direito, o conceito mínimo de sistema acusatório não se mostra suficiente para a sua consolidação. Parece haver uma necessidade de uma compreensão ampla do conceito para que se enquadre no propósito da síntese do Estado Democrático de Direito. Esse fator envolve esforços no sentido de reconhecer que o conceito de sistema acusatório é mutável e as suas transformações (sem, contudo, modificar o núcleo duro que dá nome ao sistema) acompanham a transição do Estado Democrático de Direito e a aquisição histórica de direitos da população.

Nesse sentido, a presente seção buscará demonstrar uma possibilidade de compreensão ampla do sistema acusatório. Para tanto, duas análises serão realizadas: (i) a observação dos desafios contemporâneos adicionais para o sistema processual penal e as consequências nocivas da expansão do direito penal; e (ii) o estudo da necessidade de envolver o sistema acusatório em novos atributos, para além do núcleo duro, através da mesma lógica pertencente à tríade síntese do Estado Democrático de Direito.

#### *4.1.3.1 Desafios contemporâneos adicionais para o sistema processual penal: as consequências nocivas da expansão do direito penal*

Assim como o Estado Democrático de Direito enfrenta dificuldades para a sua consolidação após a Constituição de 1988, o fortalecimento do sistema processual penal acusatório está igualmente envolto de desafios crescentes. Entre eles, ressalta-se o fenômeno contemporâneo da expansão do direito penal. Tal fenômeno caracteriza-se pelo surgimento das chamadas Sociedades do Risco, do Medo ou da Insegurança. Essa realidade instiga a atuação do legislador na elaboração e aprovação de normas penais diante do apelo midiático e da pressão popular (direito penal simbólico). Esse fenômeno, por via de consequência, alarga a esfera de interferência do direito penal, quando, por vezes, outros campos como o direito administrativo ou civil poderiam trazer soluções mais adequadas. Analisar a expansão do direito penal, mesmo que brevemente, importa, pois alguns casos expansionistas em matéria penal podem influenciar diretamente o processo penal, sobretudo quando a expansão acarreta a

supressão de garantias constitucionais (que vão de encontro à consolidação do sistema acusatório) através do caráter emergencial (quantitativo). Esse é um dos ambientes específicos no qual se inserem os desafios atuais para a consolidação do sistema acusatório brasileiro.

Diante da imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais tem surgido, na atualidade (no contexto do avanço do processo de globalização), um sentimento generalizado de insegurança propício para configurar uma sociedade que está à mercê de riscos e medos (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 13). Esse modo social pode ser considerado como “Sociedade de Risco” (BECK, 2010), ou então, como prefere Jesús-Maria Silva Sanchez, “Sociedade da Insegurança Sentida” ou “Sociedade do Medo” (SANCHEZ, 2011). Essa sensação de insegurança que é vivenciada pela sociedade contemporânea pode ser demonstrada, por exemplo, através de uma grande quantidade de informações que são repassadas aos cidadãos pela mídia.

A mídia atual, além de exibir uma contínua aceleração da revolução das comunicações (SANCHEZ, 2011, p. 42), reproduz uma relação de conflito entre “bem e mal” (GARCÍA BRANDARIZ, 2004). Nesse contexto, muitas notícias são repassadas com uma dramatização mórbida e de forma repetitiva ao ponto de serem multiplicadores de ilícitos e catástrofes, gerando, inclusive, uma sensação subjetiva que pode não corresponder ao risco objetivo (SANCHEZ, 2011, p. 48)<sup>167</sup>. De acordo com André Luís Callegari e Maiquel Wermuth, a influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa como processo de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos é uma das características da sociedade globalizada. Destacam os autores, que a mídia de massa impõe a sociedade uma forma bastante peculiar de enxergar os “problemas sociais”, ao mesmo tempo em busca a todo custo audiência e sucesso comercial, em uma lógica mercadológica (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 45). Assim, em decorrência desses interesses meramente mercadológicos, transforma-se o crime em um rentável produto (WERMUTH, 2011, p. 47).<sup>168</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni define esse tipo de atuação dos meios de comunicação, em especial o televisivo, como *autoritarismo cool*. Ou seja, as autoridades encontram-se sitiadas pelas sucessivas imposições dos meios de

---

<sup>167</sup> A análise de Pierre Bourdieu é interessante nesta perspectiva: “os jornalistas têm “óculos” especiais a partir dos quais veem certas coisas e não outras; e veem de certa maneira as coisas que veem. Eles operam uma seleção e uma construção do que é selecionado. O princípio da seleção é a busca do sensacional, do espetacular. A televisão convida à dramatização, no duplo sentido: põe em cena, em imagens, um acontecimento e exagera-lhe a importância, a gravidade, e o caráter dramático, trágico. Em relação aos subúrbios, o que interessará são as rebeliões” (BOURDIEU, 1997, p. 25).

<sup>168</sup> Nilo Batista refere que essa vinculação entre a mídia e o sistema penal é uma importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio (BATISTA, 2003, p. 242).

comunicação e a velocidade reprodutiva torna-se vertiginosa, o que impede, inclusive, “os baques capazes de abrir espaço aos discursos críticos” (ZAFFARONI, 2007, p. 76).

Diante deste contexto, o problema surge quando essa arquitetura do medo e da insegurança, perpassados muitas vezes pela mídia, torna-se a principal fonte legitimadora do clamor social que exige uma resposta estatal urgente. Por isso, medidas legislativas são adotadas para atender aos anseios populacionais. Nesse caso, geralmente é o direito penal que é chamado para dar respostas rápidas, através do caráter emergencial<sup>169</sup>, passando por um processo de expansão do seu raio de ingerência, principalmente em decorrência da ênfase que é dada à intervenção punitiva em detrimento de outros instrumentos de controle e organização social<sup>170</sup>. Esse raio de expansão acontece principalmente com a edição de normas que visam aumentar penas e criminalizar novas condutas<sup>171</sup><sup>172</sup>. Winfried Hassemer, nesse sentido, aduz que esse raio de expansão possui geralmente uma eficácia puramente simbólica, no sentido de que quando os “efeitos reais e afirmados não são esperados, o legislador obtém, pelo menos, o ganho político de ter respondido aos medos sociais e às catástrofes de grandes proporções com prontidão” (HASSEMER, 1999, p. 90). Os agentes políticos, dessa forma, ao alargarem a esfera de interferência do direito penal, sobretudo com o discurso do aumento de segurança, perseguem o objetivo de dar a impressão de tranquilidade à

---

<sup>169</sup> De acordo com Fauzi Hassan Choukr, a emergência significa “tudo aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade. [...] A caracterização da presença do subsistema se dá com a mitigação, direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto da civilidade, esta devendo ser entendida não apenas o texto interno constitucional mas, igualmente, os textos supranacionais que versem sobre esta matéria [...]” (CHOUKR, 2002, p. 5-6).

<sup>170</sup> “Se coloca em prática uma política criminal puramente demonstrativa, de estabilização social da necessidade de segurança através do aumento simbólico das penas [...]” (MELCHIOR, 2013, p. 112)

<sup>171</sup> Um interessante estudo sobre proposições legislativas e justificativas para a elaboração das normas penais, no Brasil, foi realizado pelo projeto “Pensando o Direito”, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (MACHADO *et al*, 2010). Uma das conclusões do estudo – que interessa para o presente trabalho – foi de que, na maioria dos casos analisados, as propostas legislativas apresentaram três principais finalidades: (i) aumentar as penas de crimes já existentes, (ii) criminalizar novas condutas que, até então, não eram tidas como crimes e (iii) modificar normas gerais com o intuito de ampliar a esfera de atuação do direito penal. Foram raríssimas as proposições que se situaram na contramão das iniciativas por “mais crimes” e “mais penas” (MACHADO *et al*, 2010, p. 65). Diante dessa breve análise da pesquisa empírica, é possível perceber que as propostas legislativas sorteadas seguiram uma linearidade típica da expansão do direito penal: o aumento de penas, a criminalização de novas condutas e a ampliação da esfera de atuação do direito penal.

<sup>172</sup> Alberto Silva Franco também contribui para o debate quando afirma que “uma demanda social por maior proteção, alimentada, muitas vezes, em termos populistas, é canalizada, outras tantas, pelos meios de comunicação social. Pede-se a cada instante e, com maior frequência, a intervenção penal. A sensação social de insegurança perpassa, inquestionavelmente, toda a complexa sociedade moderna, e o surgimento de novos riscos cria uma atmosfera de inquietações e sobressaltos” (FRANCO, 2001, p. 10).

população, passando a imagem de um legislador “atento e decidido” (JAKOBS, MELIÁ, 2012, p. 79).<sup>173</sup>

A Lei de Crimes Hediondos nº 8072/90<sup>174</sup> tornou-se um desses exemplos<sup>175</sup> clássicos diante de um fato isolado ocorrido no país e do apoio midiático para que o legislador pudesse se apresentar como “atento e decidido”. Tratou-se de uma medida de emergência que acabou por afetar garantias processuais constitucionalmente estabelecidas aos acusados destes delitos. Esse fator é conhecido por Elisa Liberatore S. Bechara como *ganância simbólica* (BECHARA, 2008). Para a autora essa ganância, “na qual as garantias constitucionais e penais consagradas sucumbem às razões do Estado, que pretende impor o combate ao crime a qualquer custo, tem um alto custo, comprometendo a própria credibilidade do Direito Penal” (BECHARA, 2008, p. 17). É a partir dessa discussão que surge o discurso do Direito Penal do Inimigo e uma maior relação entre a expansão do direito penal e o processo penal.

De acordo com Günther Jakobs, o Direito Penal do Inimigo caracteriza-se por três elementos: um adiantamento da punibilidade (pune o fato futuro); as penas desproporcionalmente altas; e a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais (JAKOBS e MELIA, 2012, p. 90). Ou seja, o Direito Penal do Inimigo requer que aquele que for considerado inimigo seja combatido com medidas eficazes, fora do sistema de garantias e direitos. Esses direitos (de não produzir prova contra si mesmo; de defesa (RIPOLLES, 2007); de obediência às cláusulas de reserva jurisdicionais, devido processo legal, etc.) quando não respeitados estão diretamente relacionados a um enfraquecimento do sistema acusatório em seu aspecto macro.

---

<sup>173</sup> É importante referir, também, que não são somente os agentes políticos que agem assim. A sociedade como um todo contribui para isso. Por exemplo, quando se fala na questão do racismo, a sociedade exclamaria “nós não somos assim!”. E, então, diante do apelo popular, se criminaliza o racismo como se essa atitude fosse atingir um nível de aplicação razoável (JAKOBS; MELIA, 2012, p. 80).

<sup>174</sup> Zaffaroni e Pierangeli comentam que “menos de 2 anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma arquitetada atuação dos meios de comunicação social, formulava a lei 8072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como consequência imediatas a dramatização da violência e sua politização” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 261).

<sup>175</sup> Pode-se citar outros exemplos além da Lei de Crimes Hediondos. Aloísio Krohling e Raphael Boldt lembram da Lei nº 9.677/98, que foi “elaborada para alterar o marco penal de várias condutas relacionadas ao escândalo dos remédios falsos, a lei nº. 9.695/98, criada para transformar diversos desses delitos em “hediondos” e as leis nº. 9.605/98 (lei de crimes ambientais) e nº. 7.716/89 (lei de preconceito racial)” e afirmam que todas “retratam a excessiva carga simbólica atribuída ao direito penal contemporâneo”. Por isso, aduzem os autores que é “inquestionável, portanto, estarmos diante de um direito penal “pervertido”, cujo uso desvirtuado tem se acentuado nos últimos anos, principalmente em razão do discurso midiático, responsável por retratar a violência como um “produto espetacular”, componente essencial da lógica comercial que condiciona as notícias” (KROHLING; BOLDT, 2008, s/p).

Neste diapasão, é preciso atentar para quem pode ser considerado inimigo. Conforme Zaffaroni e Gomes, os velhos inimigos do sistema penal e do Estado de Polícia são os pobres e os marginalizados (ZAFFARONI, 2007; GOMES, 2004). O inimigo não tem direito a defesa, ao contraditório, ao processo legal, a presunção de inocência; o inimigo fica preso mais tempo do que deveria e tem suas necessidades essenciais descartadas. O inimigo não possui conhecimento/educação suficiente para não produzir provas contra si mesmo, nem tem acesso a defensores particulares e, em outros casos, nem sequer conhece seu defensor público antes do interrogatório (que é hoje um dos últimos atos do processo criminal). Importa destacar o que foi afirmado por Callegari e Giacomolli: “a supressão e a relativização das garantias constitucionais despersonalizam o ser humano, fomentando a metodologia do terror, repressiva de ideias, de certo grupo de autores, e não de fatos” (CALLEGARI; GIACOMOLLI, 2012, p. 16). Por isso, é necessário perceber quem está sendo enquadrado como inimigo na nossa sociedade atual, pois este se torna mais um motivo para ampliar a visibilidade e a busca por um sistema acusatório consolidado e democrático para todos.

A restrição de garantias processuais com o intuito de repassar resposta rápida (em caráter emergencial) à população acaba por potencializar os efeitos históricos inquisitivos: o devido processo legal é negado a alguns, há desrespeito à igualdade das partes, há ausência de defesa e contraditório, etc. Por isso, a realidade expansionista com a influência do direito penal no processo penal, diante do Estado Democrático de Direito, contribui ainda mais para a necessidade de se pensar o sistema acusatório como um conceito amplo, conforme se verá a seguir.

#### *4.1.3.2 A necessidade de o sistema acusatório assumir novos atributos em busca de soluções qualitativas: a construção da tríade civil, política e social*

Como visto na introdução deste trabalho e em demais discussões ao longo do texto, a separação das funções de acusar, defender e julgar são fundamentais para a configuração conceitual do sistema acusatório, diferenciando-o da base do sistema inquisitório. Os sujeitos do núcleo duro do sistema acusatório possuem funções básicas distintas e bem delineadas (ao acusado incumbe a acusação; ao defensor a defesa; e ao juiz cabe julgar). Entretanto, com o passar do tempo, percebeu-se que esse conceito mínimo não atingia a plenitude do propósito que o originara: o direito de todo cidadão de ser julgado por um juiz imparcial e ter garantido eficazmente o contraditório e a ampla defesa. O distanciamento do juiz da acusação não tem acontecido de forma

satisfatória apenas com a separação das funções e com a exclusividade do *Parquet* para promover a ação penal pública. Dessa forma, o conceito apresenta-se insuficiente, configurando-se como um sistema acusatório com importantes resquícios inquisitoriais. Tal realidade pode ser melhor analisada a partir dos três pilares da síntese do Estado Democrático de Direito, com o qual o sistema processual se relaciona.

Para que o sistema acusatório ampliasse seu escopo e cumprisse o papel de fortalecer o processo penal como um mecanismo democrático “que desempenha papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo que a ele está submetido” (LOPES JR., 2014, p. 44), o seu conceito precisaria ser expandido para além do núcleo duro. A consolidação desse sistema parece depender de sua compreensão ampla. O sistema processual penal é complexo e restringi-lo a um ou dois pontos separadamente não resolverá problemas maiores que estão intrinsecamente conectados. Esses problemas podem ser mais bem vistos através do instrumental analítico próprio da tríade do Estado Democrático de Direito, ou seja, mediante sua conexão com direitos civis (individuais), políticos e sociais. Dessa forma, percebe-se que os problemas característicos do sistema processual penal podem estar diretamente relacionados com a própria transição inacabada do Estado Democrático de Direito.

No tocante à esfera dos direitos civis podem-se citar, por exemplo, o direito de todo cidadão de ser julgado por um juiz imparcial, o direito ao devido processo legal através do contraditório e da ampla defesa, o direito de paridade de armas, a presunção de inocência, entre outros. Esses direitos se mostram prejudicados, por exemplo, com a atuação do juiz na questão probatória. De fato, além da influência da expansão do direito penal que leva muitas vezes ao cerceamento de garantias fundamentais, o que vem acontecendo com relativa frequência no Brasil, em matéria específica de direito processual penal, são mudanças parciais, reformas inacabadas que não estão atingindo o objetivo principal estipulado pela Constituição, que é o fortalecimento do sistema acusatório. Inclusive há alguns retrocessos. São apresentadas mudanças particularistas que não levam em conta processos mais amplos. Giacomolli (2008, p. 1-3) salienta que essas mudanças “não rompem com a base epistemológica e política da década de quarenta: supremacia do *ius puniendi* sobre o direito de liberdade; busca da verdade material a todo custo, inclusive com atuação *ex officio*; bases inquisitoriais ofuscantes da Constituição [...]”.

A despeito dos problemas que envolvem o aspecto civil (individual), importa perceber que os esforços para a completude do conceito de sistema acusatório não



perpassam somente essa esfera. Os âmbitos político (*accountability*) e social também se tornam, diante do Estado Democrático de Direito, pilares igualmente essenciais. Para haver ampla defesa, contraditório, imparcialidade, fundamentação das decisões, etc., é preciso que as *regras do jogo* sejam respeitadas. Essas regras não parecem fazer sentido de forma isolada. Como é possível garantir ampla defesa e contraditório (direitos civis), sendo que diversos indivíduos ainda não possuem acesso à justiça através de defensores públicos (direitos sociais) atuantes de forma satisfatória em todas as etapas que envolvem um processo, incluindo a fase de investigação? Como garantir a ampla defesa (técnica e pessoal) se grande parte da população desconhece seus direitos constitucionais fundamentais (insuficiência na educação jurídica – direitos sociais)? Como saber se foi respeitada a imparcialidade, o contraditório, a ampla defesa, sem que haja a devida fundamentação das decisões e, tão importante quanto, fiscalização e controle destas decisões (direitos políticos, *accountability*)?

Parece que em um propósito de consolidação do sistema acusatório, para além do núcleo duro, alguns atributos devem ser considerados como essenciais: (i) a iniciativa probatória exclusiva das partes (acusação e defesa) e o juiz como terceiro imparcial pleno; (ii) a observância do estado de inocência; (iii) a igualdade de oportunidades às partes do processo (acusação e defesa); (iv) a existência de publicidade integral de todo o procedimento ou processo (ou de sua maior parte, ressalvadas as exceções de sigilo); (v) o direito ao pleno contraditório e à ampla defesa para todos os cidadãos; (vi) a oralidade; (vii) o direito ao duplo grau de jurisdição; e, também; (viii) a garantia de fundamentação de todas as decisões para que se possa, além de conhecer, controlar e fiscalizar o caminho utilizado pelo magistrado para chegar a condenação ou absolvição.

Todos estes atributos de uma forma ou outra estão interligados com a tríade de direitos do Estado Democrático de Direito (civis, políticos e sociais), conforme se estudará na próxima seção. Assim, o conceito amplo de sistema acusatório poderia ser pensando a partir do dispositivo heurístico representado pela figura 3, abaixo.

Figura 3 – A Tríade do Sistema Processual Penal Acusatório



\* Núcleo duro: separação das funções de acusar, defender e julgar

A ilustração demonstra que as esferas civil, política e social se retroalimentam; ou seja, uma não faz sentido sem a outra. Essa síntese também pode contribuir para a busca de soluções qualitativas para a superação dos resquícios inquisitoriais no país. Para isso, primeiramente, torna-se necessário avaliar o sistema acusatório a partir de um aspecto macro (nas três esferas de direitos) e conhecer quais são os principais problemas que envolvem a dificuldade de consolidação do sistema processual democraticamente e constitucionalmente estabelecido no Brasil. Isso é o que a pesquisa propõe para a próxima seção.

#### 4.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL: AVALIAÇÃO DOS DESAFIOS NAS ESFERAS CIVIL, POLÍTICA E SOCIAL

Conforme visto na seção anterior, o sistema acusatório, diante da transição do Estado Democrático de Direito, precisa assumir definitivamente novos atributos e ser analisado a partir de um aspecto macro. Essa amplitude permite verificar, nas esferas de direitos (civis, políticos e sociais), o que tem sido feito no Brasil para contribuir (ou não) com a consolidação do sistema acusatório. A presente seção busca analisar o estado atual do sistema acusatório brasileiro em cada uma das esferas de direitos para

que seja possível constatar as principais dificuldades que envolvem a superação dos resquícios do inquisitorialismo no país. A verificação desses resquícios nas três esferas de direitos importa, pois permitirá que sejam apresentadas propostas de soluções qualitativas para o fortalecimento do sistema acusatório em cada uma dessas esferas.

#### 4.2.1 A Esfera Civil (individual)

Em âmbito de direitos fundamentais individuais verifica-se que há ainda na atualidade diversos resquícios inquisitoriais no processo penal que os impedem de serem efetivados. O Código de Processo Penal de 1941 já passou por algumas reformas pontuais<sup>176</sup>, mas resquícios inquisitoriais (mesmo com a opção política constitucional de um sistema acusatório) permaneceram ao longo do texto infraconstitucional (e também em legislações esparsas). Direitos individuais fundamentais como o da imparcialidade, ampla defesa, contraditório, paridade de armas permanecem sendo desrespeitados em razão sobretudo da existência destes resquícios inquisitoriais.

Alguns exemplos podem ser citados para verificar o que se afirma. Um exemplo de resquício inquisitorial é o recurso de ofício<sup>177</sup>, que ainda permanece em vigor e é

---

<sup>176</sup> Entre as principais reformas pode-se citar a Lei nº 11.689/2008 (Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências); a Lei nº 12.403/2011 (Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.). Entretanto, para fins específicos deste tópico, a abordagem será de alguns dispositivos decorrentes da Lei nº 11.690/2008 (Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.) Inclusive, sobre esta alteração de 2008, ressalta-se a importância da modificação do instituto da *mutatio libelli* que vedou a atuação *ex officio* do juiz, quando instituiu uma nova redação ao artigo 384 do CPP designando restritamente ao Ministério Público a possibilidade de alteração de fato contido na denúncia ou queixa, contribuindo com na busca da consolidação do sistema acusatório.

<sup>177</sup> As previsões expressas, no nosso Código de Processo Penal, das decisões que são submetidas ao recurso de ofício, são: (i) da sentença que conceder *habeas corpus* (art. 574, I); (ii) da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (art. 574, II – tal hipótese é questionável após o advento da Lei 11.689/08 que reformou o procedimento do Tribunal do Júri); e (iii) da sentença concessiva de reabilitação criminal (art. 746). A ideia trazida pelo Código de Processo Penal de 1941 é de que algumas decisões que beneficiam o réu devem ser revistas pelo Tribunal em razão do significativo valor que elas têm frente à sociedade. Com o advento da CF/88, a afronta ao sistema acusatório é bem visível. Essa previsão legal passou a acarretar violações aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, por exemplo, os quais são fundamentais para a “estrutura” de um processo penal (constitucional) democrático que se quer alcançar. Por isso, concordamos com o Des. Nereu Giacomolli, quando afirma que “com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual atribuiu o exercício da ação penal pública ao Ministério Público, não mais subsiste o denominado recurso de ofício. Preserva-se o princípio acusatório, na medida em que o recurso insere-se dentro do desdobramento do exercício da ação ou da afirmação de pretensão. Não nasce um novo processo; é uma nova fase processual” (V. Recurso de Ofício Nº 70009438805, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 09/09/2004). Entretanto, esse não é o posicionamento dos nossos Tribunais Superiores (V., por exemplo, decisões do STJ: REsp 767.535/PA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis

aceito normalmente por grande parte dos pesquisadores e também pelo poder judiciário. O recurso de ofício (também conhecido como reexame necessário) afeta diretamente o sistema acusatório quando não respeita direitos como o da igualdade das partes, da ampla defesa e contraditório, sem falar no princípio da presunção de inocência. Além deste, outros exemplos podem ser referidos, como é o caso da delação premiada.

A delação premiada ocorre quando um dos acusados (delator) de determinado crime aceita colaborar e entregar outros “culpados” ou então fornecer outras informações que levem a este fim, desvendando, assim, o esquema criminoso. A delação está prevista em algumas legislações esparsas, tais como as Leis 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), 9.613/98 ( crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores); 11.343/2006 (institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes); e, também, nos artigos 65, inc. III, alínea *d* e 159, parágrafo 4º, todos do Código Penal. A delação acontece em troca de benefícios, como a redução da pena ou a concessão de perdão judicial, por exemplo (conforme artigo 13 da Lei nº 9.807/99). Contudo, a delação premiada precisa ser analisada de uma forma cuidadosa, especialmente porque o delator não presta compromisso no momento de realizar a delação, ou seja, não há comprometimento de prestar informações verídicas<sup>178</sup>. Além disso, o problema maior que envolve a delação está no sigilo de sua informação. Os Tribunais do nosso país têm entendido pelo sigilo e segredo dessas informações que partem de um acordo entre o delator e o órgão acusador (Ministério Público)<sup>179</sup>. Nesse sentido, verifica-se uma clara afronta aos princípios da publicidade, da ampla defesa e do contraditório – essenciais para a configuração completa do sistema acusatório.

Entretanto, o resquício inquisitorial que se abordará com maior intensidade nesta parte do trabalho é aquele referente à produção de provas *ex officio* pelo juiz. A

---

Moura, Sexta Turma, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010; RHC 17.143/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quarta Turma, julgado em 28/11/2007, DJ 17/12/2007).

<sup>178</sup> Além disso, Giacamoli esclarece lucidamente que “o paradigma ético de processo penal valoriza o ser humano, o outro, reflexo do eu, todos seres imperfeitos, com origens e fim certos. O Estado e sua ritualística, ao estimular a delação do outro ou as suas confissões contra os corréus, com promessas de impunidade ou de benefícios penológicos, reconhece a sua incompetência em desvendar crimes, corrompe e descaracteriza o ser humano” (GIACOMOLLI, 2008, p. 14).

<sup>179</sup> Apenas para exemplificar, cita-se como exemplo os seguintes julgados: HC (Habeas Corpus) nº 90688, STF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, de 12/02/2008; e ACR (Apelação Criminal) nº 5008841-38.2010.404.7100, TRF4, Oitava Turma, Relator Leandro Paulsen, de 02/04/2014.

possibilidade de o juiz produzir e atuar na busca de provas é uma das questões mais debatidas na atualidade em sede de processo penal. Com razão. Esse parece ser o resquício inquisitorial que mais traz prejuízos na busca de um processo penal democrático e que obstaculiza de forma grave a consolidação do sistema acusatório.

O resquício inquisitorial que permite o juiz atuar em busca de matéria probatória viola direitos individuais que foram consagrados pela Constituição de 1988 e, também, por legislações internacionais, como é o caso do princípio da imparcialidade do juiz (que não se consolidou apenas com a separação das funções de acusar, defender e julgar). O direito de todo cidadão de ser julgado por um juiz (ou Tribunal) imparcial “ultrapassa as barreiras das legislações internas e adentra nos paradigmas internacionais da prestação jurisdicional” (GIACOMOLLI, 2010, p. xi), o que pode ser verificado, inclusive, nos vários casos submetidos à apreciação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>180</sup>. Maier (2004, p. 739) quando escreve sobre o assunto refere que a palavra “juiz” não se compreende, ao menos no sentido moderno da expressão, sem o adjetivo “imparcial”. Quer dizer o autor que o adjetivo imparcial integra hoje, de um ponto de vista material, o conceito “juiz”, quando se refere à descrição da atividade concreta que é encomendada a quem julga e não tão somente as condições formais que, para cumprir essa função pública, o cargo – permanente ou acidentalmente – requer. Montero Aroca, por sua vez, afirma que “*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión*” (AROCA, 1999, p. 186).

Entretanto, com já referido, esse direito fundamental constitucionalmente previsto e internacionalmente considerado como um dos mais importantes para o processo penal torna-se comprometido quando um terceiro não parte (juiz) atua em busca de material probatório. Nas oportunidades em que lhe é permitido atuar na busca

<sup>180</sup> Conforme Giacomolli, “no âmbito do TEDH, em vários casos houve discussão acerca da imparcialidade do julgador. [...] No *Caso Piersack vs. Bélgica*, de 1982, o TEDH considerou violado o direito a um juiz imparcial por ter o magistrado que presidiu o Tribunal condenado Piersack sido o coordenador da promotoria que investigou o caso. Mesmo indiretamente, segundo o TEDH, houve superposição das funções de acusar e julgar. [...] No *Caso De Cubber vs. Bélgica*, de 1984, o magistrado que participou do julgamento havia conduzido a investigação (juiz de instrução). [...] No *Caso Hauschildt VS. Dinamarca*, de 1989 (plenário), o TEDH considerou objetivamente violado o direito a um juiz imparcial porque o magistrado que havia proferido várias decisões mantendo a prisão cautelar do imputado presidiu o julgamento em que participaram outros dois juízes leigos [...]” (GIACAMOLLI, 2014, p. 243-44). Além destes, outros diversos exemplos são citados pelo autor quando estuda as decisões emanadas pelo TEDH e pela Corte Interamericana (como exemplos, o *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*, 2000; o *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005; entre outros), por isso, remete-se o leitor à obra de Giacomolli (2014).

de provas, o juiz assume uma posição parcial (de acusador). Isto, pois se o magistrado está em busca de “algo” é porque está em dúvida, quando de acordo com a legislação brasileira, em caso de dúvida, ele deveria absolver o acusado.

Além disso, é importante perceber, com Streck, que quando se fala em sistema inquisitório pode-se facilmente associá-lo à filosofia da consciência: “o sujeito é senhor dos sentidos, de modo que é esse sujeito – e não a sociedade – que deve se convencer ter certeza de seu julgamento, etc.” (STRECK, 2011, p. 636).<sup>181</sup> Este convencimento do juiz, que muitas vezes se dá através da produção de provas de ofício, geralmente acontece em busca de uma verdade.

Nesse sentido, quando se discute sobre resquícios inquisitoriais, o debate acerca do princípio da “verdade real” não pode (e não deve!) ser esquecido, pois ambos estão atrelados ao paradigma da filosofia da consciência.

Com efeito, esse princípio [verdade real] – inicialmente conhecimento como um “princípio geral do direito” e hoje, para minha total surpresa, “repcionado” em pleno Estado Democrático de Direito – representava um modo de institucionalizar no direito o “mito do dado” da metafísica clássica. Era a instrumentalização da ontologia clássica no processo penal, pelo qual a verdade do processo penal se revelaria ao juiz. A verdade estaria “nas coisas”, que, por terem uma essência, iluminariam o intelecto do juiz. Ocorre que por desconhecimento filosófico, o referido “princípio” foi se transformando em *modus interpretandi* do paradigma e superou o objetivismo realista: o paradigma da filosofia da consciência. Desse modo, ao invés da “coisa” assujeitar o juiz, foi o juiz que passou a “assujeitar” a coisa (prova processual). E a “verdade real” passou a ser aquela “extraída inquisitorialmente pelo juiz”. É dizer, passou a ser aquilo que a consciência do juiz “determina”. (STRECK, 2010, p. 48)

No Brasil, em pleno século XXI, ainda acredita-se na possibilidade da busca da “verdade real” como se houvesse essências. É como se o julgador (intérprete) tivesse o poder de, ao final do processo, desvelar a verdade dos fatos que foram levados ao seu conhecimento (algumas vezes por ele próprio) em juízo.

É esta, por exemplo, a razão pela qual os magistrados tomam para si a condução da prova que deve, a partir desta concepção, ser gerida a partir de sua consciência. Neste sentido, salienta Coutinho (2009, p. 106) que a permissão de determinadas “manipulações de premissas”, sejam elas jurídicas ou fáticas, sempre interessou aos

<sup>181</sup> A doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, e isso aparecerá de vários modos, como por exemplo: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou o adágio “sentença como *sentire*”; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que os “casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. (STRECK, 2010, p. 33)

regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Acrescenta o autor que “podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser; é o reino do *solipsismo*, por excelência”. Dito isso, pode-se afirmar que “consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema” (STRECK, 2010, p. 27).

É importante, neste momento, que se faça uma breve análise da legislação, no tocante a produção de provas de ofício pelo julgador<sup>182</sup>, e posteriormente alguns comentários sobre jurisprudência apenas para confirmar a existência dos resquícios inquisitoriais. Como visto anteriormente, mesmo com a adoção constitucional do sistema acusatório, bem como diante da tríade síntese do Estado Democrático de Direito, os resquícios inquisitoriais previstos na legislação infraconstitucional são diversos e quando verificamos a jurisprudência, tudo leva-nos a crer, ressalvadas as exceções, que os Tribunais preferem ignorar a Constituição.

Por exemplo, com a reforma ocorrida no Código de Processo Penal em 2008, através da Lei nº 11.690, a redação do artigo 156 – que trata sobre a busca e produção de prova no processo penal – foi alterada. Esta alteração confirmou que ainda há forte tendência em não querer esquecer o passado inquisitorial do sistema.

A antiga redação possuía o seguinte teor: “a prova da alegação incumbirá a quem o fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. A redação atual amplia a liberdade probatória do juiz para até mesmo antes de iniciar a ação penal:

A prova da alegação incumbirá a quem o 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, a 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.  
(BRASIL, 1941. Grifos nossos.)

O legislador alterou a redação e atribuiu poderes probatórios ao magistrado para atuar de ofício em situação não prevista na composição anterior do artigo 156 do Código de Processo Penal. “Não se trata de mera atuação subsidiária, mas de atuação típica de parte no processo penal, incompatível com a orientação constitucional de um processo acusatório” (GIACOMOLLI, 2008, p. 35). Com a possibilidade de o magistrado requerer provas durante a investigação (ou seja, antes mesmo de iniciar o

---

<sup>182</sup> Lembrando que este é apenas um dos exemplos acerca dos resquícios inquisitoriais presentes na nossa legislação atual.

processo), a imparcialidade exigida no momento de sentenciar, mais uma vez, torna-se prejudicada.

Ao contrário do que deveriam ocorrer, as mudanças legislativas permanecem acontecendo com base no mito da busca da “verdade real”, típica do alicerce de um sistema inquisitivo, como já referido anteriormente. Da mesma forma o inciso II do artigo 156 quando possibilita ao juiz requerer diligências para dirimir dúvidas, quando deveria absolvê-lo (*in dubio pro reo*) (GIACOMOLLI, 2008, p. 36-7). A transição do autoritarismo para a democracia reflete no sistema processual penal, assim como no Estado Democrático de Direito<sup>183</sup>. Há dificuldades de aceitar e procurar consolidar o sistema acusatório constitucionalmente adotado, assim como há dificuldades de concretizar garantias essenciais à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, importa esclarecer que a problemática não se encontra somente na legislação. Isto, pois, através da mesma mudança legislativa (Lei nº 11.690/2008) que alterou o supracitado artigo 156, outra alteração foi feita no sentido contrário, ou seja, para contribuir com a consolidação do sistema acusatório. Refere-se aqui ao artigo 212 do Código de Processo Penal que trouxe uma nova regra referente à prova testemunhal realizada em juízo: as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, e, somente sobre pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. Ou seja, o legislador retirou a possibilidade de o juiz inquirir as testemunhas diretamente, facultando apenas a possibilidade de perguntar sobre pontos não esclarecidos<sup>184</sup>. Entretanto, quando há uma iniciativa do legislador no sentido de

---

<sup>183</sup> Essa dificuldade de consolidação do sistema acusatório pode ser comparada entre o pensamento do legislador atual com o do legislador à época em que o Código de 1941 foi outorgado. Constatou na exposição de motivos do CPP, em 1941 que: “se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à própria consciência”.

<sup>184</sup> Há divergência no âmbito acadêmico e no âmbito prático (jurisprudencial) sobre a possibilidade do magistrado complementar a inquirição. Importa destacar que Teresa Armenta Deu (1995, p. 28) posiciona-se no sentido de que deveria haver um limite para a atuação probatória do juiz. Assim, ele poderia “*completar el panorama sobre el que deberá recaer su juicio*”, ou seja “*acordar cualquier medio de prueba que considere necesario para la comprabacion de los hechos – siempre los introducidos pelas partes [...]*” e, portanto, esta atuação limitada do juiz não interferiria na adoção de um sistema acusatório. Permitimo-nos discordar. A crítica feita à renomada autora reside especialmente no princípio da imparcialidade do julgador e no princípio do contraditório. Se o magistrado puder atuar de qualquer modo, mesmo que seja para complementar aquilo que recairá sobre o seu julgamento, buscando através de provas a comprovação de seus argumentos, a garantia da imparcialidade cai por terra. Salienta Lopes Jr (2010, p. 131) que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade instrutória/investigatória, razão pela qual tal imparcialidade é sacrificada no sistema inquisitório. Maya (2001, p. 129) ainda destaca que “a noção de imparcialidade, pois, guarda estreita relação com a ideia de um processo penal acusatório, democrático, em que as funções de acusar e julgar são distribuídas a sujeitos diferentes, competindo ao magistrado zelar pela estrita observância



progredir e contribuir para a completude do sistema acusatório, os magistrados e Tribunais negam validade ao dispositivo<sup>185</sup>, conforme explica Streck, ao fazer uma crítica ao ativismo judicial:

[...] quando o legislador institucionaliza o sistema acusatório no Código de Processo Penal, mediante a aprovação de uma alteração significativa do artigo 212, o STJ e o STF negam validade ao dispositivo, sem qualquer arguição sobre a inconstitucionalidade do novel dispositivo. Simplesmente se negam a cumprir o dispositivo. Isso é ou não é ativismo? O sol nascerá amanhã? O produto do legislador não está conspurcado pelo Poder Judiciário? E veja-se o alcance desse tipo de decisão (por todos, o HC 103.525 – STF). Com isso, diariamente, milhares de acusados têm seus direitos violados por falta do cumprimento de um dispositivo que trata de direitos fundamentais. E assim por diante. (STRECK, 2013, s/p)

Ou seja, o esforço não parece estar somente em criar e aprovar medidas legislativas que fortaleçam o sistema acusatório, apesar de elas serem também necessárias. O problema vai mais além. As próprias normas que são criadas no sentido de superar os resquícios inquisitoriais não são aplicadas. Há uma cultura inquisitorial impregnada que precisa ser superada. Acredita-se na necessidade de haver uma soma entre mudanças legislativas *plus* mudanças de mentalidade, dentro de uma compreensão ampla do processo de consolidação do sistema acusatório. A soma é imprescindível, pois é preciso reconhecer que, mesmo que sejam minorias, alguns magistrados já aplicam a nova regra do artigo 212 e estão contribuindo para que a mudança de mentalidade aconteça<sup>186</sup>.

---

do devido processo legal e dos demais direitos fundamentais dos acusados, com o que estará conferindo, ao final, legitimidade ao exercício da potestade punitiva do Estado”. Contudo, vale também ressaltar a posição equilibrada de Giacomolli quando argumenta que “a função do juiz é manter o equilíbrio processual na colheita da prova. Entretanto, para os que admitem a atuação do magistrado, o parágrafo único do art. 212 há de ser interpretado restritivamente, ou seja, a intervenção do magistrado é supletiva, somente sobre pontos não esclarecidos, em face do que foi perguntado e respondido pelas testemunhas, vedando-se perguntas sobre pontos não levantados pelas partes em suas perguntas” (GIACOMOLLI, 2008, p. 57).

<sup>185</sup> Veja-se, sobre o assunto, uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC 289.479/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 20/05/2014), da qual se destaca trecho, com destaque: “[...] 3. Conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvida uma das testemunhas arroladas na denúncia, o certo é que o próprio artigo 212 do Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, outrossim, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelo acusado, já que a magistrada de origem não atuou como acusadora, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente [...]”.

<sup>186</sup> Veja-se, por exemplo, a ementa da decisão proferida pelo Relator Nereu José Giacomolli, nos Embargos de Declaração nº 70058046459, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUSENTE DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Não se verifica omissão em decisão que, após enfrentar exaustivamente a matéria, decide contrariamente ao interesse de uma das partes. No caso, constatada a ausência do Ministério Público da audiência de instrução, e a produção de provas da acusação pelo magistrado, foi

Importa perceber, como já referido acima, que ambos os problemas (dificuldade do legislador adequar as normas infraconstitucionais à Constituição e mudança de mentalidade) estão interligados em um argumento fim: a busca pela verdade. Ainda acredita-se (de modo geral) que quando o juiz atua de ofício, as chances de se alcançar a “verdade real” aumentam, pois ele é o julgador (a prova “é” destinada a ele), e por isso o magistrado deve estar satisfeito ao dar a “palavra final”, amparado pelo livre convencimento<sup>187</sup>. Dessa forma, crê-se, ainda, que o juiz é o principal destinatário da prova e ele poderia, desta forma, atuar para corroborar a sua posição final. Sobre isto, salienta Streck que, boa parcela dos teóricos ainda não conseguiu superar o “modelo solipsista-cartesiano pelo qual ainda se acredita ser o juiz o principal destinatário da prova”. Acrescenta o autor, ainda, que “este parece ser o ponto nevrálgico do processo penal de *terrae brasiliis*” (STRECK, 2011, p. 634).

Esses debates que envolvem as questões da “verdade real” e da produção de prova de ofício são discutidos pelos Tribunais Superiores brasileiros. Em editorial especial publicado no site do Superior Tribunal de Justiça, no dia 1º de abril do ano de 2012, lançou-se a seguinte questão: “pense em *doxa*, *aletheia* ou *episteme* e responda: é possível alcançar a verdade absoluta?” O texto continua com a seguinte afirmação: “a questão aflige filósofos desde a Antiguidade, mas o dilema é enfrentado cotidianamente pelos magistrados” (STJ, 2012).

De fato, a questão aflige filósofos desde a Antiguidade e os magistrados a enfrentam dia pós dia. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça retrata o modo pelo qual a “verdade real” é abordada e conduzida, de modo geral, na realidade

---

reconhecida a ilicitude das provas e absolvido o réu por insuficiência de provas válidas. A produção de provas em desacordo com as regras legais e constitucionais - no caso em desacordo com o artigo 212 do Código de Processo Penal e com o princípio do devido processo legal, do qual emana o dever (e a consequente garantia) de imparcialidade do julgador - enseja a ilicitude dessas provas e, na linha do disposto no artigo 157 do Código de Processo Penal, a sua inadmissibilidade para fins de convencimento do julgador. Não há regra processual determinando a renovação das provas produzidas ilicitamente. 2. A garantia do contraditório, no âmbito de um processo penal que se pretenda democrático e compatível, pois, com a estrutura acusatória desenhada pela Constituição Federal de 1988, se estabelece entre acusação e defesa, não entre o magistrado e a defesa, pois o juiz, aqui, atua no processo penal como terceiro imparcial, alheio aos interesses das partes e equidistante em relação a elas. Tanto não significa, modo absoluto, a inércia do juiz e a vedação irrestrita à formulação de perguntas de sua parte, mas, sim, impõe ao magistrado um limite processual, vedando que, com sua atuação, substitua ele a atividade do órgão acusatório. EMBARGOS DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70058046459, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 08/05/2014)".

<sup>187</sup> O “livre convencimento” também é um resquício inquisitorial, mas que será analisado posteriormente, mais especificamente no primeiro tópico do último capítulo.

brasileira. Por exemplo, o tema é abordado em recente julgado (HC 192.410/MS<sup>188</sup>), de relatoria do Ministro Jorge Mussi. Trata-se de um *habeas corpus*, em um caso de tráfico de entorpecentes, mais precisamente referente ao artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. Ocorre que o juiz de primeiro grau determinou de ofício a juntada do laudo de exame toxicológico do réu e a defesa alegou nulidade, por afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como por violação ao princípio acusatório. Parte da decisão se mostra interessante de ser analisada, conforme se verá a seguir.

[...] 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. [...] Assim, a determinação de juntada aos autos do laudo de exame toxicológico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do writ, não caracterizou ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes. (HC 192.410/MS)

Destaca-se, pois, o seguinte trecho da decisão: “Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade [...] o certo é que o próprio ordenamento jurídico permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento [...]”. Deste fragmento, conclui-se que a opção pelas leis infraconstitucionais, claramente inquisitoriais, prevaleceram às regras constitucionais, tudo em busca da “verdade real”.

Se de um lado os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real, como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (filosofia da consciência). Ora, por trás desse vício de origem da “metodologia do direito” está a velha discricionariedade (espaço ocupado pela razão prática nos “casos” de insuficiência da “plenitude” da razão teórica), que não por acaso, é o que sustenta o principal inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico. (STRECK, 2010, p. 57)

Além disso, o Ministro sustenta o voto dizendo que as “regras constitucionais e processuais pertinentes” foram respeitadas. Contudo, não há, pois, como pensar em regras constitucionais impertinentes. Mesmo que se possibilitasse essa afirmação, a

<sup>188</sup> Apenas para constar, o writ foi parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem. Ver Habeas Corpus nº 192.410/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/09/2012.

decisão não refere quais seriam as regras pertinentes em detrimento de outras. Por isso, é importante lembrar que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, isto, pois, se pensarmos que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente, do mesmo modo, a sociedade não pode ser indiferente às razões pelas quais um juiz (ou Tribunal) toma as suas decisões. O juiz, de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, tem responsabilidade política (para) com a sua decisão (STRECK, 2011b), conforme se aprofundará no próximo tópico.

De todo modo, esses resquícios inquisitoriais (recurso de ofício, delação premiada, produção de prova de ofício, livre convencimento, busca pela verdade...) parecem confundir-se com o protagonismo judicial, que também pode ser considerado sinônimo de autoritarismo e discricionariedade. Isto precisa ser superado. A superação da filosofia da consciência parece ser essencial, a partir de um enfoque constitucional, bem como também a adaptação legislativa do instituto da prova em conformidade com princípios constitucionais (STRECK, 2011).<sup>189</sup> Caso contrário corre-se o risco de cada vez mais decisões arbitrárias serem proferidas à luz da consciência do intérprete. Voltaremos aos tempos da inquisição, bastando para tanto um sinal do inquisidor (juiz ou tribunal) para mudar uma decisão de imediato: “[...] mas amanhã eu te condenarei e serás queimado como o pior dos heréticos, e esse mesmo povo que hoje te beijava os pés precipitar-se-á amanhã, a um sinal meu, para alimentar tua fogueira” (DOSTOIÉVSKI, 1970, p. 255).

Assim, a consolidação do sistema acusatório (que se encontra em transformação) depende da superação dos resquícios inquisitoriais que ainda perduram na legislação infraconstitucional e, também, na mentalidade daqueles encarregados de proferir as decisões judiciais. Estes resquícios afetam diretamente direitos fundamentais individuais dos cidadãos. Todavia, não é apenas na esfera civil (individual) que se pode verificar as carências do sistema acusatório. Estas insuficiências que estão atreladas à própria transição do Estado Democrático de Direito, também podem ser verificadas na

---

<sup>189</sup> Nesse sentido, os ensinamentos de Streck são esclarecedores, sobretudo quando refere que “a legitimidade do processo penal não dependerá apenas da circunstância formal de quem toma a iniciativa probatória nos marcos do modelo processual. O processo deverá conter [...] um contraditório devidamente equalizado, exigindo a apreciação dos argumentos dos sujeitos processuais à saciedade, e a decisão controlada a partir do dever de fundamentar (*accountability*), aliado à obediência da integridade e da coerência, vale dizer, uma decisão somente se legitima na medida em que consiga se situar numa cadeia de decisões (o direito tem DNA, sim), 17 vedados – e permito-me a insistência – ativismos, protagonismos e discricionariedades” (STRECK, 2011, p. 657-58).

esfera política, sobretudo com os mecanismos de *accountability*, conforme se verá a seguir.

#### 4.2.2 A Esfera Política

A transição do autoritarismo para a democracia fez com que o Brasil assumisse e cada vez mais ampliasse e criasse mecanismos de participação, transparência e controle nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). No âmbito do Judiciário importa reconhecer o papel de responsabilidade política (DWORKIN, 2011, p. 138; STRECK, 2013b) assumida pelo juiz nas suas decisões. Mais que isso, a motivação dessa decisão passa a ter uma dimensão política, no momento em que todos os indivíduos da sociedade têm o direito de conhecer e controlar os atos dos agentes do Estado (neste caso, os juízes). É a *accountability* social. No âmbito processual penal, em específico, a decisão judicial é peça chave para a completude e consolidação do sistema acusatório, pois é a partir dela que definitivamente se tomará conhecimento se as garantias constitucionais (imparcialidade, ampla defesa, contraditório, igualdade de partes, publicidade, oralidade, etc.) foram de fato respeitadas e daí reside a importância de seu controle/fiscalização. Entretanto, ainda não há muito debate sobre a possibilidade ou não de existir fiscalização das decisões judiciais (averiguação de qualidade) por uma instituição pública. No caso brasileiro, poder-se-ia citar como exemplo de instituição o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nessa perspectiva, a instituição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que também atua como intermediário entre o cidadão e o Poder Judiciário, assumiria importante destaque. O Conselho Nacional de Justiça foi criado com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. O artigo 103-B da Constituição apresenta a sua composição e atribuições. Trata-se de “uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual” (CNJ, s/p). A missão apresentada pela instituição é “contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade” (CNJ, s/p).

Se a instituição que possui a atribuição de controlar e fiscalizar os atos do Poder Judiciário deve contribuir para a eficiência da prestação jurisdicional, importa, neste momento, especificar o que se tem entendido por eficiência e quais as implicações deste princípio para o Estado Democrático de Direito e, em específico, para o processo

penal. Este princípio é a base para que se possa traçar a linha argumentativa desta seção, qual seja, que a decisão judicial (pautada na responsabilidade política ao decidir) é essencial para a consolidação do sistema acusatório e, por isso, deve estar sempre submetida a um controle (qualitativo).

O princípio da eficiência foi incluído no texto constitucional, em seu artigo 37, através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, com a chamada “Reforma Administrativa” do Estado. Nesse momento, acontece o que Bonavides chama de a tomada do direito pelo movimento neoliberal, “transformando-o em mecanismo e instrumento a serviço de seu projeto ideológico-econômico” (BONAVIDES, 2004, p. 23). Essa reforma administrativa foi vista pelos críticos como de caráter eminentemente gerencial e

sem qualquer discussão nacional mais apurada a respeito do tema, tornou-se não apenas mais um princípio da Administração Pública, mas sim, o principal e paradigmático princípio que acabou por vincular todos os demais, constituindo praticamente uma perigosa ‘metanorma’. O Estado brasileiro passou, a partir de então, a se legitimar em tal princípio, de sorte que todas as práticas no âmbito na administração pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício eficiente. (JUNIOR, 2007, p. 142-43)

A introdução desse princípio ao texto constitucional trouxe consigo uma carga perigosa de interpretação. Grande parte da sociedade imaginava e pensava que o princípio da eficiência traria efetividade estatal (efetividade social), além de melhoria na ampliação e qualidade dos serviços públicos e na garantia de direitos fundamentais. Entretanto, a lógica eficiente trazida pela emenda apresentou o contrário dessa realidade, legando-nos um “Estado mínimo, sonegador de direitos e garantias” (COUTINHO, 2002, p. 34). Para a Administração Pública “eficiente” dos neoliberais passa a importar a quantidade e não a qualidade, ou seja, o Estado “deixa de ser visto como efetivo – para ampliar gastos públicos, para a redução do analfabetismo, redução da pobreza, etc., - para ser célere, produtivo e competitivo” (JUNIOR, 2007, p. 151). No campo processual penal, o caráter de eficiência

compra (ou favorece a consideração de) equivocadas noções, principalmente a de que o processo penal é (ou deve ser) portador de um caráter de busca de resultados (condenações no campo meritório, mal disfarçada e fundamentalmente, ou, em matéria probatória, uma aproximação a *standards* mofados como uma busca de ‘verdade real’), tal qual *benchmarks* observados entre tribunais disputando cotas de maior dissipação de autos em gabinetes a despeito das garantias e da índole processual que devem respeitar um caráter *pro-reo* e quiçá (minimamente) um prazo razoável para a conclusão dos feitos (que não é apenas a celeridade necessária, mas, também, em muitos casos, uma cautela programada). (DIVAN e MORAIS, 2012, p. 102-03)

A eficiência, portanto, é considerada quantitativamente. Além disso, sabe-se que a “crise da Justiça” ocasionada pela busca de soluções para as demoras nas prestações jurisdicionais impõe celeridade (sob o argumento da razoável duração do processo). Portanto, impõe-se celeridade e eficiência. Essa realidade pode ser verificada, por exemplo, nas metas traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça. No VII Encontro Nacional do Judiciário, realizado em Belém/PA, nos dias 18 e 19 de novembro de 2013, os presidentes ou representantes dos tribunais do país reuniram-se para aprovar as metas para o Judiciário brasileiro alcançar em 2014. Destacam-se aqui, as metas 1 e 2 que são atribuídas para todos os segmentos de justiça e visam julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos no ano corrente (meta 1), além de identificar e julgar, até 31/12/2014 (meta 2) (i) no STJ 100% dos processos distribuídos até 31/12/2008 e 80% dos distribuídos em 2009; (ii) na Justiça Militar da União, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2012, no 1º grau, e 95% dos processos distribuídos até 31/12/2012, no STM; (iii) na Justiça Federal, 100% dos processos distribuídos até 31/12/2008 e 80% dos distribuídos em 2009, no 1º grau e no 2º grau, e 100% dos processos distribuídos até 31/12/2010, e 80% dos distribuídos em 2011, nos Juizados Especiais e Turmas Recursais Federais; (iv) na Justiça do Trabalho, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2011 e 80% dos processos distribuídos até 2012, nos 1º e 2º graus, e 80% dos processos distribuídos até 31/12/2011, no TST; (v) na Justiça Eleitoral, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2011; (vi) nos Tribunais de Justiça Militar Estaduais, 95% dos processos distribuídos até 31/12/2012, no 1º grau, e até 31/12/2013, no 2º grau; e (vii) na Justiça Estadual, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2010, no 1º grau, e até 31/12/2011, no 2º grau, e 100% dos processos distribuídos até 31/12/2011, nos Juizados Especiais e nas Turmas Recursais Estaduais (CNJ, 2014).

Além destas duas metas, outras quatro<sup>190</sup> foram aprovadas, mas nenhuma com menção a qualidade de decisões, somente quantidades. É a busca incansável pela

---

<sup>190</sup> “Meta 3 – Justiça Estadual, Justiça do Trabalho, Justiça Militar da União e Justiça Militar Estadual: Estabelecer e aplicar parâmetros objetivos de distribuição da força de trabalho, vinculados à demanda de processos, com garantia de estrutura mínima das unidades da área fim.

Meta 4 – Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Militar da União, Justiça Militar Estadual e Superior Tribunal de Justiça: Identificar e julgar até 31/12/2014 as ações de improbidade administrativa e as ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, sendo que: na Justiça Estadual, na Justiça Militar da União e nos Tribunais de Justiça Militar Estaduais, as ações distribuídas até 31 de dezembro de 2012, e na Justiça Federal e no STJ, 100% das ações distribuídas até 31 de dezembro de 2011, e 50% das ações distribuídas em 2012.

Meta 5 – Justiça Federal e Justiça do Trabalho: Reduzir o congestionamento, em relação à taxa média de 2013 e 2012, na fase de cumprimento de sentença e de execução: em 10% quanto às execuções não

celeridade processual e pela eficiência (quantidade). Diante disso, questiona-se: o processo deve ser célere a todo custo? Parece que uma sociedade democrática não ousaria prescindir de certos interesses e valores necessários à salvaguarda da atividade jurisdicional. Um processo menos célere é, por força, um processo de empenho garantístico. Dificílimo é pensar a excelência em ambos, pois “é pretensão desmedida querer desfrutar ao mesmo tempo o melhor de dois mundos” (MOREIRA, 2004, p. 5).

A celeridade processual que remete a quantidades de processos julgados em determinado tempo precisa ser compreendida de forma que não prejudique, por exemplo, direitos fundamentais constitucionais. A celeridade é um preço muito alto a se pagar quando se pensa no processo penal e em uma possível supressão de direitos constitucionais como o da ampla defesa, do contraditório e o da fundamentação das decisões que podem ser prejudicados em prol de um processo rápido com respostas urgentes.

Por trás deste manto de defesa da eficiência a todo custo, existe, sim, uma política alheia aos Direitos Fundamentais que, em última análise, vencidas todas as falácias que a sustentam, descerrada a sua máscara, torna-se confessadamente partidária do movimento neoliberal. Justiça que age assim não é justiça constitucional, pois toda decisão judicial tem que ter sua âncora na normatividade, considerando a Constituição Federal no vértice superior da pirâmide. Pode até ser aplicadora de eficiência e de maximização de riqueza, mas não do direito. (TOSCANO, 2013, p. 353-379)

Por isso, a fundamentação das decisões é exigência intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Calamandrei lembra que a motivação da decisão é “uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão”. Isto, pois, continua o autor, no caso da conclusão estar errada, “poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo” (CALAMANDREI, 2000, p. 175). A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, e muito menos é uma escolha, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação<sup>191</sup> (STRECK, 2012, 2011).

Acredita-se que todos os caminhos percorridos para tentar acelerar o trâmite processual perdem o sentido quando se suprimem quaisquer das garantias processuais

---

fiscais e cumprimento de sentença na Justiça Federal; em qualquer percentual quanto às execuções fiscais e em 5% quanto às execuções não fiscais e cumprimento de sentença, na Justiça do Trabalho.

Meta 6 – Justiça Estadual e Justiça do Trabalho: Identificar e julgar, até 31/12/2014, as ações coletivas distribuídas até 31/12/2011, no 1º grau e no TST, e até 31/12/2012, no 2º grau” (CNJ, 2014, s/p).

<sup>191</sup> Nesse sentido, cita-se uma importante referência do STF. V. Recurso Extraordinário nº 540995. Relator Ministro Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 19.02.2008. DJe-078, divulgado em 30.04.2008; publicado em 20.05.2008.



que foram introduzidas democraticamente na Constituição Federal, dentre as quais, a fundamentação das decisões (FERES, 2008, p. 123-137). A celeridade processual, portanto, não pode carregar o rótulo de uma garantia máxima a todo custo, sob pena de as decisões judiciais serem quantificadas ao invés de qualificadas<sup>192</sup>. A motivação das decisões judiciais é pressuposto básico do atual Estado Democrático de Direito. Torna-se inviável creditar à celeridade processual aquilo que ela não pode nos fornecer: a real confiança na tutela jurisdicional. Com a revolução democrática da justiça a luta não pode ser apenas pela celeridade (quantidade da justiça), mas deve também ser pela responsabilidade social [e política] (qualidade da justiça) (SANTOS, 2001, p. 27). Já advertia Carnelutti que “se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura” (CARNELLUTTI, 1959, p. 154).

Dessa forma, torna-se intolerável em nome da celeridade processual aceitar quantidades de decisões julgadas apenas para apresentar números, desmerecendo a qualidade da fundamentação (respostas constitucionalmente adequadas, conforme refere Streck em seus estudos) que os julgados necessariamente devem apresentar<sup>193</sup>. Como é possível fundamentar com responsabilidade se a meta mensal a ser cumprida ultrapassa qualquer condição física e mental dos juízes? O trabalho quantitativo (produção em massa de decisões) acaba por afetar o direito que todo cidadão tem de ter uma sentença com fundamentação idônea e coerente. Como já afirmou José Carlos Barbosa Moreira “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa”. Acrescenta, ainda, em continuidade, que “todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço” (MOREIRA, 2004, p. 5).

Por outro lado, apesar dos problemas quantitativos e de outras importantes críticas<sup>194</sup> atribuídas à instituição do Conselho Nacional de Justiça, não se pode negar

---

<sup>192</sup> A celeridade deve ser garantida em momentos específicos, especialmente para eliminar burocracias do processo e, neste aspecto, diversos devem ser os mecanismos para que se faça valer essa garantia: como o uso de tecnologias adequadas (especialmente para eliminar o chamado “tempo morto” do processo), qualificação dos profissionais que atuam dia-a-dia nos cartórios judiciais, entre outras.

<sup>193</sup> É importante frisar que não se está afirmando, necessariamente, que quantidade de decisões proferidas não signifique também qualidade das mesmas. Para tanto, seria necessária a realização de uma pesquisa aprofundada no assunto, com análise empírica que pode ser fruto de um trabalho futuro. Aqui, pretende-se apenas chamar atenção para este assunto, uma vez que ele está intimamente relacionado com a consolidação de um processo penal democrático.

<sup>194</sup> Uma das principais críticas reside na discussão que envolve o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça, com a expedição de atos regulamentares, resoluções, etc. Para o debate, ver STRECK *et al.* (2005).

que ele se apresenta como um grande progresso na transição do Estado Democrático de Direito, mas que também precisa ser aprimorado. Por mais que as metas busquem prover eficiência quantitativa (que nada mais é que um reflexo de uma sociedade que clama por respostas urgentes e de um Estado ainda com heranças neoliberais), poder-se-ia pensar, sem aprofundar o tema, mas apenas instigando o debate, que o Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, poderia assumir como uma de suas atribuições a fiscalização das decisões judiciais, atribuindo às suas metas, também, qualidade de decisões.

Em síntese, diante do que foi exposto, parece, preliminarmente, haver uma falha nos mecanismos de *accountability* no Brasil, primeiro porque a cobrança institucional é por quantidades e não qualidade das decisões, e, segundo, porque não há fiscalização e constrangimento institucional ao magistrado que decide de forma irresponsável e arbitrária no exercício de seu dever. Por isso, seria importante reforçar a discussão na área acadêmica e social sobre o dever de responsabilidade dos juízes ao decidir. Os mecanismos de *accountability* no Poder Judiciário podem ser explorados com mais frequência pela academia e sociedade, como meio de fortalecer o Estado Democrático de Direito, e, por consequência, contribuir com a consolidação do sistema acusatório em sede de matéria processual penal – assunto que será abordado no tópico político da próxima seção.

#### 4.2.3 A Esfera Social

É possível elencar dois principais fatores que justificam o estudo do sistema processual penal na esfera social: dificuldade de acesso à justiça (conceito ampliado<sup>195</sup>) e a deficiência de educação jurídica em matéria criminal à população. Esses déficits, além de serem elementos básicos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, acabam por influenciar o processo penal e dificultam a consolidação do sistema

---

<sup>195</sup> O conceito de acesso à justiça vai além daquele entendimento liberal sobre a possibilidade de acessar a proteção judicial através da proposição ou contestação de uma ação. Entende-se, para fins deste estudo, o acesso à justiça como um conceito amplo, que engloba, além da possibilidade de ingressar em juízo, ter um amparo jurídico que possibilite um acesso justo, igualitário, com respeito às garantias constitucionais. “Falar sobre abrangência do acesso à justiça é falar de uma imensurável gama de garantias que estão à disposição dos cidadãos” (CAOVILLA, 2003, p. 37). “O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPELLETI e GARTH, 1998. P. 10). O “acesso à justiça penal”, em específico, “deve ser visto sob o prisma de acesso a uma ordem jurídica justa. Deve abranger [...] o exercício pleno do direito fundamental à defesa, em correspondência com o mínimo existencial penal. Destarte, o acesso à justiça penal possui íntima convicção com o pleno exercício de uma *defesa penal pública materialmente eficaz*” (SOUZA, 2011, p. 322).

acusatório quando vistos como caminhos essenciais para a concretização de outros direitos fundamentais igualmente necessários. Isso acontece principalmente com a parte menos economicamente favorecida da população que acaba por sofrer diariamente com a violação de direitos em matéria processual como, por exemplo, o da igualdade de partes, da ampla defesa e do contraditório.

Primeiramente, é importante contextualizar a realidade descrita acima. Esta realidade de desigualdade social (que acaba por afetar diversos segmentos da sociedade, entre eles o direito processual penal) pode ser analisada a partir da chamada “crise do Estado”. Diante de uma sociedade globalizada, capitalista e consumista,

a capacidade de consumir converte-se em um critério de integração ou exclusão social, gerando polarização e assimetrias. É justamente em virtude disso que as desigualdades globais são cada vez mais evidentes [...]. Nessa lógica, o mercado converte-se no grande igualador e separador da sociedade. (MORAIS; WERMUTH, 2013, p. 165)

No Brasil, esta realidade de injustiça social foi agravada com programas históricos de crescimento econômico baseados na concentração de riqueza e com políticas econômicas neoliberais da década de 1990 que reduziam o papel do Estado como provedor de programas sociais. Assim, a herança deixada pelo neoliberalismo é de uma sociedade desagregada e com graves dificuldades de se reconstruir, tanto sob o ponto de vista de integração social, como também de uma permanente agressão ao conceito e à prática da cidadania (GALLIEZ, 1999, p. 49). O estado tornou-se omissor às questões de inclusão social.

Esta ausência do Estado na vida da população mais pobre, eximindo-se de suas tarefas enquanto agente de bem-estar social, fez com que novas iniciativas fossem tomadas com relação à violência e a insegurança (MORAIS e WERMUTH, 2013). Políticas de "Lei e Ordem" começaram a surgir com a ideia de “dar uma resposta ao fenômeno da criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais” (SHECARIA, 2009, p. 170). Zolo afirma que essas políticas penais repressivas estão interconectadas com o processo de globalização, que marca uma transformação do Estado Social ao “Estado Penal” (ZOLO, 2010).

Desse modo, de acordo com Loïc Wacquant, há uma construção de um “Estado Penal” para responder às “desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano”. Estes fatores, continua o autor, aumentam “os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário”,

afirmando que isto “equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres*” (WACQUANT, 1999, p. 6). Esta desintegração do sistema econômico-social é percebida e produzida no sistema carcerário brasileiro, “daí por que o estereótipo do delinquente brasileiro se fixa na figura do favelado” (MORAIS e STRECK, 2012, p. 87).

Além disso, conforme já estudado no capítulo anterior, a sociedade brasileira ainda possui uma elite dominante que se formou dentro de uma cultura escravagista e que dela herdou o desrespeito aos pobres. Esse passado parece ainda estar enraizado no inconsciente de certos brasileiros e se reproduz dentro de algumas instituições (SOUZA, 2011, p. 132).

Esta parte da população que sofreu com a cultura autoritária, excludente e classista, que também sofreu com as políticas econômicas neoliberais, ainda sofre com a desigualdade e com a exclusão social. Isto reflete diretamente no processo penal quando se verifica que

o Brasil é um país com uma multidão de marginalizados, excluídos do processo capitalista, sem direito concreto à educação, saúde, assistência social, moradia, acesso à justiça, onde todos estes direitos fundamentais são apenas formalmente declarados, mas efetivamente, sonegados na prática do dia-a-dia. (SOUZA, 2011, p. 139)

É por isso que se afirma que o sistema processual penal acusatório não se consolidará se não existir acesso à justiça e educação jurídica em matéria criminal a toda a população. Direitos civis e políticos somente serão concretizados se existir um meio para se alcançar a ampla defesa, o contraditório, a fundamentação das decisões, a igualdade de partes no processo penal. Caso contrário, de nada adianta lutarmos pela concretização destes direitos (sobretudo os individuais) de forma isolada. Desta forma, o acesso à justiça penal e a educação jurídica em matéria criminal tornam-se condições básicas para a completude e consolidação do Estado Democrático de Direito e, também, do sistema acusatório.

Nesse sentido, no tocante ao acesso à justiça, a Defensoria Pública (Estadual e Federal) se apresenta como meio necessário para garantir este e outros direitos<sup>196</sup>. A Defensoria Pública “de orientação jurídica e de defesa dos necessitados, reveste-se ela de capital importância para a efetivação dos princípios de igualdade e da dignidade da

---

<sup>196</sup> Essa também é a posição de Fábio Luis Mariani de Souza quando afirma que “restaria tarefa inútil a configuração de um núcleo mínimo de direitos e garantias jusfundamentais na área penal e processual penal, se não restasse estabelecida uma garantia instrumental para a efetivação deste acesso à justiça” (SOUZA, 2011, p. 312).

pessoa humana, promovendo o acesso à justiça de forma integral e gratuita” (SOUZA, 2011, p. 113). Ainda, a Defensoria Pública é um meio de participação dos desfavorecidos economicamente no processo democrático, o que legitima, inclusive, o Estado Democrático de Direito.

Após a Constituição de 1988, a assistência judiciária brasileira atingiu um patamar inédito na história e a Defensoria Pública passou a integrar o texto constitucional, ao lado do Ministério Público e outros, como uma das instituições essenciais para a função jurisdicional do Estado (artigo 134, CF/88 e artigo 5º, inc. LXXIV, CF/88). Inegável é a função social da Defensoria Pública, que tem por objetivos: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (Lei Complementar nº 132/2009).

Contudo, na prática, a Defensoria Pública no Brasil ainda enfrenta muitos desafios. Na questão processual penal, o déficit quantitativo de defensores públicos compromete o trabalho qualitativo<sup>197</sup>.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, lançaram, em março de 2013, a pesquisa intitulada “Mapa da Defensoria Pública no Brasil” que comprova a falta de defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras. Há 2.680 comarcas distribuídas em todo o país, mas somente 754 possuem Defensoria Pública<sup>198</sup>. Dentro destas 754 comarcas atendidas, “há casos de defensores públicos que além de sua lotação atendem outras comarcas de modo itinerante ou em extensão”. Nas comarcas com menos de 100 mil habitantes a ausência de defensores é ainda maior, coincidentemente onde

---

<sup>197</sup> No tocante a Defensoria Pública da União, um estudo publicado no ano de 2014, “mostra o déficit de 66% no número de defensores públicos federais em relação ao que seria ideal para um melhor atendimento à população brasileira. Para a Defensoria, o adequado seria ter um defensor público para cada 100 mil pessoas com mais de 10 anos de idade e rendimento mensal de até 3 salários mínimos (R\$ 2.172). Considerando as 140 milhões de pessoas no país que se enquadram nessa situação, segundo o levantamento, seriam necessários 1.469 defensores públicos federais, enquanto o Brasil tem 506 espalhados pelas capitais e outros 40 municípios. Esses dados fazem parte do estudo ‘Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: Um panorama da atuação da Defensoria Pública da União’, divulgado em meio a várias ações para informar a população sobre o papel do órgão” (DPU, 2014, s/p).

<sup>198</sup> “Os únicos estados que não apresentam déficit de defensores públicos, considerando o número de cargos providos, são Distrito Federal e Roraima; os que possuem déficit de até 100 defensores públicos são Acre, Tocantins, Amapá, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rondônia e Sergipe. Os estados com os maiores déficits em números absolutos são São Paulo (2.471), Minas Gerais (1.066), Bahia (1.015) e Paraná (834). O déficit total do Brasil é de 10.578 defensores públicos” (ANADEP; IPEA, 2013).

comumente o IDH da população é menor e as pessoas são mais carentes (ANADEP; IPEA, 2013).

Outro aspecto importante e preocupante apontado no estudo é a discrepância dos investimentos no sistema de justiça. De modo geral, os estados contam com 11.835 magistrados, 9.963 membros do Ministério Público e 5.054 defensores públicos; ou seja,

na grande maioria das comarcas brasileiras, a população conta apenas com o estado-juiz e com o estado-acusação, mas não conta com o estado-defensor, que promove a defesa dos interesses jurídicos da grande maioria da população, que não pode contratar um advogado particular. (ANADEP; IPEA, 2013)

Diante disso, questiona-se: é possível garantir direitos fundamentais como a ampla defesa e o contraditório sem a presença de um defensor que realmente conheça a causa na qual está trabalhando? Sabe-se, por exemplo, que em razão dos déficits de defensores, muitos deles tomam conhecimento do processo apenas antes das audiências que realizam, muitas vezes até mesmo sem conhecer o acusado; e o mesmo acontece por diversas vezes com os defensores dativos, nas comarcas em que ainda não há Defensoria Pública.

Além dos desafios que ainda permeiam o acesso à justiça, principalmente com os problemas enfrentados pela Defensoria Pública, outro aspecto precisa ser salientado que também prejudica de forma indireta a superação do inquisitorialismo, a saber, a insuficiência de educação jurídica em matéria criminal. A educação parece ser meio importante para a população, especialmente a de classe econômica menos favorecida, tomar conhecimento acerca dos seus direitos constitucionalmente previstos. Direitos como o de ter acompanhamento de um advogado desde a fase de investigação policial<sup>199</sup> (inclusive de o defensor ter acesso ao material do inquérito<sup>200</sup>), da possibilidade de se manifestar somente em juízo, de não produzir qualquer prova contra si mesmo, do contraditório, da ampla defesa (técnica e pessoal), entre outros, são básicos e todos deveriam ter a oportunidade de conhecê-los.

---

<sup>199</sup> Uma das possibilidades para contribuir com a consolidação do sistema acusatório é também a atuação da Defensoria Pública em fase de investigação policial, conforme se verá na próxima seção.

<sup>200</sup> Nesse sentido, Geraldo Prado bem descreve a importância da defesa na fase de investigação, quando afirma que “o conhecimento integral dos elementos colhidos ao longo da investigação é necessário para a defesa avaliar a correção do juízo do Ministério Público sobre a infração penal supostamente praticada pelo acusado e assim repudiar os excessos e/ou acusações infundadas e, por derradeiro, para preparar-se para produzir contraprova. A possibilidade de refutação pela defesa constitui elemento indispensável à validade jurídica de um processo penal estribado na verificação do fato como condição para a punição do acusado” (PRADO, 2014, p. 41).

A educação jurídica em matéria criminal é uma arma importante contra eventuais violações e abusos de direitos. A Defensoria Pública (através de suas funções extrajudiciais) também assume essa responsabilidade quando promove encontros e disponibiliza seus serviços para atender e informar a população. Sabe-se que há projetos de educação jurídica em algumas localidades brasileiras, como no Distrito Federal, por exemplo. Um serviço itinerante de atendimento ao cidadão é realizado, desde 2010, pela Defensoria Pública do DF para facilitar o acesso da população à justiça. O projeto “Defensor na Comunidade”, através de uma equipe de defensores designada exclusivamente para esse serviço, leva, de forma gratuita, assistência jurídica integral (em matéria civil, penal e de família) aos cidadãos da capital federal (AGENCIA BRASIL, 2012).

Entretanto, pensa-se que, para além do trabalho muito bem desempenhado pela Defensoria Pública, outras formas de educação de jurídica poderiam ser objeto de políticas públicas, podendo alcançar inclusive a forma preventiva e não somente orientação após os conflitos delituosos. Conhecer direitos também é um meio de evitar problemas.

Nesse ponto, o papel da educação na mídia assume centralidade. Por exemplo, a TV Justiça, criada em 2002, é um canal de televisão público, de caráter não lucrativo, coordenado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Os programas apresentados são os mais variados (Artigo 5º, Brasil Eleitor, Brasil Justiça, CNJ em ação, Conexão Cidadania, Direito & Literatura, etc.) e estão todos vinculados a propostas que envolvem repassar informações jurídicas à população. O foco da TV Justiça, inclusive, é preencher vazios deixados por emissoras tradicionais comerciais em relação “a notícias sobre questões judiciárias, a fim de possibilitar que o público acompanhe o dia a dia do Poder Judiciário e suas principais decisões, favorecendo o conhecimento do cidadão sobre seus direitos e deveres” (TV JUSTIÇA, 2002).

Contudo, sabe-se, há pouca audiência nestes programas que se propõe a informar e contribuir com informação sobre direitos e deveres, uma vez que não há incentivos e apelo que conectem a população mais diretamente. Por outro lado, programas que prezam o sensacionalismo e que dramatizam a realidade possuem elevadas audiências e ainda produzem efeitos na realidade (vide caso Raquel Rachel Sheherazade<sup>201</sup>). De

---

<sup>201</sup> O caso envolve uma postura reacionária de Rachel Sheherazade, apresentadora de um programa jornalístico da emissora brasileira “SBT”, que afirmou, em rede nacional, ser bem feito o ato de linchamento público de um menor que supostamente teria furtado um objeto. Sobre o caso, recomenda-

modo geral, ressalvadas as exceções, a mídia (sobretudo a televisiva) potencializa o efeito de desinformação jurídica, quando se preocupa em transmitir, em seus principais canais abertos, com altos picos de audiência, programas que nada contribuem para a formação da cidadania. No Brasil, a educação sobre direitos (principalmente em matéria criminal) e deveres ainda não atinge a grande parte da população.

Por todos esses fatores, para a consolidação do sistema acusatório, o acesso à justiça e a educação jurídica são fatores essenciais diante da transição do Estado Democrático de Direito e que envolvem esforços qualitativos para seus aprimoramentos. Estes temas, com propostas de possíveis soluções, serão tratados no último tópico da seção que segue.

### 4.3 PROPOSTAS DE SOLUÇÕES QUALITATIVAS PARA O APRIMORAMENTO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL

Conforme apresentado ao longo deste trabalho, e especificamente na primeira seção deste capítulo, para a superação dos resquícios inquisitoriais ainda presentes no sistema processual penal brasileiro os esforços precisariam ir além da análise do núcleo duro do sistema processual penal. Para isso, foi necessário analisar o aspecto macro que envolve o sistema acusatório no Brasil. Como visto na seção anterior, parecem existir dificuldades para a superação do inquisitorialismo envolvendo os três pilares de direitos que fundamentam o Estado Democrático de Direito (civis, políticos e sociais). Diante dessa realidade, o presente estudo apresenta algumas propostas de possíveis soluções qualitativas que poderiam contribuir no processo de superação dos resquícios inquisitoriais ainda existentes no Brasil. Tal superação se desenvolveria no médio e longo prazo, acompanhando (retroalimentando, e sendo retroalimentada por) a própria transição do Estado Democrático de Direito.

#### 4.3.1 A Esfera Civil: a proposta do juiz das garantias e a compreensão do papel do juiz no processo penal

Verificou-se no primeiro tópico da segunda seção deste capítulo que as dificuldades que envolvem a superação do inquisitorialismo no âmbito dos direitos civis

---

se a leitura do artigo “A subsombra desumana de Raquel Sheherazade”, de autoria do deputado federal Jean Wyllys (2014), cujo trecho destaca-se: “Sheherazade não só defendeu abertamente o linchamento do menor como afirmou que as pessoas ‘de bem’ não têm outra resposta para o ‘estado de violência’ que não a ‘justiça com as próprias mãos’ (claro que ela estava se referindo apenas aos delitos praticados pelos pobres e negros, já que defendeu e justificou a delinquência do astro pop Justin Bieber), desprezando o - e debochando do - papel das polícias, do Ministério Público, do poder judiciário e dos defensores dos Direitos Humanos na mediação dos conflitos em sociedade” (WYLLYS, 2014, s/p).



compreendem problemas na legislação – sobretudo na dificuldade de interpretar e adaptar a legislação infraconstitucional a partir da Constituição – e, além disso, na mentalidade dos juízes – que, de modo geral, parecem não conseguir desfazer-se da filosofia da consciência como base de suas atuações no processo penal. Todos estes fatores, em conjunto, precisam ser avaliados para uma possível contribuição no processo de consolidação do sistema acusatório.

Em termos qualitativos, é importante pensar em uma legislação que assegure o modelo processual penal democrático recepcionado constitucionalmente. A proposta de uma reforma ao Código de Processo Penal é imprescindível. Entretanto, é importante que seja uma mudança que busque o aprimoramento das normas em consonância com o sistema acusatório (ou seja, que vise garantir direitos como o da igualdade de partes – “simetria entre ação e reação”<sup>202</sup> (GIACOMOLLI, 2014, p. 123), da imparcialidade do juiz, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade) para romper definitivamente com os resquícios deixados pela época inquisitorial. A superação de resquícios inquisitoriais ainda presentes no Código de Processo Penal de 1941 é um primeiro passo. Nesse sentido, impossibilitar a gestão probatória do juiz, através da lei infraconstitucional, é imperioso em um país que ainda apresenta dificuldades de fazer valer a Constituição.

Tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n° 8045/2010 (originário PL 156/09, do Senado Federal) que visa reformar o Código de Processo Penal. O artigo 4° (disposto no título dos princípios fundamentais) do projeto já estabelece que o processo penal tenha uma estrutura acusatória, vedada à iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão acusador.

Contudo, a estrutura acusatória a que se refere o artigo 4° já encontra problemas no próprio transcorrer do projeto. Por exemplo, o artigo 165 (no título das provas) estabelece que as provas sejam propostas pelas partes (acusação e defesa). Entretanto, o

---

<sup>202</sup> Torna-se importante referir neste momento as lições de Giacomolli acerca da “exigibilidade de *par conditio*”, sobretudo quando afirma que “um processo penal democrático e da prestação da tutela jurisdicional efetiva exige o afastamento da supremacia de um sujeito ou ente estatal do domínio de qualquer polo do processo ou a preponderância de uma das partes sobre a outra. Exige-se a manutenção da simetria entre ação e reação, imputação e defesa. [...] No processo penal, como regra, a acusação pública dispõe de um nível superior de possibilidade de atuação no processo, não só pela especialidade de seus agentes, mas também pela própria organização da estrutura oficial. É um dos deveres do terceiro imparcial manter a igualdade de oportunidades, tanto à acusação quanto à defesa, de modo que não haja supremacia a tal ponto de produzir uma desvantagem processual” (GIACOMOLLI, 2014, p. 123). Além disso, salienta o autor que “a *par conditio* também abarca o ritual das salas de audiência e sessões de julgamento, de modo que a acusação e a defesa deverão estar no mesmo plano de igualdade de posições. Por isso, toda a arquitetura deverá ser adequada ao século XXI, ultrapassando-se o medievalismo” (GIACOMOLLI, 2014, p. 124).

parágrafo único estabelece que o juiz, no caso de dúvidas, ao final do processo, poderá requerer diligências para esclarecer qualquer prova produzida pelas partes. O legislador parece entrar em contradição com o artigo 4º do projeto e com a Constituição Federal (por ferir o sistema acusatório e também a garantia processual do *in dubio pro reo*). Nesse ponto, uma solução interessante e que parece óbvia seria retirar toda e qualquer possibilidade de iniciativa probatória do magistrado do texto infraconstitucional. Somente assim a imparcialidade estaria efetivamente segura (ao menos formalmente). Assim, o parágrafo único do artigo 165 poderia ser excluído, permanecendo apenas o *caput* – o qual condiz com um sistema acusatório de partes.

Um sistema é, sem dúvida, mais democrático, com cada parte no seu lugar, o que permite, antes de tudo, que o juiz possa manter uma maior equidistância das partes e seus pedidos. O juiz, deste lugar, assume seu mister constitucional, e assim, passa a ser o garante-mor da Constituição e, por conseguinte, dos direitos e garantias individuais. (COUTINHO, 2011, p. 21)

O exemplo anteriormente referido (possibilidade de produção de prova pelo juiz para dirimir dúvidas) leva-nos a crer que, para contribuir com a superação do inquisitorialismo, é extremamente necessário que seja revisto o papel do juiz no processo penal. Como anunciado na seção anterior, o distanciamento do juiz na produção das provas poderia fazer com que fosse obtida a imparcialidade do julgador – o que não se conseguiu alcançar apenas com a separação das funções de acusar e julgar (daí a insuficiência do núcleo duro do sistema acusatório e a necessidade de outros elementos essenciais para a sua consolidação). É preciso unir esforços no sentido de entender que através de mudanças legislativas significativas sobre a matéria probatória, a própria mudança de mentalidade dos juízes (e a consequente superação da filosofia da consciência), em longo prazo, poderia ser um horizonte possível.

Ademais, importa referir que a mudança legislativa em sede de processo penal é complexa. É por isso que discussões sérias entre a academia e a sociedade devem ocorrer quando se fala sobretudo em uma mudança de leis desse porte. O projeto de reforma do Código de Processo Penal vem sofrendo diversas críticas das mais variadas vertentes no tocante a diversas matérias. Para fins específicos deste trabalho, optou-se por trazer como exemplo a proposta lançada pelo projeto do *juiz das garantias* – pois parece ser ponto importante para contribuir com a consolidação do sistema acusatório, mas que também apresenta limites que precisam ser apontados.

A proposta do juiz das garantias que surge no projeto de reforma do CPP é uma respeitável inovação. O juiz das garantias é um juiz específico para atuar na fase de

investigação criminal, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais (artigo 14 do PL 8045/2010<sup>203</sup>). Ou seja, o juiz que atuará na fase de investigação não será o mesmo que atuará durante o processo<sup>204</sup>. Além disso, o legislador deixou claro que a atuação do juiz das garantias na fase de investigação não se baseará na busca de provas, mas sim ele será “quem deverá zelar pela observância dos princípios constitucionais, pelo respeito às liberdades públicas, e pela eficácia da intervenção penal que por si só não significa diminuição de garantias individuais” (SÁ, 2010, p. 160).

A figura do *juiz das garantias* – dissociada completamente daquela do juiz do processo – é o assento da busca por um efetivo e não mais mitológico sistema acusatório, com estrutura (inclusive, principiológica) que o sustente, para se consagrar no processo penal o modelo democrático; afastando a possibilidade de, nesta fase, existir iniciativa probatória do juiz e preservando assim seu distanciamento a fim de evitar influência na formação dos elementos que venham a configurar ou antecipar a pretensão de quem quer que seja. (SÁ, 2010, p. 160).

<sup>203</sup> O artigo 14 do PL 8045/10 dispõe que compete especialmente ao juiz das garantias: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

<sup>204</sup> A competência do *juiz das garantias* abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo – que seguirão o rito dos Juizados Especiais Criminais –, e cessa com a propositura da ação penal. Como bem sustenta André Machado Maya, utilizando-se também dos ensinamentos de Nereu José Giacomolli, “o juizado das garantias tem competência ampla, abrangente de todas as infrações penais, excetuadas apenas as de menor potencial ofensivo, atualmente reguladas pela Lei 9.099/95 [...]. A exceção se justifica na medida em que a prática dessas infrações enseja a lavratura de termo circunstanciado, e não a instauração de inquérito policial. Não há, nesses casos, ao menos como regra, investigação criminal, mas apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas, bem como a narração resumida do fato delituoso com suas circunstâncias (GIACOMOLLI, 2009, p. 85). Por isso, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais por parte da autoridade policial, afigura-se sem sentido a figura do juiz das garantias nesses casos” (MAYA, 2009, p. 6-7).

De fato, a proposta do juiz das garantias é uma possibilidade de avanço para a consolidação do sistema acusatório. Entretanto, importa considerar que alguns pontos desta reforma deveriam ou poderiam ser mais bem debatidos para superar definitivamente os resquícios inquisitoriais que se fazem presente nessa esfera. São eles: (i) o recebimento da inicial acusatória pelo juiz do processo; e (ii) a junção dos autos do inquérito policial ao processo.

O primeiro ponto questiona quem receberá a inicial acusatória. Segundo o disposto no artigo 274 do PL 8045/10, a competência para receber a acusação será do juiz do processo e não do juiz das garantias. Nesse ponto, a crítica de André Machado Maya é pertinente:

O recebimento da denúncia ou queixa, embora reconhecido pela jurisprudência dominante como um ato decisório que dispensa motivação, exige do magistrado, sim, um exame dos pressupostos processuais, das condições da ação e da justa causa, pois, consoante dispõe o artigo 395 do atual Código de Processo Penal, a sua ausência impõe a rejeição da inicial acusatória. Assim, embora diante de uma avaliação preliminar, o juiz, ao receber a denúncia ou queixa, deve convencer-se, conforme destacado por Lopes Jr. [2009, p. 95], da probabilidade do alegado na peça acusatória, entendendo existirem elementos consistentes da existência do crime e da sua autoria pelo imputado. Essa análise [...] gera uma aproximação do magistrado com os elementos indiciários da investigação, em especial porque o juiz não terá outra alternativa que não a de buscar nos autos do inquérito policial [...] o material de convencimento *fumus comissi delicti*. (MAYA, 2011, p. 228)

Dessa forma, parece que o mais indicado para o fortalecimento do sistema acusatório seria que a denúncia ou queixa fosse recebida pelo próprio juiz das garantias<sup>205</sup>. Ele já estaria em contato com os elementos colhidos na investigação e afastaria qualquer necessidade de o juiz da instrução processual manter relação com o material informativo que compõe o inquérito policial (MAYA, 2011, p. 228).

O segundo ponto que poderia ser mais bem estudado para a superação de resquícios inquisitoriais que afetam o direito da imparcialidade está intimamente conectado ao primeiro problema. O artigo 15, parágrafo terceiro, do PL em questão, estabelece que todas as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensadas aos autos do processo. Parece que com esta previsão legal o legislador

---

<sup>205</sup> Fauzi Hassen Choukr afirma que uma das principais consequências atuais do nosso sistema processual, nesse ponto, “é a de permitir o juiz que tem contato com os autos do inquérito para qualquer ato (como nas “concessões” de prazo, por exemplo) possa ser indesejavelmente influenciado por tudo aquilo que foi produzido previamente à ação penal, deixando aflorar essa influência não somente no juízo de admissibilidade da inicial, mas, sobretudo, procurando incorporar ao seu convencimento quanto ao mérito elementos de informação que não teriam essa finalidade” (CHOUKR, 2006, p. 93). A proposta do juiz das garantias não terminaria com esse problema, uma vez que o juiz do processo seria, de acordo com o projeto, o responsável pelo recebimento da denúncia.

também se desvirtuou do modelo acusatório proposto, desconstruindo a tese sustentada para a solidificação do juiz das garantias. É natural e inevitável que, tendo acesso aos autos do inquérito, o juiz do processo buscará, mesmo que inconscientemente, conhecer as razões pelas quais o juiz das garantias agiu desta ou daquela forma. E o fato se torna ainda mais crítico quando se pensa no Tribunal do Júri, onde “os jurados julgam por livre convencimento, com base em qualquer elemento contido nos autos do processo (incluindo-se o inquérito), sem distinguir entre atos de investigação e atos de prova” (LOPES JR., 2014, p. 330).

Dessa forma, acredita-se e concorda-se com Aury Lopes Júnior (2009; 2014), que uma solução para aprimorar o instituto do juiz das garantias (e o sistema acusatório como um todo) seria a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo. Isto, é claro, com exceção das cautelares e das provas irrepetíveis e antecipadas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Apesar de existirem alguns pontos controversos apresentados junto à ideia do juiz das garantias, a proposta definitivamente é marco importante no processo penal brasileiro – nos moldes que já vem acontecendo em diversos países latino-americanos (entre eles, México, Chile, Paraguai e Argentina<sup>206</sup>) (MAYA, 2014). Entretanto, parece que uma análise mais aprofundada de alguns detalhes, como tais exemplos expostos acima, poderia contribuir para a formação de um processo penal mais democrático. Mecanismos que garantam a imparcialidade do magistrado e igualdade das partes

---

<sup>206</sup> Por exemplo, na Argentina, mais especificamente em Buenos Aires, em 28 de setembro de 1998, entrou em vigor o Novo Código de Processo Penal (Lei nº 12.199, mediante o acordo 2839/98 da Suprema Corte de Justiça local). Com a promulgação da Lei nº 12.199 no ordenamento processual penal da Província de Buenos Aires aconteceu (i) a implementação do sistema acusatório; (ii) a criação do *Juez de Garantías*. Para Pedro J. Bertolino “*el juez de garantías es una figura clave para entender mejor el nuevo sistema procesal penal bonaerense; expresado de otra manera: su justa comprensión abre, por lo pronto, una amplia puerta para visualizar la estructura y las finalidades del conjunto sistemático adoptado por el legislador provincial*” (BERTOLINO, 2000, p. 3). O *Juez de Garantías* atua na fase investigatória e procura conferir o mais alto grau de garantismo durante toda a investigação penal preparatória, bem como na fase intermediária, com base nas regras de devido processo legal e do direito a uma adequada defesa em juízo das pessoas que são submetidas à persecução penal. É por isso que o autor afirma que com a introdução do *Juez de Garantías* ao Código bonaerense se criou um novo órgão dentro de um novo sistema, o acusatório. Importa referir que diferentemente do Brasil, a investigação preparatória bonaerense é presidida pelo Ministério Público Fiscal (artigo 267), podendo este ter suporte de outros órgãos, entre eles a Polícia, nas investigações. Aproveita-se, por oportuno, para referir que no presente trabalho optou-se por não adentrar na discussão que envolve a possibilidade ou não da investigação preliminar ser presidida pelo Ministério Público no Brasil. De qualquer forma, segue-se a mesma opinião de Aury Lopes Jr. (2014, p. 281) quando afirma que um dos grandes desafios que envolvem os problemas do *Parquet* realizar investigações é a ausência de regulamentação, ou seja, “falta uma definição em lei”. Sobre o polêmico e divergente tema da investigação pelo Ministério Público, ver. LOPES JR (2014, p. 278-281; 343-347).

precisariam ser aprimorados e incorporados ao texto infraconstitucional sob a leitura constitucional do sistema acusatório e das garantias constitucionais fundamentais.

Além disso, com a proposta do juiz das garantias, a função do juiz no processo penal teria de ser revista por aqueles que ainda não conseguem desfazer-se da busca pela “verdade real”. Essa ideia precisará ser enraizada no inconsciente dos magistrados que estão acostumados a requerer diligências sobretudo na fase de investigação policial. Como destaca Marrafon,

[...] a atuação do juiz das garantias pressupõe um giro paradigmático na própria compreensão funcional dos juízes no processo penal na medida em que exige uma atuação comprometida com o sistema acusatório, nos termos previstos no art. 4º do anteprojeto em debate, aliado ao imprescindível comprometimento com a efetividade dos direitos e garantias de liberdade contemplados na Constituição de 1988, sob pena de tornar ineficaz o grande esforço promovido pelo legislador no sentido de adequar o novo Código aos ditames constitucionais. (MARRAFON, 2010, p. 46)

É possível crer que, no longo prazo, através de medidas legislativas pautadas em discussões que visam aprimorar qualitativamente o sistema acusatório, seja admissível acreditar na quebra de resquícios do inquisitorialismo. Como destaca Coutinho, somente com muita prática é que os juízes deixarão de se contaminar pelos interesses e pedidos das partes e passarão, assim, a defender a ordem constitucional. Isso dependerá de uma “cultura acusatória” que, com o tempo, espera-se, eliminará os *justiceiros* (COUTINHO, 2011, p. 23).

#### 4.3.2 A Esfera Política: a fundamentação das decisões judiciais e a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de *accountability*

Como sustentado no segundo tópico da seção anterior, a fundamentação das decisões judiciais é pressuposto essencial para a consolidação do sistema acusatório. Isso, pois é a partir da decisão que todos tomam conhecimento se as regras e princípios processuais e constitucionais foram ou não respeitados. Para isso, para além do controle recursal da decisão (garantia do duplo grau de jurisdição das partes do processo), é preciso que os esforços se voltem para outros meios de *accountability*. Como já ressaltado, os juízes, como agentes do Estado, têm responsabilidade política ao decidir<sup>207</sup> (DWORKIN, 2011, p. 137-8; STRECK, 2013b). A responsabilidade dos

---

<sup>207</sup> Como explica Dworkin (2011, p. 137) “os juízes, como qualquer autoridade de política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar. [...] Ela [a

juízes, além de ser um dever, baseia-se no fornecimento de uma resposta constitucionalmente adequada com o intuito de evitar arbitrariedades<sup>208</sup>. Portanto, é importante que exista possibilidade de controle das decisões judiciais pela população como um todo (aí se verifica a importância da *accountability* social). Além disso, como anunciado, poder-se-ia, nesse ponto, também pensar preliminarmente em um possível controle das decisões por parte de instituições do Estado, apontando-se como exemplo o Conselho Nacional de Justiça.

O controle das decisões, portanto, parece ser elemento fundamental para influenciar na qualidade das fundamentações. Uma contribuição significativa para o fortalecimento do sistema acusatório, diante do Estado Democrático de Direito, parece estar justamente em se obter respostas adequadas e íntegras que possam ser alvos de controle para conferência da responsabilidade (qualitativa) dos juízes, conforme se verá a seguir. Para isso, é necessário que haja melhoramento e mais discussão sobre os mecanismos de *accountability* no país, sem que estes interfiram e violem a autonomia/independência judicial. Primeiramente, portanto, importa compreender o conceito de *accountability* para, posteriormente, verificar a possibilidade de melhoramentos que visem contribuir para a consolidação do Estado Democrático de Direito, bem como do sistema acusatório em sede específica do processo penal.

Estruturalmente *accountability* significa a “necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou juridicamente pelas suas atividades” (ROBL, 2013, p. 30). A estrutura de *accountability* pode ser compreendida em suas formas horizontal e vertical (eleitoral<sup>209</sup> e social).

A *accountability* horizontal acontece quando “agentes estatais ou supranacionais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los” (ROBL, 2013, p. 31). No plano horizontal,

---

doutrina] condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”.

<sup>208</sup> Para aprofundar o debate, ver. Streck (2010b e 2012).

<sup>209</sup> A *accountability* vertical se dá por meio de eleições razoavelmente livres e justas quando os cidadãos podem punir ou premiar os candidatos votando a seu favor ou contra ele. Também acontece "por definição, as liberdades de opinião e de associação, assim como o acesso a variadas fontes de informação, permitem articular reivindicações e mesmo denúncias de atos de autoridades públicas. Isso é possível graças à existência de uma mídia razoavelmente livre [...]. Eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular pela mídia ao menos das mais visíveis dessas reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas" é o que Guillermo O'Donnell chama de *accountability* vertical (O'DONNELL, 1998, p. 28).

O'Donnell enfatiza que há, no Brasil, problemas que precisam ser solucionados neste mecanismo de controle (O'DONNELL, 1998). O Judiciário é um tipo de agente de *accountability* horizontal independente e a partir desta constatação surge o dilema introduzido por Ilton Norberto Robl Filho: “como criar instituições com funções de *accountability* horizontal que sejam elas mesmas *accountable*?” (ROBL, 2013, p. 130). Essa questão leva o autor a pensar na possibilidade da criação de *accountability* especializados, entre eles a *accountability* judicial decisional e a *accountability* judicial comportamental.

A *accountability* judicial decisional é o poder que a sociedade e os agentes estatais eleitos ou não “possuem de requerer informações e justificações sobre as decisões judiciais, podendo aplicar sanções políticas e jurídicas sobre o membro do Judiciário que prolatou a decisão” (ROBL, 2013, p. 132). Esse mecanismo acontece, mormente, com a possibilidade recursal. Entretanto, poder-se-ia pensar em outra forma que não apenas a recursal, como se verificará ao longo da seção. Já a *accountability* comportamental acontece quando se quer receber informações sobre a atuação dos magistrados (tais como integridade, imparcialidade, honestidade, etc.) (ROBL, 2013, p. 32).

Já no plano vertical social (ou *accountability* social) importa compreender que esse é um mecanismo que possibilita a sociedade civil e a imprensa sancionarem, por meio de denúncias ou exposições públicas, agentes estatais eleitos ou não (ROBL, 2013, p. 31). No caso dos não eleitos introduz-se o exemplo dos juízes como agentes estatais. Acredita-se que “a ampliação do controle social, de responsabilização dos agentes públicos, e a busca de maior transparência são questões imprescindíveis para a construção da cidadania” (CORBARI, 2004, p. 106). A *accountability* social, dessa forma, proporciona uma espécie de censura pública.

No Brasil, a *accountability* social aos poucos está acontecendo. Mas, sem dúvidas, a *accountability* judicial decisional através dos recursos é a mais utilizada. Entretanto, questiona-se se apenas a fiscalização recursal e social seriam suficientes diante do grave problema relacionado às decisões arbitrárias. Por isso, sem a intenção de aprofundar a discussão, mas apenas com o intuito de incentivar o debate, examina-se,



dentro deste contexto de *accountability*, a importância do Conselho Nacional de Justiça<sup>210</sup>, diante do Estado Democrático de Direito.

A atuação do CNJ acontece normalmente quando se verifica duas questões: (i) a instituição proporciona a *accountability* horizontal, quando exige informações e justificativas dos magistrados, tribunais, servidores, etc., podendo sancioná-los; e (ii) quando proporciona também o exercício de *accountability* social, por meio de concretização do princípio da publicidade no Judiciário (PICÓ I JUNOY, 2002, p. 64<sup>211</sup>), bem como pela oportunidade de receber denúncias, da sociedade em geral, de ilícitos disciplinares de agentes judiciais, sobretudo através das ouvidorias<sup>212</sup> (ROBL, 2013, p. 268). Entretanto, uma terceira possibilidade poderia ser visualizada. Seria aquela que através da *accountability* judicial decisional, a instituição assumisse um papel intermediário na relação sociedade/Estado, fiscalizando as decisões judiciais – sem que este controle interferisse na independência judicial.

Neste último caso, a discussão que envolveria a *accountability* judicial decisional e a independência judicial precisaria ser compreendida a partir de um prisma constitucional. A independência judicial não significa que os juízes possam decidir através de seu “livre convencimento” (apesar da legislação infraconstitucional ainda permitir tal atraso<sup>213</sup>).

A independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão está limitada pela prova produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais [...] e devidamente fundamentada

<sup>210</sup> Além do Conselho Nacional de Justiça que aqui está se utilizando como exemplo, pode-se citar a Corregedoria Nacional de Justiça e as Corregedorias dos Tribunais Estaduais e Federais que também atuam como órgãos fiscalizadores.

<sup>211</sup> Joan Picó I Junoy salienta que “*la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades: a) permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; [...]*” (PICÓ I JUNOY, 2002, p. 64).

<sup>212</sup> Importa esclarecer que é atribuição do corregedor Nacional de Justiça “receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados”. Todas as atribuições estão definidas na Constituição Federal, no § 5º do art. 103-B, e regulamentadas no artigo 31 do Regimento Interno do CNJ.

<sup>213</sup> O “livre convencimento” está atrelado ao paradigma da filosofia da consciência que precisa ser superado. Acredita-se que para a superação do inquisitorialismo é necessário que seja retirado do texto infraconstitucional a ideia de “livre convencimento”. O juiz deve decidir por princípios constitucionais e com responsabilidade, através da prova que foi produzida pelas partes. Em síntese, em termos qualitativos, a retirada do “livre convencimento” do texto infraconstitucional poderia contribuir para uma futura quebra do paradigma filosófico e conseqüentemente com o aprimoramento do sistema acusatório. Nesse sentido, importa a posição de Streck quando afirma que é impossível falar em “sistema acusatório” se o próprio Código estabelece o “livre convencimento do juiz”. Ou isso, ou devemos esquecer a filosofia como condição de nossa própria possibilidade de existir e agir no mundo. Mas, com isso, estaríamos “matando” os grandes pensadores que construíram as condições de compreensão do mundo: de Platão a Wittgenstein. E não parece que o direito e os juristas queiram ser acusados também desse delito” (STRECK, 2011, p. 655).

(motivação enquanto fator legitimante do poder). Não significa possibilidade de decisionismo. (LOPES JR, 2014, p. 159)

Como já dito anteriormente, a decisão judicial é um ato de responsabilidade política. Por isso,

o magistrado, ao proferir sua decisão, deve estar comprometido com os fundamentos do Estado Constitucional, que tem como seu núcleo a democracia. Portanto, proferir uma decisão judicial não implica resgatar antigos dilemas (já superados), como o de buscar a vontade da lei, a vontade do legislador ou tampouco apelar para um suposto “poder discricionário”. A decisão judicial deve, ao contrário de tudo isso, ser construída de acordo com a legalidade (constitucional). É o que chamo de respostas constitucionalmente adequadas (ou corretas), somente obtidas através do filtro de uma Teoria da Decisão Judicial<sup>214</sup>. (STRECK, 2013, s/p)

Dessa forma, é possível arguir que a *accountability* judicial decisional, através de um controle institucional, não feriria a independência judicial e poderia ser compreendida para além da possibilidade de interposição de recursos das partes que se sintam prejudicadas com a decisão judicial. Aliás,

não é incomum que se pense que o lócus adequado para o controle da atividade decisória dos magistrados é a instância de impugnações processuais dos julgados, e só ela. Por essa perspectiva, justificar-se-ia que os juízes fossem disciplinarmente irresponsáveis, de modo absoluto, por aquilo que julgam e pela maneira como o fazem, uma vez que a limitação de seu poder decisório já estaria dada pela possibilidade de reforma ou cassação de seus despachos e sentenças. (RAMIRES, 2013, p. 5455)

Poder-se-ia, então, pensar que o CNJ seria um meio legal para controlar e questionar decisões sem fundamentação idônea (constitucional). Além disso, Ramires chama atenção para o fato de que “as decisões devem [deveriam] estar sujeitas também a alguma forma de responsabilização disciplinar que chame os seus prolores aos seus deveres para com as partes e a sociedade” (RAMIRES, 2012, p. 5457)<sup>215</sup>. Sabe-se que a fundamentação das decisões (artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal) é um dever do magistrado e, como os demais deveres, precisa ser fiscalizada. Há, dessa forma, um dever e um direito. Um dever fundamental de o magistrado fundamentar a decisão e um direito fundamental do cidadão e/ou a sociedade (coletivamente) em obter uma resposta constitucionalmente adequada (STRECK, 2012, p. 619) e, para tanto, como

<sup>214</sup> Sobre a *Teoria da Decisão Judicial* a que se refere o autor, remete-se o leitor à obra “Verdade e Consenso”, Streck (2012).

<sup>215</sup> Na opinião de Ramires, “o que importa é que haja Órgãos constitucionalmente e democraticamente legitimados para exercer o controle disciplinar, o que tem sido o caso do Conselho Nacional de Justiça brasileiro e do Conselho Superior da Magistratura, em que pesem as suas diferenças. E que o controle seja feito com respeito aos princípios constitucionais e com olhos nas garantias democráticas” (RAMIRES, 2012, p. 5476).

fortalecimento da democracia e do Estado Democrático de Direito, a fiscalização das decisões torna-se imperiosa. No caso do processo penal em específico,

a resposta [...] deve observar as garantias do acusado (dimensão endoprocessual); todavia, tem de ter presente sua dimensão política, porque, em um Estado Democrático (e Social) de Direito, seus efeitos se projetam para toda a sociedade, que tem o direito de fiscalizar o andamento do Poder Judiciário. Sobretudo se estiver bem claro que os crimes econômicos lesam bens jurídicos coletivos, motivo pelo qual há a inserção do interesse da sociedade no resultado do processo penal. (SCHEID, 2012, p. 251)

Dessa forma, acredita-se que seja possível argumentar que com a participação de todos (fiscalização pela sociedade e pelas instituições) seria possível romper com a lógica de produtividade de decisões e passar a um novo estágio: qualidade de decisões pautadas na responsabilidade política ao decidir. Em últimas palavras: a possibilidade de existir mecanismos de *accountability* social e judicial decisional (para além do método recursal)<sup>216</sup> é inerente à promessa do Estado Democrático de Direito. E, no caso específico do direito processual penal, o poder de fiscalizar a decisão judicial torna-se peça fundamental para a consolidação do sistema acusatório; por isso a importância de discutir mecanismos de *accountability* dentro dos debates firmados no âmbito do processo penal brasileiro.

#### 4.3.3 A Esfera Social: o fortalecimento do acesso à justiça e da educação jurídica em matéria criminal

Os esforços para contribuir com a consolidação do sistema acusatório e a consequente superação dos resquícios inquisitoriais ainda presentes na atualidade também perpassam a esfera social, conforme visto na segunda seção deste capítulo. O acesso à justiça (com seu conceito amplo) e a educação jurídica são fatores essenciais, diante da transição do Estado Democrático de Direito, e que envolvem esforços qualitativos para o seu aprimoramento. Para isso, elencam-se algumas propostas de soluções: (i) o aprimoramento da Defensoria Pública brasileira, que envolve (a) a ampliação e supressão das deficiências estruturais e (b) cada vez maior atuação em searas não tradicionais (como por exemplo, a investigação policial); e (ii) a busca pelo melhoramento na qualidade da educação jurídica em matéria criminal. Todas essas

---

<sup>216</sup> Como já mencionado, reitera-se que trata-se apenas de um intento preliminar que busca incentivar o debate sobre a importância de existir fiscalização das decisões judiciais. Um estudo aprofundado e empírico teria de ser realizado para verificar a real possibilidade e a viabilidade dessa opção de *accountability* judicial decisional por parte de instituições como o Conselho Nacional de Justiça, por exemplo.

soluções visam a um denominador comum: que seja oportunizado àqueles que sofreram e ainda sofrem com as políticas excludentes e neoliberais do Estado o direito de serem reconhecidos como cidadãos para fazer valer o respeito de suas garantias e direitos constitucionalmente previstos.

A Defensoria Pública no Brasil ainda apresenta alguns desafios, sobretudo no tocante às deficiências estruturais que envolvem a instituição (ausência de Defensoria em alguns estados e insuficiência de defensores).

De acordo com dados do último censo do IBGE, cerca de 82% da população brasileira, que recebem até três salários mínimos, são potenciais usuários da Defensoria. De um universo de 160 milhões de pessoas, apenas 45 milhões têm, hoje, acesso à Instituição. Segundo o Mapa da Defensoria Pública do Brasil, estudo realizado pela ANADEP em parceria com o IPEA, faltam defensores públicos em 72% das comarcas brasileiras. Dados disponibilizados no Portal do Atlas do Acesso à Justiça no Brasil, divulgado em dezembro do ano passado pelo Ministério da Justiça, dão conta de que o Brasil tem somente 3,93 defensores públicos para cada 100 mil habitantes. (ANADEP, 2014, s/p)

Para buscar suprir com esses déficits, uma importante vitória para a Defensoria Pública brasileira aconteceu no dia 20 de maio de 2014, com a aprovação do Projeto de Emenda Constitucional nº 04/2014 (já sancionada como Emenda Constitucional nº 80/2014). A PEC conhecida como “Defensoria para Todos”, após ter sido confirmada na Câmara dos Deputados, foi aprovada, em dois turnos, por unanimidade, no Senado Federal. Ela estabelece o prazo de oito anos à União, aos estados e ao Distrito Federal para que todas as unidades jurisdicionais do país contem com defensores públicos.

A Emenda altera o Capítulo IV (Das funções essenciais à Justiça), do Título IV (Da organização dos poderes) e acrescenta um novo artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988. Assim, agora, a Defensoria Pública passa a ter uma sessão própria no texto constitucional, igualando-se ao Ministério Público, a Advocacia Pública e a Advocacia, restando definitivamente delimitadas as funções de todos estes órgãos essenciais à justiça. Alguns pontos importantes foram destacados no parecer sobre a PEC 04/2014, emitido pelo Relator Senador Romero Jucá. Reconhece-se que as alterações propostas ao texto constitucional “são de extrema importância para a sociedade brasileira, pois a Defensoria Pública é uma instituição que promove a garantia dos necessitados ao acesso à justiça, por meio de serviços gratuitos e de qualidade” (JUCÁ, 2014, p. 3). Salienta o Relator, ainda, que

no atual estágio do nosso Estado Democrático de Direito, não podemos conceber que as instituições que compõem a Justiça brasileira (Estado-Juiz,

Estado-Acusação e Estado-Defesa) estejam em patamares diferenciados, em desequilíbrio, sob pena de uma das funções se esvaziar em relação às demais e restar desfigurado o sistema concebido pelo constituinte originário. Portanto, é imperioso que seja assegurada a "paridade de armas" entre essas funções, com instrumentos, garantias e prerrogativas, dentro e fora do processo, que viabilizem o efetivo acesso à Justiça aos que dela necessitam. (JUCÁ, 2014, p. 5)

É importante destacar que o acesso à justiça não é aquele em sentido restrito (possibilidade de ingressar em juízo), ou, então, especificamente ao processo penal, o direito a um defensor simbólico (como existia nos sistemas inquisitivos) apenas para cumprir formalidades. O acesso à justiça clama pela paridade de armas eficaz, que possibilite efetivamente o “contraditório por meio de defesa técnica (ao lado da autodefesa<sup>217</sup>), de modo a verificar a denominada acusatoriedade, com a separação nítida de papéis entre acusador, julgador e defensor” (CHOUKR, 2000, p. 78), tornando o acusado um titular de direitos e não mero objeto de perseguição, como acontecia na Inquisição.

Além disso, o artigo 134 da Emenda 80/2014 apresenta importantes novos elementos estruturantes e conceituais à definição e missão da Defensoria Pública no Brasil. Ele deixa claro que a Defensoria Pública, como instituição permanente do Estado Democrático de Direito, deve atuar na orientação e promoção jurídica, de direitos humanos e conceder aos necessitados a defesa de seus direitos em todos os graus, judicial e extrajudicialmente. Nesse ponto, destaca-se a importância da Defensoria Pública atuar na fase de investigação criminal. A Lei 11.449/07 já tornou inequívoca a necessidade do defensor público na fase pré-processual nos casos de prisão em flagrante. Mas parece que a atuação da Defensoria deveria se tornar efetiva aos desamparados que requererem, por exemplo, participação do defensor no momento do interrogatório policial. Mas, para isso, é preciso que a estrutura da Defensoria Pública se solidifique e, também, que haja uma mudança de cultura na fase investigativa. O investigado deveria ser cientificado que possui direitos constitucionais, mesmo na fase de investigação, e que pode ter assistência gratuita de defensor público para que lhe sejam efetivamente assegurados esses direitos.

Em termos qualitativos, a possibilidade de o investigado ter direito a entrevista prévia (prevista no artigo 185, parágrafo 5º, do CPP) com defensor público seria

---

<sup>217</sup> Sobre a defesa pessoal, salienta Giacomolli que, para que ela seja efetiva, é necessário que o imputado seja devidamente “informado da acusação e de tudo o que contra ele se pretende ou foi produzido. Por isso há que ser verificada a existência da compreensão da dimensão incriminatória” (GIACOMOLLI, 2014, p. 123).

importante<sup>218</sup>, sobretudo se o investigado viesse a se tornar réu posteriormente em eventual processo criminal. Nessa entrevista, o defensor público poderia prestar assistência jurídica necessária aos investigados, informando-o de seus direitos constitucionais que estão presentes também na fase pré-processual, como o direito de permanecer em silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo.

Diferentemente do estilo inquisitorial, onde o acusado era obrigado a falar, nem que fosse sob tortura, a Constituição Republicana de 1988, reconhece o direito ao silêncio, o direito de calar (art. 5º, LXIII, CF), dele derivando a ausência de obrigação de produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). O direito ao silêncio não abrange somente o direito de ficar calado, mas todas as modalidades em que a conduta exigida ou determinada implique auto-incriminação (reconstituição do delito, intervenções corporais invasivas, por exemplo). (GIACOMOLLI, 2008, p. 13)

Sabe-se que o direito de permanecer em silêncio deve ser mencionado ao investigado no momento do interrogatório policial, mas não há como se comparar uma informação rápida do escrivão ou do Delegado de Polícia (que nem sempre é compreendida pela parcela carente e menos instruída da população) com uma conversa em tempo razoável e reservada com o defensor para que o investigado realmente compreenda do que se trata o direito e, além disso, para que entenda quais as consequências de optar ou não pelo silêncio. O direito do investigado, que não possui condições de arcar com advogado particular, a realizar uma audiência reservada com um defensor público poderia contribuir com a consolidação do sistema acusatório. Isto, pois, sabe-se que todos os atos de investigação são juntados aos autos do processo criminal, e, mesmo não podendo ser considerados para motivo decisional, ele influencia o processo como um todo. Inclusive, não é incomum os atos de investigação serem lembrados e lidos durante a instrução processual.

É notório, sobretudo para quem atua na esfera criminal, que depoimentos que foram prestados na fase de investigação são comumente lidos em audiências para que testemunhas confirmem ou não os fatos, ou, então, para contraditar possíveis argumentos levantados pelo réu durante o interrogatório judicial. Prevalece o documento escrito (depoimento da fase policial) à oralidade (relato dos fatos na fase judicial). Não pode ser crível pensar que há igualdade de partes e possibilidades de defesa e contraditório efetivas se são comumente usados contra os acusados os depoimentos prestados por estes nas Delegacias de Polícia, na qualidade de

---

<sup>218</sup> Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, entende ser possível a realização de entrevista prévia e reservada com o investigado na fase pré-processual (GRINOVER, 2004, p.14).

investigados. Declarações estas que não são realizadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, se o investigado tiver possibilidade de reunião com defensor antes de prestar declarações na fase investigativa (que é o que geralmente acontece com aqueles que podem arcar com custas da advocacia particular), ele poderá, se assim quiser, conhecer de seus direitos e tomar conhecimento de que suas palavras poderão tomar dimensões inconscientes durante uma possível fase processual. Importa ressaltar o óbvio, para não deixar dúvidas, que mesmo com a entrevista prévia ao interrogatório policial, não significa que o depoimento policial poderá ser usado como prova judicial. Isto, pois, o defensor apenas prestará assistência jurídica anterior, mas não poderá contraditar ou se manifestar durante o depoimento prestado pelo investigado diante da autoridade policial.

Essa discussão está intimamente correlacionada a outro fator que pode contribuir para a consolidação do sistema acusatório: a necessidade de melhorar, no país, a educação jurídica em matéria criminal. Apesar da importância do papel desempenhado pela Defensoria Pública na assistência jurídica, acredita-se que não se pode atribuir toda a responsabilidade de assistência educacional somente aos defensores públicos. A educação assumiu, com a Constituição de 1988, uma amplitude inédita, sendo considerada direito fundamental social (artigo 6º, da CF/88). Entretanto, a educação possui diversos desafios. Em específico, que envolve também a área do Direito, um desafio ainda a ser enfrentado é educar a população de seus direitos e deveres constitucionais.

A possibilidade de os cidadãos conhecerem seus direitos e deveres deveria ser um *direito* obrigatório. Uma alternativa seria criar, principalmente no ensino médio, uma disciplina escolar específica para análise constitucional. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (9.394/96), que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, em seu artigo 1º, parágrafo 2º aponta que a educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social. Conhecer direitos e deveres são fundamentais, tanto para o mundo do trabalho, como para a prática social. Nesse sentido, uma possível contribuição em termos de soluções qualitativas seria tornar obrigatório, principalmente no ensino médio, sobretudo em razão da idade para certo tipo de discernimento, uma disciplina que envolvesse o estudo e o conhecimento dos

direitos e deveres insculpidos na Constituição Federal<sup>219</sup>. Entre eles, os direitos constitucionais em matéria criminal.

Além disso, seria importante que se criasse no país uma cultura midiática que prezasse pela informação e não desinformação jurídica. Como visto anteriormente, a mídia possui influência na expansão do direito penal. Mas além de criar uma cultura do medo (WERMUTH, 2011), pelas razões já expostas, a mídia pode causar distorções da realidade que acaba por influenciar a formação de opinião das pessoas.

As telenovelas são exemplos clássicos que distorcem, por exemplo, a realidade do mundo jurídico. É comum ver cenas de prisões sem fundamento, citações feitas por oficial de justiça de modo inadequado, cenas de audiências e de tribunal do júri que não condizem em nada com a realidade, juízes justiceiros, busca e apreensão sem mandado, entre outros. A novela é uma ficção. O grande problema surge quando muitas pessoas se identificam com os casos fictícios e creem ser aquele o mundo real: a novela “ficcionaliza o real e realiza a ficção” (SCORALICK, 2010, p. 74).

Há diversos estudos (por exemplo, HOLLANDA, 2003; HAMBURGER, 2005) que sinalizam que muitos indivíduos identificam-se com os papéis, com o contexto da trama e projetam-se nos personagens, desejando, muitas vezes, assumir aquele lugar e ter aquela vida. Ora, se é possível a criação de uma identidade com as telenovelas, é possível também que o seu conteúdo influencie a formação do conhecimento sobre assuntos sociais, políticos e jurídicos. Aliás, afirma Aline Maia, que através dos meios de comunicação de massa “o indivíduo assimila considerável volume de conteúdos para construção de seu conhecimento e identidade” (MAIA, 2007, p. 13). Dessa forma, poder-se-ia pensar em uma solução de cunho qualitativo, no sentido de inserir no país uma cultura midiática que envolvesse ao menos uma maior proximidade com a realidade a fim de realmente (re) passar informação (e não desinformação) à população, sobretudo com a televisão que é um meio de comunicação em massa que atinge todas as classes sociais.

Dessa forma, é possível salientar duas conclusões prévias desse debate que envolve a consolidação do sistema acusatório na esfera dos direitos sociais. Primeiro, o acesso à justiça e a educação jurídica em matéria criminal são fatores essenciais para

---

<sup>219</sup> Nesse sentido, importa referir o Projeto de Lei nº 6954/2013, apresentado pelo deputado Romário à Câmara dos Deputados, que atualmente encontra-se em tramitação. O projeto tem como ementa a alteração da “redação dos arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para inserir novas disciplinas obrigatórias nos currículos dos ensinos fundamental e médio”. Entre essas disciplinas obrigatórias está elencada a “Disciplina Constitucional”.



alcançar o fim proposto pelo sistema processual penal constitucionalmente adotado, na medida em que proporcionam o caminho para conhecer e saber como fazer valer direitos fundamentais como a ampla defesa, contraditório, imparcialidade, paridade de armas, fundamentação das decisões, etc. Segundo, conclui-se que o caminho não é rápido: políticas públicas, mudanças legislativas (ressaltando novamente o avanço da EC nº80/2014) e modificações na tradição de um país demandam tempo e muito debate. Neste caso, é preciso verificar o que se espera, mas antes disso, o que se quer para melhorar qualitativamente o acesso à justiça e a educação jurídica em matéria criminal. Ambos os fatores são essenciais para a consolidação do Estado Democrático de Direito e, também, a partir de um aspecto macro, do próprio sistema acusatório.

#### **Conclusão do Capítulo 4**

As insuficiências do Estado Democrático de Direito refletem-se no sistema processual penal adotado constitucionalmente pelo Estado brasileiro. As dificuldades encontradas na transição para a consolidação do Estado Democrático de Direito também são observadas nos desafios da transição em direção à consolidação do sistema acusatório. Por isso, o sistema acusatório pode ser visto como um reflexo do Estado Democrático de Direito e ambos tornam-se, em um país em desenvolvimento e de modernidade tardia, duas promessas em busca de consolidações satisfatórias que visam oportunizar uma realidade mais igualitária, pautada nos direitos fundamentais constitucionais, para a população como um todo.

Importa lembrar que a tarefa atual de construção do Estado Democrático de Direito como síntese de direitos civis, políticos e sociais acontece após as dificuldades e os limites experienciados por uma resposta elitista (neoliberalismo) frente aos desafios do Estado de Bem-Estar Social. De todo modo, busca-se justamente na fórmula do Estado Democrático de Direito (pós CF/88) o cumprimento de algumas promessas constitucionais. Tais promessas foram distribuídas para todos os segmentos que compõem o Estado, entre eles o Poder Judiciário, e, em específico, para o direito processual penal.

As deficiências do Estado Democrático de Direito são repassadas para o processo penal através de seu sistema. Se tais desafios afetam o sistema judiciário como um todo, acabam interferindo, por consequência, no sistema processual penal, que é um de seus subsistemas. Por isso, diante dessa realidade, torna-se importante pensar o

sistema processual penal a partir da tríade de direitos do conceito síntese do Estado Democrático de Direito que integra direitos civis, políticos e sociais (seção 1).

Ao avaliar o sistema processual penal em cada uma dessas esferas (seção 2), foi possível perceber que em todas as áreas há elementos que dificultam a consolidação e o fortalecimento do sistema acusatório, havendo de forma direta ou indireta uma necessidade de adequação que segue a lógica do Estado Democrático de Direito. Pode-se concluir que cada esfera (civil, política e social) se retroalimenta e tal retroalimentação evidencia o papel de síntese. Por isso, não se pode pensar em uma esfera deslocada da outra, assim como no próprio Estado Democrático de Direito.

A problemática que envolve a superação dos resquícios inquisitoriais ainda presentes na atualidade depende de soluções qualitativas que visem o aprimoramento do sistema penal democraticamente instituído (seção 3). Mudanças legislativas no texto infraconstitucional (direitos civis), melhoramento nos mecanismos de *accountability* (direitos políticos), superação dos déficits de acesso à justiça e educação jurídica criminal (direitos sociais) são algumas das possibilidades e propostas de soluções que, no longo prazo, podem vir a colaborar para o fortalecimento do sistema acusatório e para a consolidação do próprio Estado Democrático de Direito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

No curso deste trabalho procurou-se sustentar que há uma relação entre a transformação do Estado, o processo histórico de aquisição de direitos dos cidadãos, a forma pela qual os direitos foram sendo inseridos nas Constituições e o sistema processual penal. A compreensão da relação entre esses elementos, com foco na matéria específica de direito processual penal, pôde contribuir para a explicação de por que ainda existem resquícios inquisitoriais presentes no Brasil, mesmo após a Constituição Federal de 1988 ter feito a opção pelo sistema acusatório e pelo Estado Democrático de Direito (aqui entendido como síntese de direitos civis, políticos e sociais).

Os problemas que surgem no processo penal são reflexos históricos de uma sociedade que ainda encontra-se em transformação. As marcas de desigualdade social, pobreza, miséria, exclusão que foram sendo deixadas ao longo da trajetória brasileira ainda são tarefas importantes para serem debatidas e superadas e que também precisam ser reconhecidas no escopo do processo penal, já que o reflexo dessa história repercute na esfera criminal, o que pode ser nitidamente visualizado no sistema carcerário brasileiro. As garantias constitucionais estampadas de forma inédita na Carta Constitucional de 1988 ainda encontram dificuldades na sua efetivação e implementação para toda a gama de indivíduos que integram coletivamente a sociedade brasileira.

A trajetória autoritária e as heranças deixadas pelo neoliberalismo são fatores ainda muito influentes, cuja tentativa de superação parece centrar-se na consolidação do prometido Estado Democrático de Direito. A relação entre processo penal e aquisição histórica de direitos no país demonstrou que as necessidades existentes no processo penal estão vinculadas a um aspecto mais amplo que envolve a própria trajetória do Estado Democrático de Direito. Ou seja, algumas dificuldades encontradas na transição para a consolidação desse projeto refletem no sistema processual penal, o que pode explicar a atual presença de resquícios inquisitoriais no ordenamento jurídico brasileiro.

Sustentou-se, ao longo do trabalho, que no Brasil existe um sistema acusatório em transição para a sua maior consolidação, o que significa que existem resquícios inquisitoriais que precisam ser suplantados. Esse fator, como aludido, deve-se em parte à própria transição inacabada do Estado Democrático de Direito, que ainda possui carências, sobretudo nas esferas civil e social. Compreender, portanto, as dificuldades de consolidação do Estado Democrático de Direito é também entender os problemas

pelos quais passa o processo penal na atualidade. Por isso, o argumento lançado foi de que o sistema acusatório precisa ser analisado a partir das três esferas de direitos que sintetizam o Estado Democrático de Direito: civil, política e social. O estudo macro do sistema acusatório, conhecendo as dificuldades que perpassam essas três esferas, pode contribuir, em conjunto e no longo prazo, para a superação do inquisitorialismo no Brasil.

### **O sistema processual penal à luz do processo histórico de aquisição de direitos**

Buscou-se, através desta dissertação, contribuir com a realidade de transformação que vive o Brasil em pleno século XXI, com foco na superação do inquisitorialismo em busca de uma possível consolidação do sistema acusatório. Para tanto, o estudo dividiu-se em três capítulos que procuraram relacionar a discussão sobre os desafios da transformação do processo penal ao processo histórico de aquisição de direitos das sociedades. O primeiro capítulo intitulou-se “O Estado Democrático de Direito como forma de garantia do sistema acusatório”; o segundo trouxe à tona “O sistema acusatório como reflexo do Estado Democrático de Direito: o caso específico do Brasil”; e, o terceiro, apresentou “A necessidade de superação do inquisitorialismo diante do Estado Democrático de Direito brasileiro: uma análise das soluções qualitativas”.

O primeiro capítulo buscou fazer uma breve análise do modelo ocidental sobre a pertinência da relação entre transformação dos Estados, aquisição histórica de direitos, constitucionalismo e sistemas processuais penais. O capítulo foi dividido em duas grandes seções – “O Constitucionalismo e a Aquisição de Direitos no Ocidente: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito” e “Sistemas Processuais Penais e Aquisição Histórica de Direitos: uma aliança necessária” – e suas respectivas subseções.

A primeira seção do primeiro capítulo subdividiu-se em duas subseções. Analisou-se, primeiramente, o processo inicial de aquisição de direitos dos cidadãos no Ocidente, sob o viés histórico do constitucionalismo moderno, com o surgimento do Estado Liberal. Foram ressaltados aspectos histórico-conceituais do constitucionalismo moderno, as bases para a construção desse constitucionalismo e a ideia de Estado Liberal (Estado de Direito). Posteriormente, na segunda subseção, a análise realizada direcionou-se para além do Estado de Direito, focando na ampliação dos direitos nas sociedades ocidentais e na síntese do Estado Democrático de Direito. Verificou-se (i) a contribuição da sociologia para a compreensão da aquisição histórica de direitos no

Ocidente; (ii) como aconteceu a aquisição histórica de direitos políticos e sociais e a construção dos Estados Liberal Democrático e de Bem-Estar Social; e, além disso, (iii) a ideia de Constitucionalismo Contemporâneo e o surgimento do Estado Democrático de Direito.

A segunda seção do primeiro capítulo subdividiu-se em quatro subseções. Analisaram-se, primeiramente e de modo geral, os aspectos conceituais e as diferenças históricas entre sistema inquisitório e acusatório. Posteriormente, avaliou-se o caso específico de Roma antiga, demonstrando qual foi a relação entre a aquisição de direitos daquela população e o sistema processual penal, dentro das particularidades da época. Em terceiro lugar, o estudo direcionou-se para o (re)surgimento do sistema acusatório na modernidade, trazendo como exemplo o caso da Itália. E, por fim, apresentou-se o sistema acusatório com um reflexo do Estado Democrático de Direito, abrindo a possibilidade de pensar o sistema acusatório através das três esferas de direitos da síntese do Estado Democrático de Direito: civil, política e social.

Na conclusão deste primeiro capítulo, foi possível constatar, em síntese, que há uma relação lógica entre a transformação dos Estados, aquisição histórica de direitos da população, constitucionalismo e sistemas processuais penais. De uma forma generalista, mas não menos importante, o trabalho demonstrou que o sistema acusatório (re) surgiu no Ocidente concomitantemente à garantia de direitos civis e políticos, enquanto que direitos sociais eram geralmente escassos. Entretanto, pensando principalmente no caso de países em desenvolvimento como o Brasil (mas também no caso italiano), a discussão levou ao questionamento sobre a necessidade de se rever o conceito de sistema acusatório, a partir de uma análise macro, que incluísse também a esfera social. Esse esforço pareceu estar diretamente relacionado com a construção do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Diante dessa perspectiva ocidental generalista, buscou-se, no segundo capítulo, estudar a transformação do Estado, do processo histórico de aquisição de direitos, do constitucionalismo, e do sistema processual penal, no caso específico do Brasil. O modelo ocidental serviu como um meio de comparação para verificar se o que aconteceu em sociedades em desenvolvimento, como o Brasil, se coadunaria com a realidade vivenciada pelos países desenvolvidos. Esse capítulo dividiu-se em duas grandes seções – “O Processo Histórico de Aquisição de Direitos no Brasil: a Perspectiva Sociológica e a Análise das Constituições Brasileiras (1824-1988)” e

“Como o Sistema Processual Penal Acompanhou a Trajetória dos Direitos no Brasil” – e suas respectivas subseções.

A primeira seção do segundo capítulo subdividiu-se em cinco subseções. Primeiramente, foram analisados os direitos no Império brasileiro e o surgimento do constitucionalismo no país – que coincidiu com o processo de independência. A segunda subseção estudou os direitos na República Velha e a Constituição de 1891. A terceira avaliou os direitos entre as décadas de 1930 e 1960, quando aconteceu o surgimento dos direitos sociais e também diversos avanços e retrocessos na trajetória da cidadania brasileira. A quarta subseção retomou o período de redemocratização e a Constituição de 1988, que apresentou uma nova era para os direitos civis, políticos e sociais no país. Por fim, a quinta subseção realizou um balanço geral sobre a aquisição histórica de direitos no Brasil.

Já a segunda seção do capítulo segundo subdividiu-se em três subseções. As análises do Código de Processo Criminal de 1832 e a posterior reforma de 1841 foram os assuntos da primeira subseção, que avaliou como se dava a relação entre o sistema processual penal inquisitório e os direitos civis, políticos e sociais. A segunda subseção analisou como o sistema processual penal acompanhou a trajetória de direitos na República Velha, apresentando o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul como exemplo. Por fim, a terceira subseção observou especificamente o Código de Processo Penal de 1941 em duas fases: da era inquisitorial até o surgimento do sistema acusatório com a Constituição Federal de 1988.

A partir dessa análise ampla do caso brasileiro realizada no segundo capítulo, com os necessários recortes históricos, foi possível concluir que, em relação ao Ocidente, houve no Brasil uma lógica invertida na aquisição histórica de direitos. Os direitos sociais foram adquiridos primeiramente e de forma incipiente, seguidos dos direitos políticos e civis. Outra diferença em relação ao Ocidente foi que o sistema acusatório apenas surgiu no Brasil quando foram adquiridos de forma inédita pela população os três tipos de direitos: civis, políticos e sociais. Esses direitos são assegurados pela Carta Constitucional de 1988 e relacionam-se intimamente com o Estado Democrático de Direito que surge, na mesma Constituição, como um conceito síntese e um ideário transformador. Por isso, sustentou-se que o sistema acusatório surgiu juntamente com a necessidade de se congregarem de maneira integrada os três pilares de direitos – fato este que parece ser de extrema importância para a compreensão sobre os desafios para a consolidação do sistema acusatório no Brasil, como parte da

construção do próprio Estado Democrático de Direito. Em suma, o sistema processual penal acusatório pode ser considerado um reflexo do Estado Democrático de Direito, ambos em busca de consolidação e de recuperação das heranças deixadas pela trajetória autoritária do país, entre elas, os resquícios inquisitoriais.

Diante da análise histórica realizada no segundo capítulo, o terceiro e último capítulo do trabalho apresentou propostas de soluções qualitativas (em oposição às meramente quantitativas) para a superação de alguns dos resquícios inquisitoriais que ainda se fazem presentes no país, diante da transição inacabada do Estado Democrático de Direito. O capítulo dividiu-se em três seções – “Implicações do Estado Democrático de Direito para o Sistema Acusatório”; “O Sistema Acusatório no Brasil: avaliações dos desafios nas esferas civil, política e social”; e “Propostas de Soluções Qualitativas para o Aprimoramento do Sistema Acusatório no Brasil” – e suas respectivas subseções.

A primeira seção do terceiro capítulo subdividiu-se em três subseções. Primeiramente, resgatou-se a ideia de Estado Democrático de Direito e sistema acusatório como propostas constitucionais, sendo que ambos tornaram-se duas promessas, dois devires, e ainda se encontram em processo de transição, em vias de consolidação. A segunda subseção apresentou o Estado Democrático de Direito como um conceito síntese de direitos civis, políticos e sociais, bem como salientou as principais deficiências que envolvem essa tríade síntese na América Latina, como um todo, e no Brasil, em específico. Já a terceira subseção trouxe à tona as principais deficiências encontradas no sistema processual penal acusatório que vige o processo penal brasileiro, apresentando, a partir dos desafios contemporâneos adicionais (como a expansão do direito penal), a necessidade de o sistema acusatório assumir novos atributos que envolvam a síntese do Estado Democrático de Direito.

Já a segunda seção também se subdividiu em três subseções. A primeira buscou verificar, na esfera civil, quais são os principais resquícios inquisitoriais ainda presentes na atualidade que impedem a efetiva garantia de direitos civis, como o da presunção de inocência, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, etc. As segunda e terceira subseções fizeram a mesma avaliação, porém nas esferas política e social, respectivamente. Na esfera política avaliaram-se as insuficiências de mecanismos de *accountability* e na esfera social apresentaram-se os problemas que envolvem o acesso à justiça e a educação em matéria criminal. A avaliação do sistema processual nestas três esferas foi realizada para que, posteriormente, pudessem ser apresentadas propostas de

soluções para tentar, no longo prazo, suprir os déficits do sistema em busca do fortalecimento do sistema acusatório.

A apresentação de possíveis soluções para a supressão dos déficits supramencionados foi a proposta da terceira seção do terceiro capítulo, que se subdividiu em três subseções. A primeira subseção, na esfera civil, sustentou a necessidade de superação dos resquícios inquisitoriais através de medidas legislativas pautadas na discussão entre academia e sociedade. Além disso, frisou a importância de existir uma mudança de mentalidade dos juízes. Para tanto, apresentou como proposta o instituto do juiz das garantias. A segunda subseção trouxe como proposta qualitativa o imperativo de se melhorarem os mecanismos de *accountability*, para que as decisões judiciais (que é o momento pelo qual se pode verificar se houve ou não respeito ao modelo acusatório) pudessem ser fiscalizadas, pela sociedade e pelas instituições competentes, sem ferir a independência judicial. Por último, a terceira subseção sustentou que é preciso melhorar os caminhos meios para se chegar ao fim proposto, que é alcançar um processo penal igualitário, democrático para todos. Esses caminhos seriam baseados em esforços no sentido de melhorar o acesso à justiça e cada vez mais ampliar as formas de educação jurídica, sobretudo em matéria criminal.

Diante disso, a conclusão que se chegou ao terceiro capítulo foi que o aprimoramento do sistema acusatório envolve compreender a complexidade existente dentro das esferas síntese do Estado Democrático de Direito. Há uma influência direta das deficiências do Estado Democrático no processo penal brasileiro. O sistema acusatório, dessa forma, precisa ser pensado a partir desta complexidade que envolve as esferas civil, política e social, visto que elas se retroalimentam e que uma não existe sem a outra. Por exemplo, seria insuficiente a superação do resquício inquisitorial da produção de prova de ofício, se não houvesse oportunidade de ampla defesa e contraditório para todos (luta que deve ser aprimorada também na esfera social). O sistema continuaria falho. Por isso insistiu-se na importância de estudar o sistema processual penal de forma ampla e holística.

### **Algumas conclusões e perspectivas possíveis**

A dissertação ofereceu o argumento explicativo de que a compreensão sobre a evolução dos sistemas processuais penais deve estar vinculada com o debate mais amplo (histórico, sociológico e político) acerca do processo de aquisição de direitos das sociedades. Estados e Constituições mais garantidoras de direitos civis, políticos e



sociais tendem a gerar sistemas processuais penais menos arbitrários e autoritários. Isso porque os sistemas processuais são parte das estruturas maiores do sistema jurídico e político. No Ocidente, direitos civis e políticos foram a base para o surgimento de sistemas acusatórios. No Brasil, país em desenvolvimento, o sistema acusatório foi firmado apenas quando estabelecidos direitos civis, políticos e sociais de maneira integrada e inédita dentro dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, concluiu-se pelo estudo que as dificuldades de fortalecimento do sistema acusatório no Brasil parecem estar diretamente relacionadas com os desafios de concretização do Estado Democrático de Direito. Ambos estão formalmente estabelecidos, mas apresentam desafios para a sua consolidação nas esferas civil, política e social.

Assim, entende-se que as garantias e princípios da imparcialidade do juízo, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da fundamentação das decisões, da igualdade de partes no processo penal, entre outras, somente serão possíveis de serem concretizadas para todos se existirem mecanismos amplos que possibilitem esse processo de concretização. Por exemplo, tão importante quanto lutar pela retirada do texto infraconstitucional de todos os dispositivos que façam menção à possibilidade de gestão da prova de ofício pelo juiz, é perceber que sem acesso à justiça (em seu conceito ampliado) e educação em matéria criminal para a população como um todo (para que possam exercer a cidadania sem exclusão, para que exista defesa técnica e pessoal no processo e possibilite um contraditório pleno) não existirá um processo democrático. E, além disso, estes fatores isoladamente não fazem sentido, se não houver possibilidade de fiscalização das decisões judiciais, através da *accountability*, que é o mecanismo apto a verificar se as *regras do jogo* foram respeitadas. Um conjunto de soluções, portanto, parece ser o caminho para o que se anseia almejar, que é um processo penal democrático, igualitário e humanitário. Essa foi a ideia que se tentou demonstrar quando apresentou-se, ao longo do texto, o sistema acusatório a partir de uma compreensão ampla, pensado para além do núcleo duro que o originou.

Além disso, todos esses fatores não podem ser percebidos sem atentar para o problema filosófico que serviu como pano de fundo deste trabalho: a necessidade de quebra do paradigma da filosofia da consciência e a conseqüente mudança de mentalidade, sobretudo dos juízes, para que entendam o papel que devem assumir em um Estado democrático. Essa quebra de paradigma poderá influenciar, junto a medidas legislativas responsáveis, nas decisões tomadas pelos tribunais. É o que Streck e

Oliveira parecem sustentar ao afirmar que “um Estado Democrático de Direito apenas sobrevive, em todo seu esplendor, na medida em que as garantias processuais penais consagradas no texto das Constituições e das leis processuais têm sua concretização devidamente realizada pelos Tribunais” (STRECK e OLIVEIRA, 2012, p. 104).

Dessa forma, mais que a busca pela identificação conceitual através da avaliação do núcleo duro do sistema processual penal, importa reconhecer que é preciso buscar soluções possíveis e reais para os problemas que abarcam o processo penal brasileiro nos tempos atuais. Soluções, estas, que precisam prezar pela qualidade e não somente pela quantidade, afastando o risco de estarmos cada vez mais aprisionados ao efficientismo neoliberal. A busca por um processo acusatório, igualitário e humanitário depende da supressão das insuficiências do próprio Estado Democrático de Direito; já que o sistema acusatório no Brasil não existe se não for dentro da perspectiva deste Estado. Ao verificar que ambos (Estado Democrático de Direito e sistema acusatório) são propostas constitucionais em processos de transição, se realmente quisermos mudanças significativas, os esforços precisam ser integrados e visualizados em todas as esferas da síntese. Parece que esse debate integrado proporciona, de forma otimista, a visualização de um futuro em que possa existir igualdade a todos que respondem processos criminais no Brasil, com o devido respeito às garantias constitucionais estampadas na vigente Constituição da República. O caminho é longo, intenso e difícil, mas não impossível.

## REFERÊNCIAS

---

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ABBOTT, Frank Frost. *A history and description of Roman political institutions*. Boston, USA and London: Ginn & Company, Publishers, 1901.

AGENCIA BRASIL. **Defensoria Pública do DF leva auxílio jurídico itinerante à população**, Brasília, 2012. Disponível em <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-10-29/defensoria-publica-do-df-leva-auxilio-juridico-itinerante-populacao>>. Acesso em: 27 fev. 2014.

AGUILAR, Nauhcatzin Tonatiuh Bravo. *El Santo Oficio de la inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su procedimiento*. **Anuário Mexicano de História del Derecho**, nº 16, p. 89-114, 2004. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/16/art/art4.pdf>. Acesso em: 27 maio 2014.

ALMEIDA, Agassiz Filho. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante às realidades alemãs e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de Instrução Criminal Francês de 1808**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2010.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, a. 10, n. 18, Porto Alegre, p. 141-200, 2010b.

ARMENTA, Teresa Deu. *Principio Acusatorio y Derecho Procesal Penal*. Barcelona: José M<sup>a</sup> Bosch. EDITOR S.A., 1995.

AROCA, Juan Montero. *Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesale*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP). **Sistema Acusatório Brasileiro é avaliado em painel no IX CNDP**. ANADEP/MS - Associação Nacional dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul. Mato Grosso do Sul, 2010. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=10041>. Acesso em: 02 out. 2013.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP). **#DefensoriaSim: Comissão especial aprova redação final da PEC Defensoria para Todos**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=19230>. Acesso em: 27 fev. 2014.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADEP). **PEC 04/2014 é aprovada na semana da Defensoria Pública. Informativo da Associação Nacional dos Defensores Públicos**, n. 198, Brasília, 22 de maio de 2014. Disponível

em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/1773/index.html>. Acesso em: 28 maio 2014.

AXT, Gunter. Constitucionalidade debatida: a polêmica Carta Estadual de 1891. **Justiça & História**, v. 2, n. 3. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2002. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/historia/memorial\\_do\\_poder\\_judiciario/memorial\\_judiciario\\_gaicho/revista\\_justica\\_e\\_historia/issn\\_1676-5834/v2n3/doc/13-Gunter\\_Axt.pdf](http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/13-Gunter_Axt.pdf). Acesso em: 29 abr. 2014.

AXT, Gunter. O judiciário e a dinâmica do sistema coronelista de poder no Rio Grande do Sul. **Revista MÉTIS: história & cultura**, v. 11, nº 21, p. 39-88, jan./jun. Caxias do Sul, 2012.

AXT, Gunter. O Poder Judiciário na sociedade coronelista gaúcha (1889-1930). **Revista da Ajuris**, v. 1, nº 82, p. 319-349. Porto Alegre, 2001.

BAIARDI, Amilcar. Os processos de Galileu: intrigas, intolerância e humilhações. **Simpósio Internacional de Estudos Inquisitoriais**. Salvador, ago., 2011. Disponível em: <http://www.ufrb.edu.br>. Acesso em: 12 dez. 2012.

BARBOSA, Ruy. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Aguilar, 1966.

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo [org.]. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Vintes anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista Justitia**, n. 65, jan-jun, São Paulo, 2008.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista IBCCRIM**, a. 11, n. 42, p. 242-263, mar. São Paulo, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **O malestar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Libertatore S. “Caso Isabella”: violência, mídia e direito penal de emergência. **Boletim IBCCRIM**, a. 16, n. 186, p. 16-17, maio, São Paulo, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENDIN, Gilmar Antonio. Estado de Direito e seus Quatro Grandes Desafios na América Latina na Atualidade: uma leitura a partir da realidade brasileira. **Revista Sequência**, n. 61, p. 171-194, dez., Santa Catarina, 2010.

BERNAL CUELLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. **El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatório**. 5ª ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías – en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Do fascismo à democracia: os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.

- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. V. 1, 11ª ed. Brasília: UnB, 1998b.
- BOFF, Leonardo. Prefácio - Inquisição: um espírito que continua a existir. *In*: EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- BOIX, Charles. *The Roots of Democracy*. **Policy Review**, nº 135, february-march, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, v. 14, n. 40, dez., São Paulo, 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 abr. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr-jun, 2008. Disponível em [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf). Acesso em 10 fev. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. Brasil: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- BOXER, Charles R. *The Church Militant and Iberian Expansion: 1440-1770*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1978.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.
- BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.
- BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em 24 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1969). **Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 22.194 de 09 de dezembro de 1932.** Suspende por três anos direitos políticos. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22194-9-dezembro-1932-517517-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 abr. 2014.

BRASIL. **Lei n. 261 de 03 de dezembro de 1841.** Reformando o Código de Processo Criminal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM261.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM261.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.

BRASIL. **Lei n. 4 de 10 de junho de 1835.** Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem ferirem ou cometeram outra qualquer ofensa física contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/LEIS/LIM/LIM4.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM4.htm). Acesso em: 24 mar. 2014.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832.** Promulga o Código de Processo Criminal de Primeira Instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm). Acesso em: 24. mar. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e Res Publica: A Emergência dos Direitos Republicanos. **Revista de Filosofia Política** – Nova Série, v.1, p. 99-144. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Filosofia, 1997.

CABRAL, Antonio Neto. Democracia: velhas e novas controvérsias. **Revista Estudos de Psicologia**, p. 287-312, São Paulo, 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-294X1997000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-294X1997000200005&script=sci_arttext). Acesso em: 02 set. 2013.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco.* **Rivista di Diritto Processuale**, v. 5., parte I, Padova, 1950.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

CALLEGARI, André Luís. Sociedade do Risco e Direito Penal. *In*: Constituição, Sistema Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. MESTRADO E DOUTORADO, n. 7, Orgs: André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo; UNISINOS, 2010b.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. *In*: JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. O Habeas Corpus no Brasil Império: liberalismo e escravidão. **Revista Sequência**, n. 49, p. 71-94, dez., Santa Catarina, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15223/13843>. Acesso em: 15 abr. 2014.

CAMPOS, Rosana Soares. **Escolhas políticas, decisões econômicas, consequências sociais: um estudo sobre os impactos da democracia procedimental e do neoliberalismo na América Latina e no Brasil**. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Tese de Doutorado), 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos**, nº 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à justiça e cidadania**. Argos: Chapecó, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

GARCÍA BRANDARIZ, José Ángel. *Itinerarios de evolucion Del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporâneas*. *In*: CABANA, P. F.; GARCÍA BRANDARIZ, José Ángel; ABA PUENTE, L.M (orgs). **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli, Morano, 1958.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. *In*: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema político brasileiro: uma introdução**, p. 19-34. São Paulo: Unesp, 2007.

CARVALHO, Luís Francisco Filho. Impunidade no Brasil: Colônia e Império. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, ago., São Paulo, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S01030142004000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01030142004000200011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 12 abr. 2014.

CASTELLANO DA SILVA, Igor; MUNHOZ, Athos ; MAGNO, Bruno ; AMBROS, Christiano ; BUENO, Eduardo U. ; SEBBEN, Fernando Dall'Onder ; FEDDERSEN, Gustavo ; BURMANN, J. ; OLIVEIRA, Lucas Kerr de ; CORREA, Luiza ; DIALLO, Mamadou Alpha ; BRITES, Pedro ; PITT, Rômulo ; BORNE, Thiago ; POSSAMAI, Ana Júlia ; CANABARRO, Diego ; ORNELAS, Y. ; REIS, João Arthur . **Capacidade Estatal: Democracia e Poder na Era Digital**. Porto Alegre: Instituto Sul-Americano de Política e Estratégia. ISAPE Debate n.3, novembro, 2012. Disponível em <http://isape.org.br/index.php/publicacao/115>. Acesso em: 22 set. 2013.

CAVANI, Suzana. Às urnas, cidadãos! **Revista de História**, 2007. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/as-urnas-cidadaos>. Acesso em: 27 abr. 2014.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Assistência judiciária e processo penal. *In*: LAGUARDA; Jorge Mario García; RAMOS, Glaucio Gumerato; RODRIGUES, Walter Piva; PONTES, Evandro Fernandes de; CHOUKR, Fauzi Hassan; STEIN, Torsten. **Cadernos Adenauer 3: Acesso à Justiça e Cidadania**, p. 77-93. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COELHO, Tiago de Andrade. **Poder Constituinte e Devir: sobre o antijuridismo na contemporaneidade**. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Psicologia - Estudos da Subjetividade - do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense. (Dissertação de Mestrado), 2007. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/TiagoAC.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/TiagoAC.pdf). Acesso em: 30 mai. 2014.

COIMBRA, Cecília Maria B. **Produção do Medo e da Insegurança**. Rio de Janeiro: Programa de Pós-Graduação em Psicologia. Instituto de Ciências Humanas e Filosofia. Disponível em: <http://www.slab.uff.br/index.php/producao/8-textos/42-textoscecilia>. Acesso em: 20 dez. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. 2º tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Metas 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2014>. Acesso em: 22 maio 2014.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 5ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2000.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais** da UNIPAR, v. 12, n. 2, Paraná, 2009b.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, a.15, n. 175, p. 11-13, jun., São Paulo, 2007.



COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. **Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá – JURIPOIESES**, ano 4, nº 5, Rio de Janeiro, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [coord.]. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório e outras questões sobre a reforma global do CP. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, José Miranda de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, v.46, nº 183, p. 103-115, jul.-set., Brasília, 2009.

COX, Robert. *Gramsci, Hegemony and International Relations: An Essay in Method*. *In*: GILL, Stephen (ed.). **Gramsci, Historical Materialism and International Relations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

CUÉLLA, Jaime Bernal; LYNETT, Eduardo Montealegre. **El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio**. 5ª ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert. **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 2005.

DE LUCA, Tânia Regina. Direitos sociais no Brasil. *In*: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). **DPU na Mídia**, 2014. Disponível em: [http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20677:estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-federais&catid=34:noticias12&Itemid=223](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20677:estudo-mostra-deficit-de-66-no-total-de-defensores-publicos-federais&catid=34:noticias12&Itemid=223). Acesso em: 25 maio 2014.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: novas perspectivas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; MORAIS, Alexandre da Rosa. Neoliberalismo e cultura do medo: rápidas palavras sobre velhas servidões. *In*: BIZZOTTO, Alexandre. SILVA, Denival Francisco da. (orgs.). **Sistema Punitivo: o neoliberalismo e a cultura do medo**. Goiânia: Kelps, 2012.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor M. O Grande Inquisidor. *In*: DOSTOIÉVSKI, Fiódor M. **Os Irmãos Karamazov**. Trad. de Natália Nunes e Oscar Mendes. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1970.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

- FERES, Josan Mendes. A fundamentação das decisões judiciais e a celeridade processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, a. 16, n. 63, p.123-137, jul./-set., Belo Horizonte: Forum, 2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da.; COPETTI, Alfredo Neto; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de.; CADEMARTORI, Sérgio (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERREIRA, Jorge. Apresentação. Dossiê. 1946-1964: a experiência democrática no Brasil. **Revista Tempo**, v.14, n.28, jun., Niterói, 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-77042010000100001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042010000100001). Acesso em: 02 abr. 2014.
- FILGUEIRAS, Luiz. **Neoliberalismo e crise na América Latina: o caso do Brasil. CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales**, Buenos Aires, 2002. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100723022522/filgueiras.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constituzioni*. Bologna: Il Mulino, 1999.
- FOLGADO, Antônio Nobre. Breves Notas Sobre o Processo Penal Italiano. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**, a. IV, nº 35, out.-nov., São Paulo, 2000. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/30260/submission/review/30260-31074-1-RV.pdf>. Acesso em: 20 set. 2013.
- FONSECA, Pedro Dutra. Desenvolvimentismo: a construção do conceito. **Seminário e debate da Universidade Federal do Rio de Janeiro**, 25 de setembro de 2013. Disponível em: [http://www.centrocelsofurtado.org.br/interna.php?ID\\_M=1069](http://www.centrocelsofurtado.org.br/interna.php?ID_M=1069). Acesso em: 04 jun. 2014.
- FORSTHOFF, Ernest. *Problemas constitucionales del estado social*. In: FORTHOFF, Ernest. *Estado Social*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.
- FRANCO, Alberto Silva. Os figurantes no sistema prisional. **Revista do ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente**, São Paulo, n.17, p. 9-21, 2001.
- GALLIEZ, Paulo. **A Defensoria Pública: O Estado e a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

GIACOMOLLI, José Nereu. Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GIACOMOLLI, José Nereu. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Editora Altas, 2014.

GIACOMOLLI, José Nereu. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

GIBBON, Edward. **Declínio e queda do Império Romano**. Edição abreviada. São Paulo: Companhia da Letras: Círculo do Livro, 1989.

GIBSON, Mary; COLAO; FLORIANA; LACCHÈ, Luigi; STORTI, Claudia. *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*. In: **Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies**, v. 15, n.1, 2011. Disponível em: <http://chs.revues.org/1268>. Acesso em: 10 jun. 2014.

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

GOMES, Angela de Castro. Jango e a República de 1945-1964: da República Populista à Terceira República. In: SOIHET, Rachel; ALMEIDA, Maria Regina Celestino; AZEVEDO, Cecília; GONTIJO, Rebeca (orgs.). **Mitos, projetos e práticas políticas**. Memória e historiografia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do Direito Penal)**. Versão digital, 2004. Disponível em: [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print). Acesso em: 11 maio 2014.

GONZALES, Jose Luis Novalin. *Las Instrucciones de la Inquisicion Española: de Torquemada a Valdés (1484-1461)*. In: LÓPEZ, José Antonio Escudero. **Perfiles Jurídicos de la Inquisicion Española**. Madrid: Universidad Complutense, Instituto de Historia de la Inquisición, 1989.

GOSEL, Karl-Heinz. *La defensa en el Estado de Derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas*. **Doctrina Penal**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1980.

GRIN, Eduardo José. Democracia e Direitos Civis no Brasil: um debate necessário. **Revista Videre**, a. 1, n° 1, jan.,-jun., Dourados/MS, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/03). **Revista Opinião Jurídica**, a. II, n° 4, Fortaleza, 2004.

GUIDA, José Neto. **Ulpiano e o Estoicismo no direito romano do principado**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. (Tese de Doutorado), 2012.

HABERMAS, Jurgen. *Law as a medium and as na intitution*. In: TEUBNER, Gunther (org.). **Dilemmas of laws in the Walfare State**, p. 203-220. Nova York/Berlim: De Gruyter, 1988.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, v. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMBURGER, Esther. **O Brasil antenado: a sociedade da novela**. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Tradução Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HOBBSAWM, Eric. *La era del Imperio (1875-1914)*. Buenos Aires: Critica-Grupo Editorial Planeta, 1999.

HOLLANDA, Heloísa Buarque de. **Telenovela, consumo e gênero: muitas outras coisas**. São Paulo: Edusc, 2003.

HORTA, José Luiz Borges. A subversão do fim da História e a falácia do fim do Estado: Notas para uma filosofia do tempo presente. **XV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia**. ANPOF, out., Curitiba, 2012. Disponível em: [http://www.hegelbrasil.org/gthege/ arquivos/JOSE\\_LUIZ\\_HORTA.pdf](http://www.hegelbrasil.org/gthege/ arquivos/JOSE_LUIZ_HORTA.pdf) Acesso em: 22 set. 2013.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

HUNTINGTON, Samuel P.. **O Choque de Civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1997.

IGLÉSIAS, Francisco. **Trajectoria política no Brasil: 1500-1964**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

IRIGUTI, Andressa Emy; MESQUITA, Caroline Christine; MURA, Célia Mazzo. A vigência da cidadania em Maringá. **Revista Diálogos & Saberes**, v. 8, n. 1, p. 161-194, Paraná, 2012.

JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUCÁ, Romero. **Parecer à Emenda Constitucional n. 04/2014**, de 16 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=148737&tp=1>. Acesso em: 28 maio 2014.

JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. Eficiência Administrativa e as (des) conexões entre Direito, Economia e Democracia. **Revista de Direito do Cesusc**, nº 2, jan.-jun., p.141-155, Santa Catarina, 2007.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

KROHLING, Aloísio; BOLDT, Raphael. Entre cidadãos e inimigos: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumentos de consolidação da subcidadania. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 4, 2008. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/88>. Acesso em: 11 mai. 2014.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIPSET, Seymour M. *Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy*. *The American Political Science Review*, v. 53, n. 1, march, p. 69-105, Washington, DC, 1959.

LIPSET, Seymour; SEONG, Kyoung-Ryung; TORRES, John. *Une analyse comparative des prérequis sociaux de la démocratie*. *Revue Internationale des Sciences Sociales*, nº 136, may., p. 161-205, Paris, 1993.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Humanos e modernização do pensamento jurídico brasileiro. In: REIS, Elisa; ZILBERMAN, Regina (orgs). **Retratos do Brasil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lime. **O Direito na História: lições introdutórias**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

LOPEZ, Luiz Roberto. **História do Brasil Imperial**. 6ª ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1993.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: crítica história e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Maíra Rocha (coord). PROJETO PENSANDO O DIREIRO. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.– Atividade Legislativa e Obstáculos à Inovação em Matéria Penal no Brasil. **Análise das justificativas para a produção de normas penais**, nº 32. Série Pensando o Direito. São Paulo, 2010.

MACHADO, Maria Cristina Gomes; OLIVEIRA, Luiz Antonio de. O debate sobre educação no Império na perspectiva de Moacyr - a partir dos projetos após a Lei de 1854. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA DO PPE DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ. **Publicação dos seminários**. Maringá, 2010. Disponível em: [http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario\\_pppe\\_2009\\_2010/pdf/2010/028.pdf](http://www.ppe.uem.br/publicacoes/seminario_pppe_2009_2010/pdf/2010/028.pdf). Acesso em: 27 abr. 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e Interpretação. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**: Revista do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), nº 6, jul.-dez, p. 201-210, São Paulo: ESDC, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Constitucionalismo e interpretação: um certo olhar histórico**, 2007. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16059-16060-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional – Tomo I**. Belo Horizonte: Mandamento, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indi-afro-latino-americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 13, n. 26. jul.-dez., p. 83-98, Belo Horizonte, 2010. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n26p83/3981>. Acesso em: 10 ago. 2013.

MAIA, Aline Silva Correa. Telenovela: projeção, identidade e identificação na modernidade líquida. **Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação** – E-Compós, v. 9, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/viewFile/174/175>. Acesso em: 29 maio 2014.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. O Juiz das Garantias e a compreensão do processo à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho [org.]. **O novo processo penal à Luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei 156/09, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MATEUCCI, Nicola. **Constitucionalismo**. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política, v. 1. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998b.

MATEUCCI, Nicola. **Organizacion del Poder y Libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1998.

MAYA, André Machado. Impedimento, suspeição e imparcialidade: algumas linhas sobre as regras processuais de proteção ao direito de ser julgado por um juiz imparcial. In: FAYET, Ney Júnior, MAYA, André Machado [org.]. **Ciências Penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM**, a.17, n. 204, nov., p. 06-07, São Paulo, 2009.

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

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. A invenção do inquérito policial brasileiro e uma perspectiva histórica comparada. **Revista SJRJ**, n.22, p. 147-169, Rio de Janeiro, 2008.

MINGHELLI, Marcelo. **Orçamento participativo**: uma leitura jurídico-política. Porto Alegre: Editora Ulbra, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de; COPETTI, André. A re-construção jurisdicional da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (RIPE)**, v.1, n.46, jul./dez., p. 135-167, Bauru, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do *Welfare-State* e a Hipertrofia do Estado Penal. **Revista Sequência**, nº 66, p. 161-186, jul., Santa Catarina, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça: alguns mitos**. Temas de Direito Processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOURAO, Juraci Lopes Filho; LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional no Império. CONPEDI. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, jun., Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4226.pdf>. Acesso em 24 mar. 2014.

MUSSOLINI, Benito. Discursos sobre o Estado Corporativo (14 de dezembro 1933, A. XII). In: MORAES, Ridedndo Castigat. **O Estado Corporativo**, versão digital, 2005. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/corporativo.html>. Acesso em: 29 set 2013.

NARITA, Stella. Direitos Sociais: Direitos Humanos a serem universalizados. **Revista de Psicologia**, v. 1, nº 1, jan.-jun., 2010. Disponível em: [http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1%3Adireitos-sociais-direitos&catid=29%3Aano-i-edicao-i&Itemid=53&lang=pt](http://www.revistapsicologia.ufc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1%3Adireitos-sociais-direitos&catid=29%3Aano-i-edicao-i&Itemid=53&lang=pt). Acesso em: 22 set. 2013.

NATALE, Michele. *Una breve riflessione sul codice di rito del 1913 - azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie*. **Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell' età medievale e moderna**, n. 3, paper 9, 2013. Disponível em: [http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/natale\\_1913.pdf](http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/natale_1913.pdf). Acesso em: 10 jun. 2014.

NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

NUNES, Antonio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, nº 101, p. 61-96, jul./dez, Belo Horizonte, 2010.

O'DONNELL, Guillermo. **El Estado Burocrático Autoritario**. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1982.

O'DONNELL, Guillermo. *Delegative Democracy*. **Journal of Democracy**, v. 5, n. 1, p. 55-69, jan., 1994.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (In)Efetividade da Lei na América Latina. **Novos Estudos – CEBRAP**, nº 51, p. 37-61, jul., São Paulo, 1998.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

O'DONNELL, Guillermo. *Why the Rule of Law Matters?* **Journal of Democracy**, v. 15, n. 4, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Vinte anos de Constituição: uma exploração hermenêutica dos dilemas para a concretização do texto constitucional. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v.1, n.1, São Paulo, 2008. Disponível em: [www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/3](http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/3). Acesso em: 06 dez. 2012.

OTERO, Paulo. **A Democracia totalitária: do Estado totalitário à Sociedade totalitária – A influencia do totalitarismo na Democracia do Século XXI**. Lisboa: Principia, 2001.

PACCELI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

PAIVA, Maria Arair Pinto. **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**. Brasília: Thesaurus Editora, 1985.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? *In*: BALDI, Cesar Augusto. **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAPALI, Maria Aparecida C. R. **Escravos, Libertos e Órfãos: a construção da liberdade em Taubaté (1871-1895)**. São Paulo: Anna-blume, 2003.

PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes. Do constitucionalismo social ao desconstitucionalismo neoliberal: uma análise da historicidade do movimento constitucional no início do século XXI sob uma perspectiva da reconstrução fraternal do humanismo. **Revista Amicus Curiae**, v.8, n. 8, Santa Catarina, 2011.

PELLEGRINI, Flaviane Magalhães de Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. **Virtuajus**. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 1, a. 3, 2004.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionales del proceso**. 3ª reimpressão. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2002.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. São Paulo: Jalovi, 1983.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In*: BALDI, Cesar Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PORTAL BRASIL. **Brasil é destaque em relatório da ONU sobre fim da pobreza**, 23 de setembro de 2013. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/09/brasil-e-destaque-em-relatorio-da-onu-sobre-fim-da-pobreza>. Acesso em: 08 mar. 2014.

PRADO, Geraldo. Crônica da reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da justiça criminal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (orgs.). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição**, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.



PRZEWORSKI, Adam; ALVAREZ, Michael; CHEIBUB, José Antonio, LIMONGI, Fernando. *Democracy and Development: Political Institutions and Material Well-Being in the World, 1950-1990*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Editora Ariel S.A, 1994.

RAMIRES, Maurício. Aspectos da Relação entre a Independência Judicial e a Responsabilidade Disciplinar dos Juízes por suas decisões - os casos português e brasileiro. **RIDB**, a. 1, n.9, p. 5437-5481, Santa Catarina, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 25 fev. de 2014.

RANGEL, Andrea Ortiz. *La inquisición en la nueva España. Correo del Maestro*, versão digital, s/d. Disponível em: [http://www.correodelmaestro.com/publico/html5012014/capitulo2/capitulo\\_02.html#6a](http://www.correodelmaestro.com/publico/html5012014/capitulo2/capitulo_02.html#6a). Acesso em: 27 maio 2014.

REIS, Elisa Pereira. **Processos e escolhas: estudos de sociologia política**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 1998.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. Um panorama das Desigualdades na América Latina. **Análise de Conjuntura OPSA – Observatório Político Sul-Americano**, nº 6, junho, Rio de Janeiro, 2006.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo: Bdef, 2007.

ROBESPIERRE, Maximilien. **Discursos e Relatórios na Convenção**. Rio de Janeiro: Eduerj/Contraponto, 1999.

ROBL, Ilton Norberto Filho. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e accountability**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SÁ, Priscilla Placha. Juiz das Garantias: Breves Considerações sobre o Modelo Proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda de; GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (orgs). **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAES, Décio Azevedo Marques de. Direitos sociais e transição para o capitalismo: o caso da primeira república brasileira (1889-1930). **Estudos de Sociologia**, v.11, nº 20, p. 23-51, Araraquara, 2006.

SALAMA, Pierre; DESTREMAU, Blandine. **O tamanho da pobreza: economia política da distribuição de renda**. Rio de Janeiro: Editora Garamond Ltda., 1999.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2012.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. Estado ético e Estado poético. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 27, n. 2, abr./jun., Minas Gerais, 1998.

SALGADO, Karine. História e Estado de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 71, n. 2, abr.,-maio-jun., p. 102-113, a. XXVII, Minas Gerais, 2009.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, jun., Coimbra, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Guidelines for concept analysis*. In: SARTORI, Giovanni (ed). *Social science concepts: a systematic analysis*. Beverly Hills: Sage, 1984.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**, v. I. São Paulo: Editora Ática S.A, 1994.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A busca pela legitimidade da jurisdição penal frente às exigências do Estado Democrático (e Social) de Direito**: a necessidade de se alcançar a resposta constitucionalmente adequada (ao acusado e à sociedade) a partir de uma releitura do princípio acusatório. São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio Dos Sinos (Tese de Doutorado), 2012.

SCHNEIDER, Gabriela. Dos Estados Liberal e Social ao Estado Democrático: revisitando o princípio do “Juiz Natural” nas Constituições brasileiras (1824-1988). **Revista Direito e Democracia** – Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA, v. 12, n. 2, Porto Alegre, 2011.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Harper & Row, Publishers, New York, chaps, XXI e XXII, 1975.

SCORALICK, Kelly. Telenovela brasileira: fascínio, projeção e identificação. In: **Revista Geminis**, a. 1, n. 1, p. 68-81, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.revistageminis.ufscar.br/index.php/geminis/issue/view/1>. Acesso em: 20 maio 2014.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição n.4 de 2014**. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da constituição Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=146507&tp=1>. Acesso em: 28 maio 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, out., 2009. Disponível em <http://www.reid.org.br/arquivos/00000129-reid-5-13-sergio.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Ponto-e-Vírgula**. Revista de Ciências Sociais PUC/SP, n. 10, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/13910/10234>. Acesso em: 26 mar. 2014.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Neoliberalismo: conceito e influências no Brasil - de Sarney a FHC**. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Dissertação de Mestrado), 2009.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Baltimore: Penguin, 1970.

SOARES, José Miguel Nanni. A Declaração Francesa de 1789: o atestado de óbito do Antigo Regime. **Anais da III Semana de Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina**, 2012; e versão digital. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.ufsc.br/?p=1642>. Acesso em 12 fev. 2013.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

SOUZA, Venceslau Alves de. Direitos no Brasil: necessidade de um choque de cidadania. **Revista Sociologia e Política**, n. 27, p. 211-214, nov., Curitiba, Paraná, 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782006000200016](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200016). Acesso em: 20 fev. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Ativismo não é bom para a democracia, 15 de março de 2009. **Consultor Jurídico - CONJUR**. Entrevista concedida a Aline Pinheiro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 08 abr. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemersen Merlin. COs limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 18, Santa Catarina, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico - CONJUR**, Coluna Senso Incomum, jun., 2013. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook#\\_ftn1\\_6849](http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#_ftn1_6849). Acesso em 13 jun. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Como se mede a “régua” para aplicar a lei: quem a fixa? **Consultor Jurídico - CONJUR**. Coluna Senso Incomum, out., 2013b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-24/senso-incomum-mede-regua-aplicar-lei-quem-fixa>. Acesso em 25 mai. de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, nº 2, p. 257-301, maio-ago, Santa Catarina, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos: **Hendu – Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 1, n. 1, jul., 2010b. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>. Acesso em: 20 maio 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 2ª ed. rev.atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **A verdade real na jurisprudência do STJ**, 2012. Disponível em: [http://ftp.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105250](http://ftp.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105250). Acesso em: 14 maio 2014.

SZNICK, Valdir. O Ministério Público no Direito Italiano. **Revista Justitia**, p. 161-164, São Paulo, s/d. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/ay992c.pdf>. Acesso em: 29 abr. de 2014. Acesso em: 20 abr. 2014.

TAYLOR, Arthur. **As Grandes Doutrinas Econômicas**. Coleção Saber, Lisboa: Publicações Europa-América, 1965.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Globalização, Soberania Relativizada e Desconstitucionalização do Direito. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antonio (coord.). **A Constitucionalização do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOSCANO, Rosivaldo dos Santos Júnior. Sobre o fio da navalha: a Justiça Criminal entre a eficiência e os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 21, v. 103, p. 353-379. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-ago. 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

TUBERVILLE, A.S. **La inquisición española**. México: Breviarios del FCE, 1981.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Contribuição ao Estudo Histórico do Direito Processual Penal**. Direito Romano I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

UNESCO. **Inclusão Social no Brasil**, 2014. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/social-and-human-sciences/social-inclusion/>. Acesso em: 08 mar 2014.

VICENTE, Maximiliano Martin. **História e comunicação na ordem internacional**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

VILLA, Marco Antonio. **A história das Constituições Brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio, versão digital. São Paulo: Editora Leya, 2011.

WALLERSTEIN, Immanuel. **World-Systems Analysis: An Introduction**. Durham, North Carolina: Duke University Press, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**, “Interpretação da lei: Temas para uma reformulação”, v. I, Porto Alegre: Fabris, 1994.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Volume 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WYLLYS, Jean. A subsombra desumana de Raquel Sheherazade. **Revista Carta Capital**. Sociedade. Direitos Humanos, fev., 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-subsombra-desumana-de-raquel-sheherazade-8276.html>. Acesso em: 02 jun. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um Mapa dos Problemas**. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria e crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.