

CAMILA MARTINS DE ALMEIDA

ESTIGMAS COMO META-REGRAS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL PENAL

De acordo
para a defesa
C. R. Bailez
18/10/2007

CURITIBA

2007

CAMILA MARTINS DE ALMEIDA

ESTIGMAS COMO META-REGRAS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL PENAL

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Roberto Bacila

CURITIBA

2007

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	3
1.1. A IDÉIA DE SISTEMA E O ORDENAMENTO JURÍDICO.....	3
1.1.1. Os três significados de “sistema”	3
1.1.2. O princípio unificador e a coerência indispensável entre os entes de um sistema.....	5
1.2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A DOUTRINA TRADICIONAL.....	7
1.2.1. Sistema inquisitório	7
1.2.2. Sistema acusatório.....	8
1.2.3. Sistema misto ou sistema acusatório formal	9
1.3. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A DOUTRINA CRÍTICA	9
1.3.1. Sistema inquisitório	11
1.3.2. Sistema acusatório.....	12
1.4. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	14
1.4.1. Breve relato histórico.....	15
1.4.2. Sistema misto, acusatório ou inquisitório?	17
2. JURISDIÇÃO PENAL	20
2.1. A CONCEITUAÇÃO DE JURISDIÇÃO A PARTIR DA LIDE	20
2.2. AS CRÍTICAS À TEORIA CARNELUTTIANA E OS NOVOS POSICIONAMENTOS DE FRANCESCO CARNELUTTI	22
2.3. A TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DA LIDE PENAL	26
2.4. O CONCEITO DE JURISDIÇÃO PENAL	28
2.5. PRINCÍPIOS DA JURISDIÇÃO PENAL	31
2.5.1. Princípio da indefectibilidade.....	31
2.5.2. Princípio da imparcialidade	33
3. ESTIGMAS	37
3.1. PARADIGMA CRIMINOLÓGICO: <i>LABELING APPROACH</i>	37
3.2. CONCEITO, ESPÉCIES E ASPECTOS DOS ESTIGMAS	40
3.3. ESTIGMAS COMO META-REGRAS	43
3.4. ESTIGMAS/META-REGRAS E OS INTEGRANTES DO SISTEMA PENAL.....	46
4. ATUAÇÃO JURISDICIONAL PENAL	48

4.1. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO E O <i>QUADRO MENTAL PARANÓICO</i>	48
4.2. O SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS E A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO	51
4.3. A DECISÃO PENAL E A SUA IMUNIZAÇÃO POR RETÓRICA	54
CONCLUSÕES	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se estudar os estigmas como meta-regras da atuação jurisdicional penal. Para tanto, buscar-se-á analisar sumariamente como se dá a atuação do magistrado do recebimento da peça acusatória até o momento da prolação da sua decisão.

Primeiramente, para que se entenda a atuação do magistrado no processo penal brasileiro, faz-se necessária uma análise acerca da estrutura do sistema processual penal que vigora no nosso país, eis que as suas características influenciam, ou até determinam, a postura a ser adotada pelo julgador.

Ressalte-se que o estudo dos sistemas processuais penais, “a grande fonte da visão global do fenômeno processual, consciente ou inconscientemente é relegado, na formação dos operadores jurídicos, a um segundo plano, quiçá como uma tentativa velada de não se permitir o acesso de todos ao domínio dos caminhos tortuosos das armadilhas discursivas.”¹ No entanto, “produto e produtor do sistema processual penal, o juiz convive nas suas entranhas e precisa conhecê-lo o suficiente para eficazmente operar.”² Assim, qualquer análise acerca da atuação do magistrado não pode ter outro ponto de partida que não este.

Em seguida, passa-se à definição daquilo que os magistrados dos quais trata este trabalho exercem: a jurisdição penal, bem como das suas peculiaridades, sendo importante que fique claro desde já que o presente estudo partirá da premissa de que “não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”³.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 16.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 15.

Ademais, parte-se da compreensão de que o magistrado, assim como os demais integrantes do sistema penal – como homens comuns que são, não são seres robóticos ou deuses capazes de deixar suas subjetividades de lado para realizarem a análise do caso penal.

Por conseguinte, no terceiro capítulo, verificar-se-á quais regras de aplicação e de interpretação que estão para além das regras jurídicas influenciam tanto o elaborador da norma, quanto o seu intérprete e o seu aplicador.

Por fim, analisa-se a atuação jurisdicional penal, brevemente, do momento do recebimento da denúncia ou queixa até a prolação da decisão, buscando-se identificar como e porque os magistrados, como homens comuns que são, tomam decisões, acertando os casos penais, com base em mecanismos psíquicos inconscientes ou não, como os estigmas.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Antes de mais nada, e para que se entenda a atuação do magistrado no processo penal brasileiro, faz-se necessária uma análise acerca do nosso sistema processual penal, eis que as suas características influenciam, ou até determinam, a postura a ser adotada pelo julgador.

Desse modo, será feita uma breve exposição sobre a noção de sistema e o Ordenamento Jurídico, bem como sobre os sistemas processuais penais, para que, por fim, seja possível uma análise do sistema processual penal brasileiro e a estrutura em que se inserem os magistrados do nosso país – mais especificamente aqueles que exercem jurisdição penal.

1.1. A idéia de sistema e o Ordenamento Jurídico

1.1.1. Os três significados de “sistema”

Conforme os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴, sistema é palavra grega – *systema*, provindo de *syn-istemi*, que significa composto, construído. Em sua acepção mais ampla, implicava na idéia de totalidade construída, composta por várias partes. Com o tempo, teria evoluído para uma noção de ordem, organização, sendo que, com os estóicos, sistema passou a indicar “ordem universal”, totalidade estruturada segundo princípios comuns a todos os seres e coisas.

⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 9.

Mais especificamente no uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência, de acordo com Norberto Bobbio⁵, emergem três diferentes significados de sistema.

Num primeiro momento, que foi referido historicamente somente ao ordenamento do Direito natural, o significado de "sistema" teria sido baseado na expressão "sistema dedutivo". Nesta acepção, diz-se que um ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas que o compõe são deriváveis de alguns princípios gerais – ditos "princípios gerais do Direito" – considerados da mesma forma que os postulados de um sistema científico.

O segundo significado de sistema nasceu da pandectística alemã e é encontrado na ciência do Direito moderno. Nesta concepção, não se entende que a jurisprudência sistemática consista na dedução de todo o Direito de alguns princípios gerais. Em verdade, usa-se a palavra "sistema" no sentido das ciências empíricas ou naturais, sendo que, usualmente, nessa forma de sistema, faz-se uso da classificação. O termo "sistema" é usado para indicar um ordenamento da matéria realizado através do processo indutivo, ou seja, um ordenamento a partir do conteúdo das normas com a finalidade de construir conceitos mais gerais e classificações ou divisões da matéria inteira. Como consequência destas operações surgirá um ordenamento do material jurídico do mesmo modo que as classificações realizadas num zoólogo dão ao reino animal, ou seja, a partir da reunião dos dados fornecidos pela experiência, são formados conceitos sempre mais gerais até alcançar aqueles conceitos "generalíssimos" que permitam unificar, em tese, todo o material dado.

O terceiro significado de sistema jurídico, que "é sem dúvida o mais interessante"⁶, estabelece que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, "sistema" equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas e isto

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 71-81.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 79-80.

quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

No entanto, dizer que as normas devem ser compatíveis não quer dizer que elas se encaixem uma nas outras constituindo um sistema dedutivo perfeito. Nessa terceira concepção de sistema, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, mas é uma ordem que exclui a incompatibilidade, sendo fundamental ao sistema a coerência entre suas partes simples.

1.1.2. O princípio unificador e a coerência indispensável entre os entes de um sistema

Se, em conformidade com Norberto Bobbio, “entendemos por “sistema” 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 num relacionamento de coerência entre si”.⁷

Deixando bem clara esta necessidade de coerência, ou unidade, entre os entes de um sistema, Claus-Wilhelm Canaris faz um breve apanhado sobre as mais variadas definições de sistema já feitas, aduzindo que:

(...) é ainda determinante a definição clássica de KANT, que caracterizou o sistema como a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados ou também, como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios (...). As definições que se encontram na literatura jurídica correspondem-lhe, também, largamente. Assim, por exemplo, segundo SAVIGNY, o sistema é a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade, segundo STAMMLER uma unidade totalmente coordenada (...).⁸

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 71.

⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 09-11.

Por fim, o autor conclui que:

Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.⁹

Assim, temos que a coerência, ou unidade, entre os seus entes pode ser tida como uma regra fundamental para que um sistema possa existir. Este dever de coerência pode ser considerado uma meta-regra ou um meta-princípio que ordena e unifica todos os demais entes do sistema, é um critério ao qual se subsumem todos os demais.

Neste mesmo sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho se refere à noção de sistema “calcada na noção etimológica grega (systema-atos), como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”.¹⁰ Mais adiante, este mesmo doutrinador reafirma a noção de coerência do sistema, demonstrando a importância do princípio unificador, ao alegar que “é fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina”.¹¹

Esta idéia básica de sistema pode ser utilizada para organizar os diversos ramos do Direito. Assim, para a compreensão do Direito Processual Penal e, conseqüentemente, do processo penal, é fundamental o estudo da noção de sistema e, em seguida, dos sistemas processuais penais.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema-na ciência do direito*. p. 12-13.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 16.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 16.

1.2. Os sistemas processuais penais e a Doutrina Tradicional¹²

A Doutrina Tradicional, a exemplo de Julio Fabbrini Mirabete¹³ e Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁴, entende que há três tipos de sistemas processuais penais: o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto.

É possível identificar que esta parte da Doutrina entende, ainda que implicitamente, que o núcleo fundante e o princípio unificador de cada um destes sistemas gira em torno da “existência ou inexistência de partes no processo”¹⁵, a qual teria íntima relação com a “separação das funções de acusar e julgar”¹⁶ no processo penal.

1.2.1. Sistema inquisitório

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, este sistema processual penal:

(...) tem suas raízes no Direito Romano, quando, por influência da organização política do Império, se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício. Revigorou-se na Idade Média diante da necessidade de afastar a repressão criminal dos acusadores privados e alastrou-se por todo o continente europeu a partir do Século XV diante da influência do Direito Penal da Igreja e só entrou em declínio com a Revolução Francesa.¹⁷

¹² Expressão emprestada de: BORGES, Clara Maria Roman. *Sistemas processuais penais*: 07 de março de 2007. Notas de Aula.

¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996. p. 41-42.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20ª ed. rev. modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v.I. p. 90-94.

¹⁵ Expressão emprestada de: BORGES, Clara Maria Roman. *Sistemas processuais penais*: 07 de março de 2007. Notas de Aula.

¹⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 174.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. p. 41.

Para esta parte da Doutrina, o sistema processual penal inquisitório teria como princípio unificador o fato de o processo não comportar partes, existindo apenas o inquirido e o inquisidor, ao qual são atribuídas as funções de acusar e julgar. Neste sentido, destaca Fernando da Costa Tourinho Filho como um traço básico deste sistema:

As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e quem, afinal, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia se confere ao acusado. Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito.¹⁸

1.2.2. Sistema acusatório

Por sua vez:

O sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado com fundamento na acusação oficial, embora se permitisse, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer do povo. No direito moderno, tal sistema implica o estabelecimento de uma verdadeira relação processual com o **actum trium personarum**, estando em pé de igualdade o auto e o réu, sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, o juiz. (...) O sistema acusatório floresceu na Inglaterra e na França após a revolução, sendo hoje adotado na maioria dos países americanos e em muitos da Europa.¹⁹

Este sistema processual penal, ao contrário do sistema inquisitório, teria como princípio unificador a existência de partes no processo, eis que haveria o julgador, o acusador e o acusado, sendo que “as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade”²⁰ e, além disso, “as

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. p. 92.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. p. 41.

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. p. 90.

funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat judex ex officio)".²¹

1.2.3. Sistema misto ou sistema acusatório formal

Finalmente, a Doutrina Tradicional entende que há um sistema processual penal misto, o qual:

(...) é constituído de uma instrução inquisitiva (de investigação preliminar e instrução probatória) e de um posterior juízo contraditório (de julgamento). Embora as primeiras regras desse processo fossem introduzidas com as reformas da Ordenança Criminal de Luiz XIX (1670), a reforma radical foi operada com o **Code D'Instruction Criminelle** de 1808, na época de Napoleão, espalhando-se pela Europa Continental no século XIX. É ainda o sistema utilizado em vários países da Europa e até da América Latina (Venezuela). No direito contemporâneo, o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e se subdivide em duas orientações, segundo a predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão.²²

O sistema processual penal misto seria um sistema bifásico que teria como característica principal a existência de duas fases processuais, sendo que na primeira fase – a investigação, não haveria partes e as funções de acusar, defender e julgar se concentrariam nas mãos do juiz, e, na segunda fase – a processual propriamente dita, as partes surgiriam e “o processo se desenvolve *oralemment, publiquement et contradictoirement*. As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas”.²³

1.3. Os sistemas processuais penais e a Doutrina Crítica²⁴

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. p. 90.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. p. 42

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. p. 94.

²⁴ Expressão emprestada de: BORGES, Clara Maria Roman. *Sistemas processuais penais*: 07 de março de 2007. Notas de Aula.

A Doutrina Crítica, a exemplo de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²⁵ e Aury Lopes Jr.²⁶, dentre outros, defende que há dois tipos de sistemas processuais penais: o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

Esta parte da Doutrina entende que, apesar destes sistemas processuais penais não existirem mais nas suas formas puras, ou seja, nos moldes do sistema inquisitório medieval e do sistema acusatório inglês não é possível vislumbrar a existência de um sistema processual penal que seja realmente misto, pois, em verdade, sempre haverá a predominância ou do sistema inquisitório, ou do acusatório, ainda que acabem por se misturar características secundárias de ambos.

Neste sentido:

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigoram sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isso, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador.²⁷

De fato, um sistema propriamente misto não é possível uma vez que os *sistemas processuais penais* são definidos e diferenciados pelo princípio unificador que ordena e unifica todos os demais entes do sistema, sendo que o núcleo fundante dos sistemas processuais penais, que indicaria o princípio unificador de

²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 165.

²⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 160-162.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 17-18.

cada sistema, seria a gestão da prova²⁸, pois “se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”.²⁹

Assim, “os sistemas processuais penais são diferenciados pelo critério da gestão da prova, que os classifica como essencialmente inquisitórios, quando cabe ao juiz carrear as provas ao processo, e essencialmente acusatórios, quando esta tarefa se torna incumbência das partes”³⁰, de modo que se a gestão da prova cabe às partes, trata-se do princípio dispositivo, que é o princípio unificador do sistema acusatório, e, por outro lado, se a gestão da prova cabe ao juiz, trata-se do princípio inquisitivo, o qual informa o sistema inquisitório³¹.

1.3.1. Sistema inquisitório

Este sistema processual penal tem suas raízes no Império Romano e em algumas legislações antigas, mas ele nasceu, na sua forma pura, na Idade Média, devido à necessidade da Igreja Católica de exterminar aquilo que foi convencionalmente chamado de “heresias”. A vida medieval girava em torno do feudo, havendo, nele, suseranos e vassalos, além dos cavaleiros – que consistiam no braço armado do poder – e os clérigos, que eram os detentores da inteligência, eis que os meios de informação eram inacessíveis para a população – o que tornava a Igreja muito poderosa. No entanto, a partir dos anos 1000, caravanas de mercadores, comandadas pelos árabes e hebreus, mudam este cenário e começam a aparecer

²⁸ E não a separação das funções de acusar e julgar e/ou a existência de partes no processo, como pretende fazer crêr a Doutrina Tradicional.

²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, p. 165.

³⁰ BORGES, Clara Maria Roman. *Processo Penal e Tortura*. Jornal Estado do Paraná, Curitiba, 21 de agosto de 2005. Caderno Direito e Justiça, p. 8.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, p. 165.

entrepósitos comerciais e, como conseqüência, as cidades ou burgos. O novo se tornou um inimigo das velhas práticas e do poder constituído³².

Assim, a Igreja Católica resolveu reagir radicalmente:

(...) na esteira da Bula *Vergentis in senium*, do Papa Inocêncio III (1199), a qual prepara o campo da repressão canônica com a equiparação das “heresias” aos crimes de lesa-majestade. O Concílio faz a sua opção (o pano de fundo era a manutenção do poder); e o novo sistema paulatinamente assume sua fachada, constituindo-se os Tribunais da Inquisição, com base efetivamente jurídica, pela *Constitutio Excomuniamus* (1231), do Papa Gregório IX, para consolidar-se com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252.³³

Foi desta forma que surgiu o sistema inquisitório, o qual, “regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas o julgador”.³⁴

Há, ainda, características secundárias deste sistema processual penal, muito bem elencadas por José António Barreiros³⁵: os magistrados ou juízes são permanentes; o juiz investiga, dirige, acusa e julga, numa posição de superioridade face ao argüido; a acusação se dá *ex officio*, admitindo-se denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e não contraditório; a prova é legalmente tarifada; a sentença não faz coisa julgada; e a regra é o perquirido estar preso preventivamente no decorrer do processo.

1.3.2. Sistema acusatório

³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 18-21.

³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 21-23.

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, p. 166.

³⁵ BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 12.

Este sistema processual penal, na sua forma pura, surgiu na Inglaterra junto com o nascimento do *common law*. Ambos foram criados no reinado de Henrique II (1154-1189), que estruturou o Tribunal real – *Curia regis*, destacando, como seções especializadas, o Tribunal do Tesouro, que apreciava questões de finanças e fiscais; o Tribunal das Queixas Comuns, que julgava litígios particulares por posse de terras; e o Tribunal do Banco do Rei, que julgava os crimes contra a paz do reino³⁶.

Como refere John Gilissen:

A extensão da competência destes Tribunais tornou-se possível pelo processo técnico utilizado para requerer as jurisdições reais de Westminster. Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei, podia endereçar-lhe um pedido; o Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada writ (em latim: breve; em francês: bref) a um xerife (agente local do rei) ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso; o facto de não dar esta satisfação era uma desobediência a uma ordem real; mas o réu podia vir explicar a um dos Tribunais reais por que razão considerava não dever obedecer à injunção recebida.³⁷

O *common law* foi aprimorado por um writ de Henrique II – o *novel disseisin* – no ano de 1166, que criou o *Trial by jury* – marco principal, quiçá fundante, do sistema acusatório inglês.

Em suma, o processo penal inglês “dentro do common law, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele ante existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está na posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, vere dictum”.³⁸

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 33.

³⁷ GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003. p. 210.

³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 36.

É possível concluir, então, que “o sistema acusatório é regido pelo princípio **dispositivo** e particulariza-se pelo fato da gestão da prova, essencialmente, encontra-se nas mãos das partes, cabendo ao juiz, com base quase que exclusivamente nas **provas** recolhidas pelas partes, apenas declarar o direito a ser aplicado no caso **concreto**”.³⁹

Por fim, cumpre demonstrar brevemente as características secundárias deste sistema processual penal, muito bem elencadas por José António Barreiros⁴⁰: o julgamento se dá ou por uma assembleia ou por jurados populares; há igualdade entre as partes e o juiz é um árbitro, sendo que ele não pode iniciar a investigação; a acusação nos delitos públicos é popular e, nos delitos privados, cabe ao ofendido ou prejudicado; o processo é oral, público e contraditório; a prova é avaliada dentro da livre convicção do julgador; a sentença faz coisa julgada, ou seja, não pode ser modificada; e a regra é que o acusado seja mantido em liberdade durante o processo.

1.4. O sistema processual penal brasileiro

Após o esclarecimento da noção de sistema e dos tipos de sistemas processuais penais que existem, cumpre analisar o sistema processual penal brasileiro para que seja possível a compreensão do contexto em que se inserem os magistrados brasileiros, eis que, apesar deste estudo ser deixado de lado por muitos, ele é fundamental para que se entenda a atuação daqueles que exercem jurisdição – mais especificamente daqueles que exercem jurisdição penal.

Assim, em seguida de um breve relato da História do processo penal no Brasil, será demonstrado qual é o sistema processual penal que vigora no nosso país atualmente, sendo que esta análise se dará a partir da identificação das suas

³⁹ BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 75-76.

⁴⁰ BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 12.

características principais e do seu princípio unificador, tendo-se como núcleo fundante o critério da gestão da prova.

1.4.1. Breve relato histórico⁴¹

Ante a ausência de legislação própria e em face da colonização portuguesa, as primeiras legislações sobre processo penal que vigoraram no Brasil foram as de Portugal, as quais promoviam um sistema inquisitório.

Quando o Brasil foi “descoberto” pelos portugueses, encontravam-se em vigor, em Portugal, as Ordenações Afonsinas, datadas de 1446. No entanto, esta legislação não teve aplicação no Brasil Colônia.

Foram surgindo novas leis com o tempo, tornando-se necessária a sua recompilação e, então, em 1521, entraram em vigor as Ordenações Manoelinas, as quais tiveram aplicação no Brasil, mantendo a divisão em cinco livros advinda das Ordenações Afonsinas: o primeiro tratava dos funcionários públicos; o segundo dos privilégios da Igreja, dos nobres e do rei; o terceiro do processo civil; o quarto do direito civil e o quinto do direito penal e processual penal.

Em 1603, durante o reinado de Felipe II, foram promulgadas as Ordenações Filipinas que previam o seguinte procedimento: realizava-se a acusação por querela, denúncia ou devassa, para, a partir daí, o juiz analisar se havia um mínimo necessário para a pronúncia – na qual era acolhida a acusação. Decidindo-se pela pronúncia, o acusado passava para a condição de suspeito, sendo o seu nome inserido no rol de culpados. Em seguida, ele era citado para interrogatório, que era secreto e permitia o emprego de tormentos. Passava-se à produção do libelo – peça acusatória que organizava tudo o que havia sido apurado, permitindo-se que o acusado apresentasse resposta à acusação. Seguia-se à conseqüente produção das provas – principalmente à oitiva das testemunhas, e, após a manifestação da

⁴¹ Realizado com base em: MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. v. I. p. 87-107.

defesa, o juiz proferia a sentença, da qual cabia recurso, que deveria ser destinado à **Casa de Suplicação de Lisboa**.

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, iniciou-se um intenso processo legislativo que, alterando inclusive a legislação processual penal, acabou por criar a organização judiciária no Brasil, sendo que, após a Proclamação da Independência do Brasil, deixaram de ter vigência as Ordenações Filipinas.

Em 25 de março de 1824, foi outorgada a primeira Constituição brasileira, a qual exigiu a elaboração de novas legislações que substituíssem as Ordenações Filipinas. Então, em 1830, sob a ótica das idéias iluministas, foi editado o primeiro Código Criminal do Brasil; já o Código de Processo Criminal só foi elaborado em 1832. Estes códigos determinavam o julgamento de todos os casos por júri – excetuando os crimes de bagatela. Desta forma:

É verdade que o Brasil já teve em vigor um sistema processual penal acusatório, isto porque D. Pedro I, ao participar da elaboração do primeiro Código de Processo Penal genuinamente brasileiro, não se deixou guiar pelo modelo imperial francês já em vigor, ao revés, fiou-se naquele delineado pela legislação revolucionária, mais especificamente, pelo Decreto 16-29 de setembro de 1791, que imprimiu no processo franco as formas inglesas.⁴²

Infelizmente, o Código de Processo Criminal de 1832 não ganhou a devida efetivação e foi revogado em 3 de dezembro de 1841 pela Lei nº. 261. Esta lei tinha por finalidade “manter a ordem” e instaurou “um sistema policialesco e repressor”.⁴³ A polícia passou a intervir no processo, podendo o delegado chegar a julgar boa parte das infrações. A partir de 1845, uma série de projetos de leis foram realizados com a finalidade de diminuir o poder da polícia, o que acabou por culminar no Regulamento nº. 4824/1871, que criou o inquérito policial, o qual vigora até hoje no nosso processo penal.

Com a Proclamação da República, foi promulgada a Constituição de 1891, a qual, visando exaltar o princípio federativo, atribuiu aos estados-membros a

⁴² BORGES, Clara Maria Roman. *Processo Penal e Tortura*. p. 8.

⁴³ BORGES, Clara Maria Roman. *Processo Penal e Tortura*. p. 8.

competência para a elaboração dos códigos processuais estaduais, porém poucos **estados-membros** o fizeram.

Em seguida, com a Constituição de 1934 unificou-se a legislação processual **penal** do país, providenciando-se, após o advento da Constituição de 1937, a **elaboração** do atual Código de Processo Penal através do Decreto-Lei nº. 3689, de 30 de outubro de 1941.

Por fim, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, a qual gerou a necessidade de se reformar o Código de Processo Penal em face da existência de várias discrepâncias entre este e aquela, sendo que somente pequenas mudanças foram realizadas até então, como: a estruturação dos Juizados Especiais Criminais e a modificação da citação – para que o processo não se dê à revelia do acusado que não foi encontrado, dentre outras.

1.4.2. Sistema misto, acusatório ou inquisitório?

Para que seja possível a determinação de qual sistema processual penal foi predominantemente instaurado no Ordenamento Jurídico brasileiro, é indispensável uma análise do momento histórico em que o nosso Código de Processo Penal foi feito, suas características principais e a sua (des)conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Assim:

De imediato, é possível afirmar que o arcabouço deste processo foi forjado em plena ditadura getulista pelo Código de Processo Penal de 1941 e traz em seus contornos visíveis nuances da legislação italiana de inspiração fascista. Ora, o governo de Getúlio Vargas, sob o pretexto de promover a integração nacional e acabar com a desordem desencadeada pela luta das oligarquias e pelas disputas partidárias, trouxe a lume esta legislação cujos mecanismos foram arquitetados para perseguir, torturar e forçar ao exílio intelectuais e políticos de esquerda, bem como alguns liberais dissidentes de suas políticas centralizadoras. Além disso, constata-se que numa tentativa de criar os instrumentos para efetivação da Carta Constitucional que outorgou após um golpe de Estado, o “presidente gaúcho” foi buscar no chamado Código Rocco elementos necessários à construção deste sistema processual

destinado à eliminação de seus opositores. Neste sentido, o contemporâneo processualista Franco Cordero comenta que Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini elaboraram o Código italiano de 1931 guiados pela velha lógica inquisitória do Código Napoleônico (...).⁴⁴

Em primeiro lugar, cumpre afirmar que o sistema processual penal brasileiro não é “misto”, pois, conforme já foi esclarecido, não é possível a existência de um sistema propriamente misto por não ser factível um princípio unificador que concilie a gestão da prova estar e, ao mesmo tempo, não estar nas mãos do juiz.

Feito este esclarecimento, impende reconhecer que:

O modelo acusatório acha-se recepcionado pelo texto constitucional de 1988, na forma de garantias fundamentais do cidadão como: a ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), o tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), a publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX), as garantias do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV) e do juiz natural.⁴⁵

No entanto, a Lei Maior é desrespeitada pelo Código de Processo Penal, o qual prevê uma série de dispositivos que atribuem poderes instrutórios ao juiz ou até mesmo a possibilidade de praticar atos tipicamente da parte acusadora, exemplo disto é o famigerado artigo 156 do CPP, que possibilita ao juiz a produção de provas; os artigos 311, 242, 127, 209 e 196 que permitem que o juiz determine de ofício, respectivamente: a prisão preventiva, busca e apreensão, o seqüestro, a oitiva de testemunhas além das indicadas pelas partes e o reinterrogatório do réu a

⁴⁴ BORGES, Clara Maria Roman. *Processo Penal e Tortura*. p. 8.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processual Penal. “Habeas Corpus”. Sistema Acusatório. Prova. Gestão. Prova testemunhal produzida de ofício pelo juiz. Ilegitimidade. Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório. A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Ordem concedida, por unanimidade. Habeas Corpus n.º 70003938974. Lindomar Simpsen e Juíza de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Getúlio Vargas. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. DJ, 24 abril 2002.

qualquer tempo; o art. 385, que possibilita ao juiz o reconhecimento de agravantes que não tenham sido alegadas pela acusação; o artigo 383 que permite que o magistrado altere a classificação jurídica do fato; ou o *caput* do art. 384, o qual permite a condenação por ato diverso daquele constante na acusação; ou, ainda, o artigo 574, I e II, que admite o denominado recurso *ex officio*.

A partir da análise destes dispositivos é indiscutível que houve a adoção de um princípio inquisitivo pelo sistema processual penal brasileiro, pois eles promovem “uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório”.⁴⁶

⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 180.

2. JURISDIÇÃO PENAL

Tendo em vista já estar demonstrado o caráter inquisitorial do sistema em que se inserem os magistrados do nosso país, é imprescindível, neste momento, a definição daquilo que eles exercem: a jurisdição penal.

2.1. A conceituação de jurisdição a partir da lide

O conceito de jurisdição foi, e ainda é, muito discutido, de modo que, para a compreensão deste instituto, é inevitável o estudo de todas estas discussões, ainda que brevemente.

Pois bem. “As discussões a respeito do que vem a ser a jurisdição ganharam força com a autonomia alcançada pelo Direito Processual, após a polêmica travada entre Windscheid e Muther”⁴⁷, sendo que, após esta polêmica, alguns autores italianos do início do século passado foram os principais responsáveis pelo desenvolvimento do estudo acerca da jurisdição no direito processual.

Francesco Carnelutti elaborou o conceito de jurisdição, assim como os conceitos dos demais institutos da sua Teoria Geral do Processo, baseado na noção de lide. Para ele, lide seria “um conflito de interesses regulado ou composto pelo direito”⁴⁸ ou, mais especificamente, seria um “conflito entre duas aplicações da norma, e por isso entre duas opiniões ou entre dois modos de conduta dos sujeitos da relação (que dela constituiu a forma)”⁴⁹. Carnelutti aperfeiçoou o conceito de lide,

⁴⁷ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 77.

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Litotipo, 1920. v. I, p. 131, *apud*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. 28

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. p. 131, *apud*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 28.

após a formulação do conceito de pretensão⁵⁰, passando a defini-la como “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão e por uma resistência a esta”.⁵¹

“Segundo o autor, no processo de conhecimento, em que o juiz exerce atividade essencialmente cognoscitiva, a finalidade é a “formação de um comando complementar e autônomo, para a composição de uma lide””.⁵² Carnelutti ainda diz que “a função essencial do juiz é aquela de decidir uma lide. Para mim esta é a função do juiz civil como do juiz penal”.⁵³ Carnelutti até chegou a afirmar que a jurisdição penal era exercida para compor uma lide entre o autor do crime e a vítima⁵⁴.

Para ele, seria porque a jurisdição teria a finalidade de resolução de uma lide que ela se diferenciava das demais formas de atuação do Estado, sendo que o processualista italiano chegou a dizer que “ao atuar sem este objetivo o juiz estaria exercendo prática não relacionada à jurisdição propriamente dita, a qual ele

⁵⁰ “Agora, quando o agente expressa a sua vontade buscando o reconhecimento do adversário, espera não ver reação, mormente se se trata de uma sólida argumentação. Mas se a resistência aparece, para contrastar aquela afirmação do próprio direito, enfim a pretensão (e note-se que não se trata de um mero jogo teórico, uma possibilidade qualquer de um ato futuro e, portanto, abstrato, mas de algo vivo, presente, concreto), surge a lide”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 29).

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. p. 302, *apud*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 30.

⁵² CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. p. 58, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 77.

⁵³ CARNELUTTI, Francesco. Sulla ‘reformatio in pejus’. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1927, v. II, p. 183-184, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 77-78.

⁵⁴ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 11

chamava de contenciosa, mas de maneira anômala estaria fazendo atuar os poderes administrativos do Estado e a exercer a nominada jurisdição voluntária”.⁵⁵

Assim, Carnelutti se viu obrigado a defender que a prática de um delito instaurava uma lide entre o imputado e o lesado, pois, caso contrário, ele seria forçado a admitir que a aplicação da pena pelo juiz, no processo penal, seria uma atuação administrativa – o que retiraria a estabilidade de coisa julgada das sentenças penais – e, para tanto, o autor passou a defender que “na verdade o processo penal ocuparia uma posição intermediária entre a jurisdição voluntária e a contenciosa, seria um processo impróprio tal como ressaltara anteriormente”.⁵⁶

Contudo, toda a estrutura teórica de Carnelutti não conseguiu explicar porque no processo penal há jurisdição sem haver a necessidade de composição de uma lide e isto se deu porque toda esta construção foi feita com base nas relações de direito privado e do processo civil. Assim, “a Teoria Geral do Processo ruiu após o bombardeio de críticas liderado pelos objetivistas e penalistas”.⁵⁷

2.2. As críticas à teoria carneluttiana e os novos posicionamentos de Francesco Carnelutti

Chiovenda foi um dos primeiros objetivistas⁵⁸ que criticou a tese carneluttiana – a qual era eminentemente subjetivista – de que a lide estabeleceria a função jurisdicional. Para ele “em essência a concepção subjetiva do escopo processual confunde a finalidade atual, imediata, constante da atividade processual com aquela

⁵⁵ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 9

⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. Lite e funzione processuale. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1928, p. 37, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 12-13.

⁵⁷ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p.13.

⁵⁸ “Ser objetivista, em última análise, é construir uma estrutura do processo que “prescinde inteiramente da consideração dos escopos subjetivos das partes””. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 77).

remota vinculada ao possível resultado. Como que dissesse que a atividade que desempenha um pintor para compor um afresco tem para ele o escopo de adornar o templo”.⁵⁹ O autor, ao definir a jurisdição como o “poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente”⁶⁰, estabeleceu a coisa julgada como critério diferenciador da jurisdição em relação às outras atividades do Estado. Desta forma, este autor “defendia que a jurisdição atuaria independentemente da existência de um conflito e que seu objetivo primordial era aplicar a lei aos casos concretos e impor de forma irrevogável os direitos e as obrigações dos sujeitos neles envolvidos”.⁶¹

No mesmo sentido se deram as críticas de Piero Calamandrei, discípulo de Chiovenda. Para ele, “no processo penal em espécie, como no processo civil inquisitório, o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão que os interesses, ao regulamento dos quais é preordenado a necessária intervenção do juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como parte no processo”.⁶² Calamandrei defendia que mesmo quando não houvesse um conflito de interesses qualificado pelo direito, ou seja, quando o fim não fosse a composição de uma lide, haveria exercício de jurisdição. Neste sentido, alegava que “o processo penal, na realidade, não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado em torno da existência do fato e da medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes”.⁶³ Por fim,

⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 34, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 78.

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II. p. 11 e ss.

⁶¹ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p.18.

⁶² CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1930, p. 17, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 79.

⁶³ CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, p. 16, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um*

Calamandrei ressaltava a tese chiovendiana de que o critério distintivo da jurisdição em relação às demais atividades estatais seria a coisa julgada⁶⁴.

Em seguida, Giulio Paoli teceu críticas à teoria carneluttiana, especificamente no que se refere ao processo penal. O autor procurou responder à pergunta “é possível reconhecer como elemento essencial da jurisdição penal o critério de lide?”⁶⁵ E, como não poderia ser diferente, “conclui, não obstante, desde logo, que a lide não serve para o fim pretendido (caracterizar a jurisdição penal), “nem entre o Ministério Público e o imputado, nem entre o imputado e a parte lesada”⁶⁶. Paoli chegou a esta conclusão a partir de três proposições: “1º) se no processo penal fosse possível encontrar-se o critério da lide, como elemento essencial e característico da função jurisdicional, essa só poderia ser entre Ministério Público e imputado; 2º) mas nenhuma lide, no sentido aqui estabelecido, existe entre o Ministério Público e imputado; 3º) muito menos entre imputado e parte lesada”⁶⁷. Por fim, Paoli adotou o conceito chiovendiano de jurisdição alegando que a sua finalidade seria “a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, declarada pelo juiz, tantas quantas vezes não seja a ele consentido perseguir outro escopo senão aquele de aplicar o direito ao fato, nem de usar outro meio senão aquele do silogismo judiciário”⁶⁸.

Finalmente, o grande responsável pela ruína da teoria carneluttiana foi Francesco Invea. O autor, inicialmente, descartou a lide como o conteúdo essencial

resgate do pensamento de Etienne La Boétie. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 79.

⁶⁴ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 22.

⁶⁵ PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista de diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1930, p. 65, *apud*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 54.

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 55.

⁶⁷ PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista de diritto processuale civile*, p. 65-66, *apud*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 55.

⁶⁸ PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. *Rivista de diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1930, p. 74, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 28.

da decisão judicial, para depois demonstrar que nem sempre estaria presente a pretensão – um dos elementos essenciais à lide – da parte lesada nos crimes que têm como vítimas particulares que entendem que o acusado é inocente, bem como não haveria pretensão do Estado nos crimes contra a Administração, pois este permaneceria alheia ao processo.

Em seguida, Invrea alegou que a finalidade da atuação jurisdicional penal seria acertar se ao imputado devia ser atribuída uma pena, a qual, para o autor, teria um caráter público, não podendo ser objeto de uma pretensão do particular⁶⁹.

Por fim, após ter demonstrado que a lide não é o conteúdo do processo penal, Francesco Invrea identificou a coisa julgada como sendo o elemento caracterizador da jurisdição. Assim, Invrea definiu a jurisdição como “o poder de impor julgados, isto é de impor accertamentos vinculativos a favor de uma parte a cargo de uma outra, de agravar isto é uma parte de um accertamento vinculativo a favor de uma outra, em outros termos de impor àquela em favor desta o peso do julgado”.⁷⁰

Após todas estas críticas, Carnelutti resolveu admitir que sua teoria se aplicava somente ao processo civil, reconhecendo que a jurisdição penal não soluciona qualquer lide. “Dessa forma, sem lide, o processo penal passa a ter por conteúdo um affare que, “no sentido puro da palavra, é qualquer coisa que se deve fazer (é da fare ou a fare) para a satisfação de um interesse; (...) e portanto também aquele do Ministério Público, que deve prover a punição dos culpados...”.⁷¹

Mais tarde, este posicionamento foi revisto e Carnelutti passou a afirmar, então, que, no proceso penal, a jurisdição é exercida para a comprovação do delito e a aplicação da pena. Neste sentido: “la jurisdicción penal es una especie de la jurisdicción en general; la otra especie se llama jurisdicción civil, (...); por tanto, la jurisdicción penal es la jurisdicción que se manifiesta en el proceso penal mediante

⁶⁹ Para uma análise mais aprofundada, ler: BORGES, Clara Maria Roman.- *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 28 e ss.

⁷⁰ INVREA, Francesco. La giurisdizione concreta e la teoria del rapporto giuridico processuale. *Rivista de diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1933, p. 24, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 31.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 103.

la comprobación del delito y la aplicación de la pena”⁷², e isto se daría independentemente de qualquer resistêcia do acusado.

2.3. A tentativa de construção da lide penal

Após a ruína da Teoria Geral do Processo de Carnelutti, a Doutrina do processo penal passou a utilizar outros fundamentos, partindo para a criação da lide penal, que seria “o conflito imanente entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade do imputado”.⁷³

Giovanni Leone foi o grande articulador do conceito de lide penal, a definindo como:

(...) uma situação imanente de conflito entre direito punitivo do Estado e direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre o Ministério Público e o imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou afastar-se totalmente. (...) Lide, no processo penal, não deve significar conflito de atividade, conflito aparente de interesses, ou seja, qualificado por uma pretensão e uma resistêcia; lide, ao contrário, no processo penal significa conflito permanente e indisponível de interesse por isso mais vital, enquanto transcende cada reflexo particular e contingente.⁷⁴

Leone diagnosticou o que realmente ocorre num processo penal essencialmente inquisitório, eis que, ao destacar a indisponibilidade como fundamento do conceito de lide penal, sustentou que ela “se verificava como exclusão de qualquer poder das partes de influir com o próprio comportamento sobre

⁷² CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. II. p. 145.

⁷³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. XIV.

⁷⁴ LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2ª ed. Napoli: Joveve, 1952. p. 33-34. *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 81.

a sorte da relação processual e da relação material deduzida em juízo”.⁷⁵ Ou seja, o juiz exerceria a jurisdição independentemente do comportamento das partes.

Assim, não foi à toa que Leone definiu a jurisdição como um poder, ou, mais especificamente como “la potestad de resolver mediante decisión motivada el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado de conformidad con la norma penal”.⁷⁶

No entanto, o conceito de lide penal criado por Leone não foi capaz de superar as críticas feitas ao conceito de lide carneluttiano, pois ele:

(...) presume um conflito de interesses que nem sempre está presente no processo penal, como por exemplo quando o acusado arrependido do cometimento do crime tem interesse na sua punição. Além disso, num sistema processual como o brasileiro, em que o conteúdo do processo pode ser disponível em alguns casos (naqueles cuja ação é de iniciativa privada) a lide penal cai por terra.⁷⁷

Além disso, este conceito de jurisdição a partir da presunção de que o Estado estaria sempre em conflito com o imputado viola algumas disposições da Constituição Federal de 1988, tais como a presunção de inocência e o dever do Estado de também zelar pela liberdade do imputado. Ainda, este conceito de indisponibilidade não serve para a realidade brasileira, uma vez que, aqui, é possível a disposição sobre o conteúdo do processo, por meio de transação penal, até nos casos de ação penal pública.

Em que pese a ineficácia desta concepção para a definição da jurisdição penal, ela foi importada para o Brasil, por Enrico Tullio Liebman, tendo sido adotada pela maioria dos nossos doutrinadores, os quais, apesar de se aproximarem dos objetivistas por entenderem que a finalidade da jurisdição é aplicar a lei aos casos concretos de forma irrevogável e definitiva, ainda entendem, equivocadamente, que

⁷⁵ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 38.

⁷⁶ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. p. 269.

⁷⁷ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 82.

a lide penal é o conteúdo do processo⁷⁸.

2.4. O conceito de jurisdição penal

Após as discussões travadas entre os subjetivistas e os objetivistas acerca da lide e da lide penal, restou claro que ambas não podem ser tidas como o conteúdo do processo penal e não se prestam para a conceituação da jurisdição penal. Assim, faz-se necessária a superação deste debate a partir da tomada de uma nova posição, que mude o modo como se concebeu até então a jurisdição e o conteúdo do processo penal.

Neste sentido, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁷⁹, se dá o ensinamento do jurista italiano Franco Cordero, para o qual o objeto do processo é um dever do juiz e a sua identificação depende de uma relação entre a lei penal e a decisão, pois, se “o processo penal serve a verificar se uma pessoa deva ser punida”⁸⁰, o juiz, na sentença, faz uma verificação do seu dever de executar o seu poder de punir o agente – sendo que tanto a atividade jurisdicional quanto a administrativa seriam operações mentais, no entanto, de modo diverso desta, o ato final daquela se torna imutável, eis que passa em julgado. “Dessa forma, a jurisdição é o veículo necessário para punir e, como detém o poder com exclusividade, não faz outro que constituir, quando condena, determinados deveres a serem cumpridos pelos órgãos aos quais toca a execução... isto é, no fundo, o processo é um meio utilizado pela jurisdição para fazer o acerto do fato”⁸¹.

⁷⁸ Dentre os inúmeros doutrinadores estão: MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. v. I.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20ª ed. rev. modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I. Para uma explicação detalhada e críticas a este posicionamento, ver: BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 45-58.

⁷⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 107.

⁸⁰ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 1985. p. 8., *apud*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 107.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 107-108.

A partir desta nova perspectiva, faz-se necessária uma expressão que exprima o que se dá no processo e:

Caso penal cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acertamento positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva.⁸²

Neste sentido, percebe-se que a melhor conceituação é a de ordem objetiva, que deixa de lado o conceito de lide, deixando as subjetividades para a colheita da prova⁸³. Para tanto, tem se mostrado mais apropriado o conceito de Chiovenda, segundo o qual a jurisdição é “o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente”.⁸⁴

No entanto, apesar do conceito chiovendiano de jurisdição ter se mostrado o mais correto, ele não pode ser adotado sem ressalvas, pois a afirmação de Chiovenda de que “a decisão jurisdicional afirma a preexistente vontade da lei de que a prestação se realize ou que o direito à prestação se constitua...”⁸⁵ não condiz com a realidade, eis que a hermenêutica contemporânea já demonstrou que quem aplica o direito o faz, inevitavelmente, deixando pesar a sua subjetividade, de modo que não é possível ao juiz aplicar a vontade do legislador deixando a sua vontade de lado^{86 87 88}.

⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. p. 135.

⁸³ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 84.

⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II. p. 11 e ss.

⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1923, p. 300, *apud*. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p.59.

⁸⁶ “A norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto e o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete

Feita esta ressalva, temos que fundamental, no conceito de Chiovenda, é a **afirmação** de que, antes de mais nada, a jurisdição é um **poder**. No entanto, em que **pese** o acerto da afirmativa, Chiovenda “estabelece que a jurisdição é uma das faces do *ius imperii* estatal”⁸⁹, sendo que este *ius imperii* seria a soberania do Estado, a qual teria surgido, segundo a teoria contratualista de Thomas Hobbes, a partir de um contrato social em que os indivíduos abriram mão da sua liberdade transferindo ao soberano o poder de criar e aplicar leis. Contudo, esta visão tradicional de poder “se tornou inábil para dar conta do fenômeno do poder, principalmente em razão da crise que maltrata o Estado Moderno e suas instituições”^{90 91}.

compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer]”. (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 32).

⁸⁷ *“Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa. Os diversos princípios que deve aplicar, por exemplo, o da analogia, ou o de suprir as lacunas da lei, ou em último extremo o princípio produtivo implicado na mesma sentença, isto é, dependente do caso jurídico concreto, não representam somente problemas metodológicos, senão que entram a fundo na matéria jurídica mesma. Evidentemente, uma hermenêutica jurídica não pode contentar-se seriamente em empregar como padrão de interpretação o princípio subjetivo da idéia e intenção originárias do legislador. Em muitos casos, não pode evitar ter que aplicar conceitos objetivos, por exemplo, o da idéia jurídica que se expressa em uma lei. Aparentemente, é próprio de profanos imaginar a aplicação da lei a um caso concreto como processo lógico de submissão do particular para o geral”. (STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 208).*

⁸⁸ Para um estudo completo, ler: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução: Enio Paulo Giachini. 6ª ed. Pretrópolis/Bragança Paulista: Vozes/São Francisco, 2004. v. I.

⁸⁹ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 87.

⁹⁰ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 88.

⁹¹ Assim, torna-se necessário o uso de novas teorias acerca do poder, sendo que a teoria foucaultiana acerca da microfísica do poder cumpre muito bem este papel. Isto ocorre porque “ao contrário das teorias macroscópicas, como o marxismo e o liberalismo, que consideram o poder como situado e exercido no lugar específico do estado, a microfísica realiza uma análise do poder que se distribui nas profusas relações de força existentes na sociedade, as quais perpassam inclusive os aparelhos estatais”. (BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e amizade, um resgate do*

No entanto, como a análise do fenômeno do poder não é o tema central deste trabalho, resta afirmar que a jurisdição é um poder que, quer queira, quer não, se encontra nas mãos do julgador até o acerto do caso penal.

2.5. Princípios da jurisdição penal

Uma vez esclarecido o conceito de jurisdição penal, passa-se, agora, para o estudo dos seus princípios.

Podem ser elencados diversos princípios da jurisdição penal, como: o princípio do juiz natural, o princípio da inércia da jurisdição, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição⁹², bem como os princípios da indefectibilidade e o da imparcialidade do julgador. Porém, somente estes dois últimos princípios são fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho, de modo que somente estes dois princípios serão analisados com maior profundidade.

2.5.1. Princípio da indefectibilidade

O princípio da indefectibilidade diz com a exclusividade do Estado sobre o poder de apenar, pois, a partir do momento em que o Estado assume o monopólio da justiça, cabe ao particular tão somente a invocação da tutela jurisdicional.

pensamento de Etienne La Boétie. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 89). Para um estudo aprofundado, ler: BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. p. 67 e seguintes.

⁹² O princípio do juiz natural decorre do art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal e estabelece que ninguém será julgado, nem sentenciado, senão por autoridade competente previamente estipulada em lei, bem como que não haverá tribunal de exceção. O princípio da inércia da jurisdição prevê que a jurisdição só poderá atuar se for provocada e na medida desta provocação. Por fim, segundo o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, uma vez definido o juízo competente para processar e julgar um processo, ele não pode deixar de ser a expressão da jurisdição, a não ser nos casos de impedimento e suspeição, previstos nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal.

Principalmente no Direito Penal, o processo e o juiz⁹³ são imprescindíveis, pois “ainda que os tipos penais tenham uma função de prevenção geral e também de proteção (...) , sua verdadeira essência está na pena e a pena não pode prescindir do processo penal. Existe um monopólio da aplicação da pena por parte dos órgãos jurisdicionais e isso representa um enorme avanço da humanidade”.⁹⁴

Assim, fica claro o caráter instrumental e necessário do processo penal, eis que ele é o caminho necessário para a aplicação da pena, bem como não há a menor dúvida de que a jurisdição é indefectível, pois, além da pena somente poder ser aplicada em um processo, ela só pode ser aplicada por um juiz.

Isso acontece devido à aplicação do ditado latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* – o qual foi albergado pela Constituição de 1988, no artigo 5º, incisos LIII, LIV e LXI – o que resulta que “a exclusividade dos tribunais em matéria penal deve ser analisada em conjunto com a exclusividade processual, pois, ao mesmo tempo que o Estado prevê que só os tribunais podem declarar o direito e impor a pena, também prevê a imprescindibilidade de que essa pena venha por meio do devido processo penal”.⁹⁵

Esta indefectibilidade do processo e da jurisdição acaba por intensificar a faceta da jurisdição enquanto poder, pois, se os tribunais detêm o monopólio da decisão para o acertamento do caso penal, fica evidente o papel central que o magistrado ocupa no sistema penal.

A partir desta premissa, então, “não basta ter um juiz; devemos perquirir quem é esse juiz, que garantias ele deve possuir e a serviço de que(m) ele está”⁹⁶, pois:

⁹³ Aqui, o termo “juiz” é usado no seu sentido mais amplo, incluindo juizes, desembargadores e ministros.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 3.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 5.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I. p. 116.

(...) o processo penal constitui uma *instância formal de controle do crime*, e, para a Criminologia, é uma reação formal ao delito e também pode ser considerado como um *instrumento de seleção* (...). Ademais, da mesma forma que o Direito Penal é excludente (tanto quanto a sociedade), o processo e seu conteúdo aflitivo só agravam a exclusão, eis que se trata de inegável cerimônia degradante que possui seus “clientes preferenciais”.⁹⁷

Neste sentido, é importante ter em mente que, ao mesmo tempo que o juiz detem o poder de acertar os casos penais, ele também tem a função de “atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.⁹⁸

Assim, este monopólio da função de declarar o direito e impor a pena não implica numa liberdade plena e arbitrária, pois a decisão do julgador deve ser motivada (artigo 93, IX, Constituição Federal) e está limitada às provas produzidas no decorrer do processo com observância das garantias fundamentais de todos os cidadãos.

2.5.2. Princípio da imparcialidade

Por muito tempo buscou-se a neutralidade do juiz acreditando-se que era possível ao homem anular completamente a sua subjetividade nas relações de conhecimento para a obtenção de um tipo de saber que não estivesse contaminado por qualquer imperfeição humana, um saber científico. “Assim, a elaboração científica se limitaria ao cumprimento rigoroso de certas técnicas preestabelecidas, que conteriam o poder quase miraculoso de conferir cientificidade aos conhecimentos elaborados através delas”⁹⁹.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 5-6.

⁹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 119.

⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 42.

Com esta visão, pretende-se definir o juiz como um órgão neutro, o qual, por não ter interesse direto no caso, preservaria a igualdade entre as partes do processo com a finalidade de promover a justiça, deixando a sua subjetividade de lado.

No entanto, esta concepção está ultrapassada, pois, atualmente, não há a menor dúvida de que os sujeitos do conhecimento – dentre eles os juízes – são agentes participativos capazes de construir a realidade a partir dos seus ideais e das suas escolhas. Neste sentido, é imprescindível reconhecer que o magistrado não é mero sujeito passivo nas relações de conhecimento, mas sim um “construtor da realidade”¹⁰⁰ em que todos estamos inseridos, pois, ao aplicar a lei, ele atua sobre a realidade buscando reconstituir os fatos e interpreta as regras jurídicas que serão aplicadas a esse fato, acertando o caso penal – aqui, impende lembrar que o intérprete cria a norma¹⁰¹.

Além disso, deve-se ter em mente que, uma vez que o direito, de modo inegável, é ideológico¹⁰², o magistrado, bem como todos os homens, também possui um posicionamento ideológico e, ao analisar um caso penal, ele não o faz desvinculado dos seus ideais. Não há como negar a premissa de que “não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história”.¹⁰³

Ressalte-se que este posicionamento ideológico do magistrado é indispensável para a democracia, pois:

Não é possível jogar uma partida honesta ou justa contra quem se esconde sob máscaras tais como as de ‘objetividade’ ou ‘neutralidade’. (...) Em outras palavras: *democracia – a começar a processual – exige que os sujeitos se assumam ideologicamente*. Por esta razão é que não se exige que o legislador, e de conseqüência o juiz, seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à

¹⁰⁰ Expressão emprestada de: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 46.

¹⁰¹ Vide notas 83, 84 e 85.

¹⁰² LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984.

¹⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 15.

vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais.¹⁰⁴

Ante o exposto, resta claro que qualquer conceito de magistrado neutro não serve para definir a imparcialidade do julgador. Passa-se, agora, a definir o que vem a ser este princípio da imparcialidade.

A definição do princípio da imparcialidade do julgador não é tarefa simples e normalmente, é feita a partir de abstrações, sendo forçoso reconhecer que:

A dificuldade na concretização de elementos conceituais deve-se, por certo, à grande extensão de fatores, inclusive inconscientes, que afastam as condições psicológicas de julgar com isenção. Desses fatores não está a salvo o juiz honesto, probo e honrado, o qual deve ser o primeiro a suspeitar, não de sua integridade moral, mas de seu estado d'alma. É que como homem o juiz sofre a influência de preconceitos, tendência, espírito de casta ou de corporação de tantos outros fatos ou estados psíquicos que o condicionam, às vezes, sem que ele próprio o perceba.¹⁰⁵

Isto se dá também porque “o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas. Basta recordar que sentenciar vem de sententiando, gerúndio do verbo sentire. Logo, existe um conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar (...)”.¹⁰⁶

Assim, apesar da impossibilidade da anulação da subjetividade do julgador, a qual é impulsiona a prejudicar o acusado, uma vez que são atribuídos ao juiz poderes instrutórios ou até mesmo a possibilidade de praticar atos tipicamente da parte acusadora – o que demonstra a adoção de um princípio inquisitivo pelo sistema processual penal brasileiro, o juiz tem papel de garante e deve manter uma posição de equidistância entre as partes, buscando o equilíbrio.

¹⁰⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 47-48.

¹⁰⁵ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 41.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 415.

Deste modo, somente é possível concluir que o princípio da imparcialidade é **uma “meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la”** ¹⁰⁷ (grifo nosso).

¹⁰⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, p. 173.

3. ESTIGMAS

Após o estudo da estrutura em que se inserem os julgadores e das especificidades da jurisdição penal, passa-se, agora, para um estudo dos estigmas e das meta-regras, para que, em seguida, seja possível compreender como e porque os magistrados, como homens comuns que são, tomam decisões, acertando os casos penais, com base em mecanismos psíquicos inconscientes ou não, como os estigmas.

3.1. Paradigma criminológico: *labeling approach*

O paradigma criminológico do *labeling approach* “surgiu no final de década de 50 e início dos anos 60 deste século [século XX], nos Estados Unidos da América, em função dos estudos realizados pelos integrantes da “Nova Escola de Chicago””.

108

As teorias da “reação social”, ou *labeling approach*, estudam, como centro de uma teoria da criminalidade, o problema da legitimidade do sistema de valores adotado pelo sistema penal para a definição daquilo que seria um comportamento socialmente adequado e o que seria considerado um desvio, e, conseqüentemente, delito. Dessa forma, “se os objetos de estudo das Ciências Penais tradicionais restringiam-se ao crime, ao criminoso e à pena, o *labeling approach* desloca o objeto de investigação para o “sistema penal””.¹⁰⁹ Assim:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais

¹⁰⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 44.

¹⁰⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. p. 50.

de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinqüente”. Neste sentido, o *labeling approach*, tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.¹¹⁰

Em seguida, ensina Alessandro Baratta que o *labeling approach*:

(...) é, em grande medida, dominado por duas correntes da sociologia americana, estreitamente ligadas entre si. Em primeiro lugar, realmente, tal enfoque remonta àquela direção da psicologia social e da sociolinguística inspirada em George H. Mead, e comumente indicada como “interacionismo simbólico”. Em segundo lugar, a “etnometodologia”, inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, concorre para modelar o paradigma epistemológico característico das teorias do labeling. Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por conseqüência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.¹¹¹

Sob esta perspectiva, buscou-se analisar quem é definido como desviante, que efeitos são gerados por esta definição e quem faz esta definição. A partir disto, o *labeling approach* se dividiu em duas linhas de pesquisa: a primeira passou a analisar a dimensão da definição e da formação da “identidade” desviante, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de “criminoso”, e a segunda se dirigiu para o estudo

¹¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 86.

¹¹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. p. 87.

das agências de controle social que detêm o poder de definir o desvio, ou seja, da dimensão do poder¹¹².

Segundo a análise de Keckeisen sobre estas duas linhas de pesquisa, elas se dividem em três direções da sociologia contemporânea: “o interacionismo simbólico (H. Becker, E. Goffman, J. Kitsuse, E. M. Lemert, E. M. Schur, F. Sack); a fenomenologia e a etnometodologia (P. Berger e T. Luckmann, A. Cicourel, H. Garfinkel, P. McHugh, T. J. Scheff) e, enfim, a sociologia do conflito (G. B. Vold, A. T. Turk, R. Quinney, K. F. Schumann).”¹¹³ Enquanto as duas primeiras direções desenvolveram a dimensão da definição e da formação da “identidade” desviante, a última se ocupou da dimensão do poder de definir o desvio.

Howard S. Becker estabelece que o desvio é produzido pela sociedade, não no sentido de que as suas causas advêm da condição social do desviado, mas de que os grupos sociais produzem o desvio ao criar regras (criminalização primária) e ao aplicá-las a pessoas específicas, classificando-as como “estranhas” (criminalização secundária). Neste sentido:

*(...) social groups create deviance by making the rules whose infraction constitutes deviance, and by applying those rules to particular people and labeling them as outsiders. From this point of view, deviance is not a quality of the act the person commits, but rather a consequence of the application by others of rules and sanctions to an “offender”. The deviant is one to whom that label has successfully been applied; deviant behavior is behavior that people so label.*¹¹⁴

Assim, tanto a criação das regras que definem o desvio quanto a sua aplicação a pessoas específicas, isto é, tanto a criminalização primária, quanto a secundária, são feitas por um grupo de pessoas que se entendem por “normais” e selecionam determinadas condutas, classificando-as como desvios. Neste compasso, ocorre uma dupla seleção: “1) a seleção dos bens jurídicos penalmente

¹¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. p. 88-89.

¹¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. p. 92.

¹¹⁴ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova Iorque: The Free Press, 1997. p. 9.

protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; 2) a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos.”¹¹⁵

A partir disso, conclui-se que “a criminalidade não existe na natureza, mas é uma *realidade* construída socialmente através de processos de definição e de interação”¹¹⁶, sendo que a criminalização¹¹⁷ faz com que os grupos de pessoas tidas como “estranhas” se tornem mais vulneráveis à seletividade do sistema penal.¹¹⁷

3.2. Conceito, espécies e aspectos dos estigmas

Ante o uso de expressões como ‘pessoas estranhas’ ou ‘os estigmatizados’, faz-se necessário uma análise mais aprofundada acerca dos estigmas.

Os estigmas foram concebidos como sinais ou marcas que recebiam um significado depreciativo. Com efeito:

Os gregos, que tinham bastante conhecimento de recursos visuais, criaram o termo estigma para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava. Os sinais eram feitos com cortes ou fogo no corpo e avisavam que o portador era um escravo, um criminoso ou traidor – uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada; especialmente em lugares públicos. Mais tarde, na Era Cristã, dois níveis de metáfora foram acrescentados ao termo: o primeiro deles referia-se a sinais corporais de graça divina que tomavam a forma de flores em erupção sobre a pele; o segundo, uma alusão médica a essas alusão religiosa, referia-se a sinais corporais de distúrbio físico. Atualmente, o termo é

¹¹⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. p. 180.

¹¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. p. 108.

¹¹⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. p. 201-202.

amplamente usado de maneira um tanto semelhante ao sentido literal original, porém é mais aplicado à própria desgraça do que à sua evidência corporal.¹¹⁸

No entanto, ressalte-se que, atualmente, os estigmas não são somente de atributos físicos, mas sim de um defeito, uma fraqueza ou uma desvantagem¹¹⁹, que geram um efeito de descrédito muito grande pois recebem um valor social negativo.

Erving Goffman identifica três tipos de estigmas: as deformidades físicas; as culpas de caráter individual, como fraqueza, desonestidade, paixões não naturais; e os estigmas de raça, nação e religião¹²⁰. Ele ainda afirma que o estigma pode ser evidente ou oculto, sendo que aquele torna o indivíduo desacreditado, enquanto este o torna desacreditável¹²¹.

Há, então, as mais variadas espécies de estigmas que podem versar sobre as diferenças entre homem e mulher, negros e brancos, ricos e pobres, portadores de necessidades especiais físicas ou psíquicas, gordos e magros, viciados em drogas lícitas e ilícitas, sobre homossexuais e bissexuais, estrangeiros que perambulam pelas ruas em busca de trabalho, mendigos ou vagabundos, indivíduos que possuem antecedentes criminais, dentre outros, sendo que, qualquer que seja a espécie, os estigmas diferenciariam as pessoas entre estigmatizados e “normais”¹²².

Por exemplo, “o pobre acaba portando um estigma que lhe afeta de muitas outras maneiras, isto é, (...) em primeiro lugar, o pobre pode não ser criminoso, mas sempre será um suspeito potencial, é tratado como um inferior no sistema, como um

¹¹⁸ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1988. p. 11.

¹¹⁹ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 75.

¹²⁰ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. p. 12 e seguintes.

¹²¹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. p. 14.

¹²² GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. p. 14.

suspeito de práticas futuras criminosas e por isso precisa ser punido por antecipação”.¹²³

Ainda, é possível que um indivíduo estigmatizado se enquadre em mais de uma espécie de estigma, pois os estigmas se relacionam entre si, dando origem a discriminações diversas sobre os estigmatizados, por exemplo, um estigmatizado pela raça, também pode sê-lo pela pobreza. Assim, deve-se analisar os estigmas como um todo, sendo que a análise fragmentada pode não corresponder com a realidade ou não demonstrá-la por completo.

Quanto aos aspectos dos estigmas, é possível indentificar que, primeiramente:

(...) se tratava de marca presente em pessoas de classe inferior e portanto, a palavra stigma que expressa em latim ‘tatuagem’, passou a ter um outro significado social negativo. Atualmente o conceito de estigma parece ser bem claro ao apresentar um aspecto objetivo como características de uma raça ou do sexo feminino ou de atos e comportamentos religiosos ou de visível pobreza, mas também consiste em valoração subjetiva: ‘se é pobre é ruim’, ‘se é deficiente físico não pode trabalhar tão bem quanto um ‘normal’, ‘se é mulher é inferior ao homem’ etc. O estigma gera descrédito e desvantagem e a idéia de que o estigmatizado não é completamente humano.¹²⁴

Assim, o termo “estigma” adquiriu duas esferas, uma objetiva e uma subjetiva¹²⁵. A esfera objetiva se refere a um sinal a cor da pele, a origem, o sexo, a opção sexual, dentre outros, e a subjetiva diz com a atribuição de um valor ruim ou negativo aos atributos objetivos, como por exemplo: ‘se for negro, ou pobre, ou mulher, etc. é inferior’, ou ‘se é pobre, deve ser criminoso’.

A partir da análise dos aspectos objetivo e subjetivo dos estigmas temos que “pode-se identificar o estigma como um princípio ou regra... O fato é que este princípio ou regra pode gerar outros princípios ou regras que, quando não utilizados

¹²³ BACILA, Carlos Roberto. *Preconceitos: duas obras inacabadas sobre estigmas*. p. 8.

¹²⁴ BACILA, Carlos Roberto. *Preconceitos: duas obras inacabadas sobre estigmas*. Disponível em: <<http://www.plenojuris.com.br/index.htm>>. Acesso em: 20 de março de 2007. p. 3-4.

¹²⁵ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 116-117.

explicitamente na linguagem escrita da lei, denominam-se 'meta-regras'¹²⁶ - o que será estudado adiante.

3.3. Estigmas como meta-regras

Para que seja possível a compreensão dos estigmas enquanto meta-regras, é necessária uma breve explanação acerca do que vêm a ser meta-regras.

Pois bem. Conforme já foi asseverado no capítulo anterior, a hermenêutica contemporânea já demonstrou que quem aplica o direito o faz, inevitavelmente, deixando pesar a sua subjetividade, de modo que não é possível ao juiz aplicar a vontade do legislador deixando a sua vontade de lado. Isto quer dizer que:

(...) a 'mensagem' das regras jurídicas deve estar em grande parte com o intérprete que opera com conceitos (ou 'pré-conceitos') que estão latentes em sua formação e na cultura da sociedade da qual provém. As 'regras' ocultas às regras oficiais são processos naturais que o ser humano emprega para captar um sentido de um texto. Mas são regras que estão além das regras jurídicas, isto é, constituem meta-regras.¹²⁷

Com efeito, meta-regras seriam mecanismos consistentes em: leis, regras, mecanismos, princípios, atitudes subjetivas, regras ou práticas de interpretação, e estruturas objetivas da sociedade¹²⁸, que influenciam o operador do direito no momento da interpretação/aplicação da norma jurídica.

Neste sentido, ensina Francisco Bissoli Filho que:

(...) não é somente o instrumental das leis e da Dogmática que interfere na tomada de decisões, pois estas recebem a interferência de outras regras, denominadas *second code* (segundo código), *basic rules* (regras básicas), meta-regras ou regras de aplicação, as quais, segundo McNaughton-Smith e Cicourel, designam a totalidade do complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam efetivamente a aplicação da lei penal pelos agentes do controle

¹²⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. p. 82.

¹²⁷ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. p. 48.

¹²⁸ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. p. 58-59.

penal. Sack, partindo da distinção entre regras e meta-regras, ou seja, entre as regras gerais e as regras (práticas) sobre interpretação e aplicação das regras gerais, considera, na esteira de Cicourel, que as primeiras correspondem às regras superficiais, e as segundas, às regras básicas.

Para a melhor compreenssão das meta-regras, assim como Cicourel, Fritz Sack apresentou a distinção entre regra e meta-regra a partir de uma analogia que a lingüística contemporânea faz entre *langue* e *parole* ¹²⁹.

Com efeito, a lingüística contemporânea faz distinção entre *langue* e *parole* no sentido de que a primeira é objetiva e geral e pode ser encontrada em um livro gramatical ou no dicionário. Porém, a *parole* é a língua falada nas ruas, de maneira prática e concreta. Analogamente, especialmente Fritz Sack desenvolveu o assunto voltado para a Criminologia, afirmando que ao lado das regras jurídicas que pretendem regular comportamentos, existe um conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais ou meta-regras. Portanto, as meta-regras consistem em regras sociais objetivas da sociedade que estão ligadas a estruturas objetivas e baseadas sobre relações de poder. As meta-regras apresentam um aspecto objetivo (pois são baseadas em estruturas comportamentais da sociedade) e um outro aspecto subjetivo (pois constituem mecanismos psíquicos e atitudes subjetivas que atuam na mente do intérprete). ¹³⁰

Assim, as meta-regras possuem um aspecto objetivo e outro subjetivo. Elas são objetivas porque são práticas de interpretação que também se fundamentam em fatores externos como as estruturas objetivas da sociedade, e são subjetivas porque pois decorrem de mecanismos subjetivos, conscientes ou não, como os estigmas.

A partir do exposto, conclui-se que:

(...) os estigmas estão perfeitamente enquadrados na concepção de meta-regras. Eles atuam como regras a ditar nas mentes das pessoas: ali está o mal, o suspeito está ali, o mal sujeito que pode corromper minha família, a moça indecorosa, o produto do mal. O estigma só existe em razão das meta-regras. Se não fosse assim, o estigma seria apenas um sinal objetivo, sem repercussão social, sem gerar conflitos sociais, sem gerar conseqüências efetivamente práticas nas vidas das pessoas. De tanto ouvirmos piadas sobre certas pessoas, de tanto ouvirmos conceitos equivocados, de tanto lermos histórias doidas sobre raças, religiões,

¹²⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. p. 105.

¹³⁰ BACILA, Carlos Roberto. *Preconceitos: duas obras inacabadas sobre estigmas*. p. 6.

mulheres, presos, pobres, enfermos, lesionados, idealistas, ou simplesmente outsiders, tendemos a acreditar que isso é uma regra, ou melhor, uma sentença inabalável, como se as nossas próprias sentenças judiciais fossem sinônimo de atos perfeitos.¹³¹

É forçoso reconhecer que os estigmas estão impregnados na racionalidade e na cultura da sociedade, de modo que as meta-regras são determinandas por eles, sendo que, mais especificamente no sistema penal, os estigmas das mais variadas espécies influenciam a interpretação e a aplicação da norma penal e processual penal.

Isto se dá porque “os estigmas direcionam a vida social de uma maneira geral e a atividade do sistema penal, especificamente, como verdadeiros princípios ou regras. É por isto que se equiparam os estigmas a meta-regras, ou seja, se os estigmas condicionam na prática o comportamento humano com base na crença em valores equivocados, atuam como regras paralelas (meta-regras)”¹³², sendo que os integrantes do Sistema Penal não fogem desta lógica, pois “tanto juízes como advogados, promotores ou policiais e as pessoas em geral influenciam-se fundamentalmente pelas meta-regras na interpretação do direito e da vida social”.¹³³

Como consequência destes estigmas/meta-regras, ocorre a seleção daqueles que se encontram à margem da sociedade como “clientes preferenciais” do sistema penal, bem como a estigmatização daquele que recebe a atribuição de ‘criminoso’, o que pode lhe proporcionar situações que vão desde a exclusão do ‘mercado de trabalho’ até a condução à prática de outros crimes.¹³⁴

Além das consequências já mencionadas, a manutenção social dos estigmatizados propicia um grande poder de sustentação das classes dos ‘normais’, assim a estigmatização opera como neutralização social.¹³⁵

¹³¹ BACILA, Carlos Roberto. *Preconceitos: duas obras inacabadas sobre estigmas*. p. 9-10.

¹³² BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre preconceitos*. p. 113.

¹³³ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre preconceitos*. p. 195.

¹³⁴ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. p. 55-56.

¹³⁵ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. p. 83.

Para finalizar, ressalte-se, contudo, que a meta-regra não é algo mal em si, **eis que** ela pode configurar uma regra social como dar prioridade aos idosos, às gestantes, aos deficientes. Portanto, os estigmas são espécies do gênero meta-regras, sendo estes, via de regra, algo ruim. As meta-regras construtivas devem ser mantidas e somente as meta-regras/estigmas, as quais em sua maioria não passam de equívocos, são as que devem ser superadas.¹³⁶

3.4. Estigmas/meta-regras e os integrantes do sistema penal

Apesar de Fritz Sack ter demonstrado “que os procedimentos de atribuição (do caráter de desviado) não constituem em privilégio ou traço específico dos tribunais, polícias ou outras pessoas ou instituições do controle social; ao contrário, eles supõem uma característica geral dos processos interativos e comunicativos entre os homens”¹³⁷, neste trabalho, pretende-se analisar os estigmas como meta-regras que influenciam a interpretação e a aplicação da norma penal e processual penal na atuação jurisdicional penal.

Vale a pena lembrar que, uma vez que o direito, de modo inegável, é ideológico¹³⁸, todos os integrantes do sistema penal – os legisladores, a polícia, o promotor, o advogado e o magistrado – não são “neutros”, pois possuem posicionamentos ideológicos, bem como são contaminados por estigmas e sofrem “a influência de preconceitos, tendência, espírito de casta ou de corporação de tantos outros fatos ou estados psíquicos”.¹³⁹

Com efeito, o legislador efetiva a criminalização primária, selecionando aquelas condutas que serão tidas como criminosas, ou seja, definindo/selecionando aquilo que será tido como desvio.

¹³⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Preconceitos: duas obras inacabadas sobre estigmas*. p. 10.

¹³⁷ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. p. 43.

¹³⁸ LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?*

¹³⁹ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 41.

Em seguida, a polícia, como órgão símbolo do poder – por ser o órgão do sistema penal que se encontra mais próximo da população, dentre outros motivos – seleciona aqueles que serão criminalizados secundariamente, eis que é ela quem realiza as investigações na seara penal. Ressalte-se que a polícia possui ampla influência sobre a atuação do magistrado e do representante do Ministério Público, desde o momento em que seleciona o suspeito até o carreamento de provas indiciárias que induzem a decisão do magistrado e as manifestações do promotor.

Além disso, o representante do Ministério Público, desde o momento em que tem contato com o caso apresentado pela polícia, até a possibilidade de negociação pela obtenção da confissão em troca de acusação por crime menos grave, atua influenciado por estigmas, selecionando aqueles que serão réus no processo e definindo aqueles que receberão as acusações/conseqüências mais severas.

Por fim, o magistrado também seleciona aqueles que serão acusados ou absolvidos com fundamento em estigmas, gerando ainda mais estigmatização, sendo que a estigmatização, no sistema penal, é operada, principalmente, por meio das decisões judiciais. Com efeito, “a criminalidade como *realidade social*, não é uma entidade *preconstituída* em relação à atividade dos juizes, mas uma qualidade *atribuída* por estes últimos a determinados indivíduos.”¹⁴⁰ Sendo que esta atribuição não ocorre somente a partir da subsunção de fato a uma figura abstrata do direito penal, mas também conforme as meta-regras tomadas no seu sentido objetivo.

¹⁴⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. p. 107.

4. ATUAÇÃO JURISDICIONAL PENAL

Tendo em vista que, neste trabalho, pretende-se estudar os estigmas como meta-regras da atuação jurisdicional penal, até agora buscou-se a definição da estrutura em que o julgador se insere, tendo ficado claro que o sistema processual em que os magistrados brasileiros atuam é eminentemente inquisitório; em seguida definiu-se a jurisdição penal como “o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente”¹⁴¹, ressaltando-se, contudo, que a noção de poder aqui empregada é diversa daquela defendida pelas teorias contratualistas; bem como restou claro que o magistrado, assim como os demais integrantes do sistema penal e os homens comuns, não são seres robóticos ou deuses capazes de deixar suas subjetividades de lado para promoverem a análise do caso penal, de modo que, inevitavelmente acabam agindo influenciados por mecanismo psíquicos – conscientes ou não – como os estigmas/meta-regras.

Agora, passa-se ao estudo sumário de como se dá a atuação do magistrado do momento em que ele recebe a denúncia ou queixa, até o momento da prolação da sua decisão.

4.1. Os poderes instrutórios do magistrado e o *quadro mental paranóico*

Antes de mais nada, cabe lembrar que houve a adoção de um princípio inquisitivo pelo sistema processual penal brasileiro, pois há uma série de dispositivos no nosso Código de Processo Penal que promovem “uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo.”¹⁴²

O nosso processo é basicamente um processo que promove a desigualdade entre as partes, eis que à acusação são conferidas uma série de prerrogativas que

¹⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II. p. 11 e ss.

¹⁴² LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 180.

não são conferidas ao acusado, bem como há uma série de dispositivos que **atribuem** poderes instrutórios ao juiz ou até mesmo a possibilidade de praticar atos **tipicamente** da parte acusadora.

Com efeito, conforme já foi mencionado, exemplo disto é o famigerado artigo 156 do CPP, que possibilita ao juiz a produção de provas; ou, ainda, os artigos 311, 242, 127, 209 e 196 que permitem que o juiz determine de ofício, respectivamente: a prisão preventiva, busca e apreensão, o seqüestro, a oitiva de testemunhas além das indicadas pelas partes e o reinterrogatório do réu a qualquer tempo; o art. 385, que possibilita ao juiz o reconhecimento de agravantes que não tenham sido alegadas pela acusação; o artigo 383 que permite que o magistrado altere a classificação jurídica do fato; ou o *caput* do art. 384, o qual permite a condenação por ato diverso daquele constante na acusação; ou, ainda, o artigo 574, I e II, que admite o denominado recurso *ex officio*.

Assim, resta claro que o papel das partes é quase inexistente, pois suas alegações só ganham respaldo probatório se o juiz entendê-las pertinentes, eis que, ante a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, ele se torna o “senhor do processo”¹⁴³ e passa a conduzir a produção de provas de acordo com as suas convicções, isto é, o magistrado se influencia fundamentalmente pelas meta-regras na interpretação do direito e da vida social, tendendo a atribuir a veste de ‘criminoso’ àqueles que são estigmatizados, sendo que esta atribuição não ocorre somente a partir da subsunção dos fatos a uma figura abstrata do direito penal, mas também conforme as meta-regras tomadas no seu sentido objetivo.

Desta forma, o magistrado tende a formar a sua convicção com base nestes elementos psíquicos desde o momento em que recebe a denúncia ou queixa. Com efeito, a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado, conforme ensina Franco Cordero, “conduz ao *primatto dell’ipotesi sui fatti*, gerador, de *quadri mentali paranoidi*. Isto significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese)

¹⁴³ BORGES, Clara Maria Roman. *Processo Penal e Tortura*. p. 9.

e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranóicos.”¹⁴⁴

Assim, o juiz se vê como aquele que, sozinho, deve acertar o caso penal, tendo como premissa a busca pela “verdade” – seja a verdade material ou a verdade formal, pois, de qualquer forma, a verdade, na sua totalidade, é inatingível^{145 146} – e, para tanto, ele faz uso dos meios que lhe são oferecidos em lei – como o domínio da gestão das provas – os quais fulminam a possibilidade de um processo democrático.

Desta forma:

Compreende-se, então, quão solitário e penoso (porque angustiante) é o labor do juiz, ciente de que *deve* chegar à *verdade* pelos caminhos que escolher. O crime (...) é dado histórico e à realidade apresenta-se multifário, razão pela qual, para reconstituí-lo – senão de forma absoluta (porque impossível), mas ao menos aceitável – seria conveniente e lógico verificar cada um dos aspectos, pelo menos os principais. A lógica deformada do sistema, porém, não o permite, *porque privilegia o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental* (e aí seu grande valor estratégico e, talvez, o motivo da sua manutenção até hoje), ou seja, a *lógica dedutiva*, que deixa ao inquisidor a escolha da *premissa maior*, razão pela qual *pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão*. Estamos diante daquilo de Cordero, com genialidade, chamou de “*primatto dell’ipotesi sui fatti*”: o ponto central do sistema e sem o qual não possível compreendê-lo na essência. Por isto que, partindo de premissa falsa, não poucas vezes assentada em um *lugar comum* (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do seqüestro; do mordomo o homicida, e assim por diante), chega-se a uma conclusão também falsa, transmutada em *verdade constituída*.”¹⁴⁷

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 78-79.

¹⁴⁵ “A afirmação de CARNELUTTI, algo como: *busca-se a verdade material e obtêm-se como resultado a verdade formal* – e que lhe marcou a carreira e a vida intelectual até 1965, quando publica o *Verdade, dúvida e certeza* – acaba sendo o grande ponto de partida, pela negação da última (verdade formal), porque a primeira *“jamais pode ser alcançada pelo homem”*. A *verdade*, se assim o é, há de ser, ou melhor, *é uma só*, e aquela dita *formal* por evidente, em sendo um mero reflexo no espelho, *“não é a verdade”*.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. 4, n. 14, p. 81, 2004).

¹⁴⁶ Para estudo mais aprofundado, ler: CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza*. Tradução: Eduardo Cambi. Folha Acadêmica n. 116, a. LIX, p. 5, 1997.

¹⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. p. 25-26.

4.2. O sistema de avaliação das provas e a necessidade de motivação da decisão

“Como se sabe, a produção da prova no processo penal tem por objetivo formar a convicção do juiz a respeito da existência ou inexistência dos fatos e situações relevantes para a sentença. É, em verdade, o que possibilita o desenvolvimento do processo, enquanto reconstrução de um fato pretérito (...).”¹⁴⁸

Neste diapasão, passa-se à análise de como se dá a produção da prova no sistema processual penal brasileiro, para, em seguida, analisar a necessidade de motivação da decisão penal.

Existiram diversos sistemas (ou fases) de avaliação das provas, sendo que não é pacífica a definição de qual destes sistemas vige no processo penal brasileiro. Dentre estas fases/sistemas, há a fase religiosa ou mística, a fase da tarifa legal ou da certeza moral do legislador, a fase sentimental ou da certeza moral do juiz e, por fim, a fase científica.¹⁴⁹

Influenciada majoritariamente pelos povos germânicos, a fase mística foi verificada na Idade Média, sendo fortemente atrelada à religião. Acreditava-se que Deus interviria para dar razão a quem a detinha, fazendo prevalecer a verdade e a justiça. Nesta fase, os meios de prova eram os *juízos de Deus – ordálias, duelo e juramento*, sendo que as principais *ordálias* eram a prova da fogueira, a prova da cruz, a prova da água quente e do ferro em brasa, dentre outras, sendo destinadas aos plebeus; o *duelo* era destinado aos cavaleiros; e o *juramento* era normalmente destinado aos senhores feudais.

Em seguida, a fase da tarifa legal ou da certeza moral do legislador é reconhecida como o primeiro sistema de avaliação de prova pela maioria dos autores. Neste sistema, cada prova tem um valor certo e constante previamente

¹⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, p. 195.

¹⁴⁹ Relato realizado com fundamento em: HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. Porto Alegre: Síntese, v. 39, p. 110-118, 2003.

estipulado pelo legislador, sendo que existia uma hierarquia entre as provas e a confissão era a rainha delas. Neste sistema, o juiz estava obrigado a valorar a prova de acordo com os critérios taxativamente estipulados em lei. Aqui, a decisão era uma simples operação matemática em que se somava os valores das provas produzidas, chegando-se, assim, à decisão.

Este sistema de avaliação de provas perdurou nos sistemas processuais penais inquisitórios, nos quais era atribuído ao magistrado/inquisidor a gestão da prova, até o fim do *Ancien régime*, com a feitura do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808.

A fase sentimental, ou da certeza moral do juiz, surgiu logo após a Revolução Francesa como uma reação ao sistema da prova legal. Este é o sistema da convicção íntima ou do livre convencimento. Aqui, o legislador não se manifesta quanto ao valor das provas, de modo que a sua admissibilidade e a sua avaliação são deixadas a carga do magistrado, o qual decidirá baseado na sua íntima convicção – isto ainda ocorre em vários Ordenamentos Jurídicos, na instituição do Júri.

Por fim, a fase crítica é o sistema vigente nos sistemas processuais contemporâneos e é também conhecido como o sistema do livre convencimento, da livre convicção, ou da persuasão racional. Este sistema “não contém regras abstratas de valoração das provas. O julgador pode ter preferência pelas provas que entender cabíveis ao caso. Não está preso em critérios fixos, mas, por outro lado, a opção não é isenta de fundamentação ‘racional’. É um sistema intermediário entre a prova legal e a íntima convicção.”¹⁵⁰

Neste sistema, o juiz possui liberdade de apreciação da prova, mas tem o dever de fundamentar sua decisão com base somente nos elementos que fazem parte dos autos. “O juiz deve pesar o valor das provas segundo aquilo que lhe pareça a melhor solução, devendo, porém, explicitar os motivos que o levaram a tal

¹⁵⁰ BACILA, Carlos Roberto. Os Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 102-103.

decisão.” ¹⁵¹ Assim, o livre convencimento não é absoluto, eis que ele é limitado pelo **dever** de motivação da decisão – que será analisado em seguida. Ademais, há **outros** limites ao livre convencimento que deveriam ser respeitados, como o **embasamento** da convicção do julgador somente em provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa – isto resultaria na impossibilidade de motivação com base em provas produzidas no inquérito policial brasileiro, por exemplo.

Este “é o sistema adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, no artigo 157, que estabelece: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Todavia note-se que a necessidade de motivação da sentença é prevista expressamente na lei processual penal, no artigo 381, III.” ¹⁵² ¹⁵³ Estes dispositivos devem ser analisados sob o prisma do artigo 93, IX da Constituição Federal, que prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.”

Desta forma, o princípio da motivação das decisões se apresenta como uma “garantia política, de controle do povo sobre as decisões judiciais, mas também de uma garantia processual (endoprocessual), que assegura a ampla transparência no exercício do poder jurisdicional e garante às partes o acesso às razões da decisão, permitindo-lhes plena impugnação.” ¹⁵⁴

¹⁵¹ HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. p. 115.

¹⁵² BACILA, Carlos Roberto. Os Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. p. 104.

¹⁵³ No entanto, deve-se ter em mente que a adoção do sistema do livre convencimento não se deu na sua forma pura, eis que características do sistema do tarifamento legal são constatadas nos artigos 155 e 158 do Código de Processo Penal, bem como características do sistema da convicção íntima estão presentes no veredicto apresentado pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri. Para melhor compreensão, ler: HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. p. 118-122.

¹⁵⁴ HARTMANN, Érica de Oliveira. A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. Porto Alegre: Síntese, v. 38, p. 133, 2003.

Ademais, deve-se ter em mente que “a motivação (...) está relacionada com a **justificação** da decisão: ela é um discurso justificativo da decisão judicial. Ela não só **compreende** a indicação dos motivos que levaram a tal decisão, mas também, e **sobretudo**, a explicitação das razões que justificam a escolha realizada. A motivação, enquanto justificação, presta-se a demonstrar a justiça e a racionalidade da decisão.”¹⁵⁵

No entanto, deve-se reconhecer que este princípio/garantia constitucional da imprescindibilidade de motivação das decisões judiciais pode ser manipulado pelo julgador – o que de fato ocorre com muita frequência. Neste sentido, ensina Nilo de Bairros Brum que:

“Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados de lei. Muitas vezes, a tendência a condenar é fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz. Por outro lado, o fiel da balança pode ter pendido para a absolvição em razão da grande prole do réu ou em virtude do fato de estar ele perfeitamente integrado na comunidade ou, ainda, pelo fato de que o delito cometido nenhuma repugnância causa ao juiz, o que o faz visualizar tal figura como uma excrescência legislativa ou um anacronismo jurídico. Sabe o julgador, entretanto, que essas motivações não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima. Se declarar francamente que condena o réu em razão dos seus péssimos antecedentes ou que o absolve porque é trabalhador e tem muitos filhos, sua sentença fatalmente será reformada por falta de base jurídica. (...) Buscará, então, o julgador outro caminho que pode ser através da avaliação da prova ou por meio da interpretação da norma. Geralmente, pelo menos entre nós, os juízes preferem o primeiro caminho, já que a prova é produzida longe dos tribunais e a possibilidade de controle é mais difícil. (...) Mas o julgador tem de justificar sua escolha: tem de convencer que elegeu a melhor prova. Surge aqui o primeiro requisito retórico da sentença, que não é outro senão o da *verossimilhança fática*. Trata-se de um efeito de verdade.”¹⁵⁶

4.3. A decisão penal e a sua imunização por retórica

¹⁵⁵ HARTMANN, Érica de Oliveira. A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. p. 134-135.

¹⁵⁶ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 72-73.

Primeiramente, deve-se destacar que a sentença¹⁵⁷ é “um ato de crença, de fé. (...) O juiz, na sentença, constrói a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando uma demonstração inequívoca de crença, de fé.”¹⁵⁸ A partir disso, deve ser ressaltada:

(...) a importância de outro termo que dela é inseparável: *sentire*. (...) o papel do sentimento do juiz é fundamental e isso fica evidenciado até pela etimologia da palavra “sentença”, que vem de “sententia”, que, por sua vez, vem de “sententiando”, gerúndio do verbo “sentire”, ensejando a idéia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma intuição emocional. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente.¹⁵⁹

Partindo desta premissa, vale a pena lembrar a lição de Nilo Bairros de Brum acima mencionada de que o magistrado, ao chegar no momento de prolação da sentença, já decidiu se vai absolver ou condenar o réu, sendo que ele chega a esta decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados de lei. Com efeito, o magistrado influenciado fundamentalmente pelas meta-regras na interpretação do direito e da vida social, tende a atribuir a veste de criminoso àqueles que são estigmatizados, sendo que esta atribuição não ocorre somente a partir da subsunção do fato a uma figura abstrata do direito penal, mas também conforme as meta-regras tomadas no seu sentido objetivo. Desta forma, o magistrado forma a sua convicção com base nestes elementos psíquicos desde o momento em que recebe a denúncia ou queixa, formando quadros mentais paranóicos, pois o juiz primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada) – a qual, por maioria das vezes, é a de condenar o réu.

No entanto, conforme já foi asseverado, o magistrado deve motivar a sua decisão, demonstrando as razões que o levaram a ela, além de demonstrar a justiça

¹⁵⁷ O termo “sentença” é empregado, aqui, no sentido amplo de decisão.

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 284.

¹⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. p. 284.

e a racionalidade da decisão. Neste sentido, fica clara a carga argumentativa da decisão. Com efeito, “resta evidente a relação – sempre presente – entre motivação das decisões e argumentação, ainda que tal relação venha quase sempre dotada, infelizmente, de uma conotação negativa. De fato, o juiz, através da motivação, procura legitimar a sua decisão e por isso argumenta. E (...) a referida motivação pode ser verificada como instrumento retórico de convencimento e persuasão (...).”

160

Assim, toda decisão penal, para que tenha validade, além de dever preencher certos requisitos formais que são impostos por lei, também deve possuir alguns requisitos retóricos, que são o: “conjunto de argumentos essenciais (essencial no sentido de mínimo necessário e provavelmente suficiente) da sentença, entendida esta como discurso persuasivo.”¹⁶¹

Os requisitos formais das decisões penais são aqueles seis previstos no artigo 381 do Código de Processo Penal, quais sejam: os nomes das partes ou, quando não for possível, as indicações necessárias para identificá-las; a exposição sucinta da acusação e da defesa; a indicação dos motivos de fato e de direito em que se funda a decisão; a indicação dos artigos de lei aplicados; o dispositivo; a data e assinatura do juiz.

O primeiro busca “estabelecer na sentença os limites objetivos da coisa julgada, (...) ou determinar o âmbito pessoal de validade da sentença”¹⁶². O segundo visa demonstrar que o juiz conhece o processo, além de buscar dar ao órgão superior (no caso de um possível recurso) uma noção sobre a atuação das partes no processo.

No terceiro requisito é que “reside o núcleo retórico da decisão, onde o juiz precisa convencer de que decide de forma legítima, válida e justa. Cotejando e avaliando as provas dos autos, necessita ele demonstrar que o fato ocorreu de determinada forma e não de outra. Precisa, por outro lado, dizer qual o direito a ser

¹⁶⁰ HARTMANN, Érica de Oliveira. A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. p. 140.

¹⁶¹ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 4.

¹⁶² BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 4.

aplicado e os porquês de tal aplicação. Enfim, é aqui que o juiz reconstrói discursivamente o fato *sub judice* (...).”¹⁶³ Esta é a parte da sentença que possui relação mais íntima com os requisitos retóricos – que serão analisados em seguida.

O quarto requisito é apenas uma complementação do terceiro. O quinto reproduz a necessidade de se sintetizar a decisão e encerra o núcleo decisório da decisão penal, eis que é aqui que o magistrado se manifesta pela absolvição ou condenação do acusado, impondo, neste caso, qualitativa e quantitativamente a sanção penal. Por fim, o sexto requisito trata da autenticação da sentença.

A sentença costuma ser dividida em três partes: relatório ou histórico (contendo os dois primeiros requisitos), motivação ou fundamentação (terceiro e quarto requisitos) e conclusão ou dispositivo (dois últimos requisitos), sendo que a falta de qualquer uma destas partes ou requisitos pode acarretar a nulidade da sentença.

Além destes requisitos formais exigidos em lei, a decisão penal também possui requisitos retóricos pelos quais uma sentença tem maior probabilidade de se impor à comunidade jurídica como norma vinculante. Estes requisitos, segundo Nilo Bairros de Brum¹⁶⁴, são: 1) verossimilhança fática; 2) efeito de legalidade; 3) adequação axiológica; e 4) neutralidade judicial.

Através do requisito da verossimilhança fática, o juiz procura convencer que elegeu a melhor prova para formar o seu convencimento, chegando inclusive a desqualificar as provas que respaldam versões diversas da sua – aqui, o magistrado torna evidente o seu quadro mental paranóico, pois ele seleciona, avalia e interpreta o conjunto probatório – que foi recolhido e ao longo do processo sob a sua condução – de acordo com as suas convicções. Resumindo, a verossimilhança nada mais é do que a imunização retórica da decisão do magistrado contra possíveis críticas.

O efeito da legalidade é o segundo requisito retórico e, com ele, o magistrado deve convencer que a solução do caso possui amparo no Ordenamento Jurídico. Aqui, o magistrado reúne e articula os mais variados argumentos visando convencer de que a sua decisão encontra fundamento no Ordenamento Jurídico, sendo

¹⁶³ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 5.

¹⁶⁴ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 72-84.

legítima e justa, e, assim, irreformável. Para tanto, o julgador faz uso de “argumentos fornecidos pela lei, pela chamada ciência do direito, mormente pelas diversas teorias da interpretação da lei e da avaliação das provas e, ainda, pelas falácias acreditadas, tais como as “falácias de autoridade”, as “falácias *ad populum*”, as “falácias de ênfase” e tantas outras.”¹⁶⁵

A partir do terceiro requisito retórico, qual seja, a adequação axiologia, o julgador deve demonstrar que os valores da comunidade estão adequados à lei ou que a lei está adequada aos valores da sociedade, pois não basta que a decisão atenda à legalidade, é necessário, também, que a decisão se justifique na sua dimensão axiológica. “De um modo ou de outro, poder-se-á adequar retoricamente ou os valores comunitários à lei ou esta àqueles. No primeiro caso, procurará o juiz demonstrar que “os verdadeiros” valores comunitários estão expressos na literalidade do texto legal; no segundo caso, decidirá conforme os valores comunitários emergentes, fazendo com que estes pareçam estar contidos no texto legal.”¹⁶⁶

Por fim, como último requisito retórico, o magistrado deve sustentar uma imagem de neutralidade (que não existe e, por isso, é tida como uma “imagem” de neutralidade), para preservar a segurança jurídica a partir da racionalidade e da cientificidade.

Assim, a decisão tomada pelo julgador com base em suas convicções e condicionada, fundamentalmente, pelos estigmas como meta-regras, via de regra, atribui a determinados indivíduos, a veste de criminosos, sendo que os reais motivos que levam à tomada desta decisão – a partir da formação do quadro mental paranóico – são ocultados pela utilização de um belo discurso que atribui o caráter de cientificidade e racionalidade à decisão, fazendo com que ela pareça ser legítima e justa, tendendo, assim, a torna-se imutável através da coisa julgada.

¹⁶⁵ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 86.

¹⁶⁶ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. p. 82.

CONCLUSÕES

1. O sistema processual penal brasileiro é inquisitório, de modo que foi eleito o princípio inquisitivo como seu princípio reitor. O nosso processo é basicamente um processo que promove a desigualdade entre as partes, eis que à acusação são conferidas uma série de prerrogativas que não são conferidas ao acusado, bem como há uma série de dispositivos que atribuem poderes instrutórios ao juiz ou até mesmo a possibilidade de praticar atos tipicamente da parte acusadora. Estes dispositivos promovem uma quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo.

2. A melhor conceituação da jurisdição é a de ordem objetiva, que deixa de lado o conceito de lide. Para tanto, tem se mostrado mais apropriado o conceito de Chiovenda, segundo o qual a jurisdição é “o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente”.¹⁶⁷

3. Fundamental é a afirmação de que, antes de mais nada, a jurisdição é um poder. Ressalvando-se, contudo, que a noção de poder aqui empregada é diversa daquela defendida pelas teorias contratualistas.

4. O processo é um meio utilizado pela jurisdição para fazer o accertamento do fato, sendo que ele possui um caráter instrumental e necessário, eis que ele é o caminho necessário para a aplicação da pena.

5. Ademais, a jurisdição também possui um caráter necessário, sendo indefectível, pois, além da pena somente poder ser aplicada em um processo, ela só pode ser aplicada por um juiz.

6. A indefectibilidade do processo e da jurisdição acabam por intensificar a faceta da jurisdição enquanto poder, pois, se os tribunais detêm o monopólio da decisão para o accertamento do caso penal, fica evidente o papel central que o magistrado ocupa no sistema penal.

¹⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II. p. 11 e ss.

7. Não há imparcialidade, neutralidade e, de consequência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, está sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história.

8. Os magistrados, assim como os demais integrantes do sistema penal – como homens comuns que são, não são seres robóticos ou deuses capazes de deixar suas subjetividades de lado para a análise do caso penal, de modo que, inevitavelmente acabam agindo influenciados por mecanismo psíquicos – conscientes ou não – como os estigmas/meta-regras.

9. Os estigmas não são somente atributos físicos, mas consistem também em defeitos, fraquezas ou desvantagens, que geram um efeito de descrédito muito grande pois recebem um valor social negativo.

10. Meta-regras são leis, regras, mecanismos, princípios, atitudes subjetivas, regras ou práticas de interpretação, e estruturas objetivas da sociedade, que influenciam o operador do direito no momento da interpretação/aplicação da norma jurídica.

11. Os estigmas estão perfeitamente enquadrados na concepção de meta-regras, pois eles atuam como regras a ditar nas mentes das pessoas. Os estigmas direcionam a vida social de uma maneira geral e a atividade do sistema penal, especificamente, como verdadeiros princípios ou regras.

12. Ante a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, ele se torna o “senhor do processo” e passa a conduzir a produção de provas de acordo com as suas convicções, isto é, o magistrado influencia-se fundamentalmente pelas meta-regras na interpretação do direito e da vida social, tendendo a atribuir a veste de criminoso àqueles que são estigmatizados, sendo que esta atribuição não ocorre somente a partir da subsunção do fato a uma figura abstrata do direito penal, mas também conforme as meta-regras tomadas no seu sentido objetivo.

13. O julgador tende a formar a sua convicção com base em estigmas/meta-regras desde o momento em que recebe a denúncia ou queixa. Com efeito, a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado faz com que ele forme quadros mentais paranóicos. Isto significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada).

14. O juiz possui liberdade de apreciação da prova, mas tem o dever de fundamentar sua decisão com base somente nos elementos que fazem parte dos autos.

15. Assim, o princípio da motivação das decisões se apresenta como uma garantia política, de controle do povo sobre as decisões judiciais, mas também como uma garantia processual (endoprocessual), que assegura a ampla transparência no exercício do poder jurisdicional e garante às partes o acesso às razões da decisão, permitindo-lhes plena impugnação.

16. No entanto, este princípio/garantia constitucional da necessidade de motivação das decisões judiciais pode ser manipulado pelo julgador – o que de fato ocorre com muita frequência.

17. A motivação está relacionada com a justificação da decisão: ela é um discurso justificativo da decisão judicial. Ela não só compreende a indicação dos motivos que levaram a tal decisão, mas também, e sobretudo, a explicitação das razões que justificam a escolha realizada. A motivação, enquanto justificação, presta-se a demonstrar a justiça e a racionalidade da decisão.

18. Neste sentido, a decisão tomada pelo julgador, com base em suas convicções, é condicionada, fundamentalmente, pelos estigmas como meta-regras, sendo que o magistrado atribui a determinados indivíduos, a veste de 'criminoso', e os reais motivos que levam à tomada desta decisão – a partir da formação do quadro mental paranóico – são ocultados pela utilização de um belo discurso que atribui o caráter de cientificidade e racionalidade à decisão, fazendo com que ela pareça ser legítima e justa, tendendo, assim, a torna-se imutável através da coisa julgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

_____. *Estigmas: um estudo sobre preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Os Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Preconceitos: duas obras inacabadas sobre estigmas*. Disponível em: <<http://www.plenojuris.com.br/index.htm>>. Acesso em: 20 de março de 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova Iorque: The Free Press, 1997.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-108.

_____. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

_____. *Sistemas processuais penais*: 07 de março de 2007. Notas de Aula.

_____. *Processo Penal e Tortura*. Jornal Estado do Paraná, Curitiba, 21 de agosto de 2005. Caderno Direito e Justiça, p. 8-9.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº. 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº. 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Vade Mecum, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 543-599, 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processual Penal. "Habeas Corpus". Sistema Acusatório. Prova. Gestão. Prova testemunhal produzida de ofício pelo juiz. Ilegitimidade. Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório. A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da "verdade real", é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Ordem concedida, por unanimidade. Habeas Corpus nº. 70003938974. Lindomar Simpsen e Juíza de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Getúlio Vargas. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. DJ, 24 abril 2002.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. II.

_____. *Verdade, dúvida e certeza*. Tradução: Eduardo Cambi. Folha Acadêmica n. 116, a. LIX, p. 5, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. O Juiz e a Jurisprudência: um desabafo crítico. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Reformas Penais em Debate*.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27-37.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, a. 4, n. 14, p. 77-94, 2004.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-55.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004. Reimpressão.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução: Enio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/São Francisco, 2004. v. I.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4ª ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1988.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HARTMANN, Érica de Oliveira. A motivação das decisões penais e a garantia do

artigo 93, IX, da Constituição da República. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. Porto Alegre: Síntese, v. 38, p. 131-149, 2003.

_____. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. Porto Alegre: Síntese, v. 39, p. 109-123, 2003.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. I.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1965. v. I.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996.

NASSIF, Aramis. Reflexões Crítico-Fragmentárias sobre a Sentença Penal. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Org. Salo de carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 209-219.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20ª ed. rev. modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I.