

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**CAMILIN MARCIE DE POLI**

**O INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIZAÇÃO NA FASE PROCESSUAL  
PENAL: (DES)CONFORMIDADE COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**CURITIBA**

**2015**

**CAMILIN MARCIE DE POLI**

**O INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIZAÇÃO NA FASE PROCESSUAL  
PENAL: (DES)CONFORMIDADE COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de  
Miranda Coutinho

**CURITIBA**

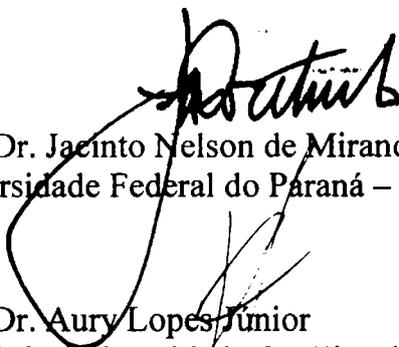
**2015**

## TERMO DE APROVAÇÃO

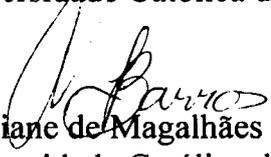
*Camilin de Poli*  
CAMILIN MARCIE DE POLI

O INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIZAÇÃO NA FASE PROCESSUAL  
PENAL: (DES)CONFORMIDADE COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

**Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:**

Orientador:  Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Membro: Prof. Dr. Aury Lopes Junior  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Membro:  Prof.ª Dr.ª Flaviane de Magalhães Barros  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS

Membro suplente: Prof.ª Dr.ª Priscilla Placha Sá  
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 06 de abril de 2015

Para Giovani,

“Eu não sei senão amar-te,

Nasci para te querer.

Ó quem me dera beijar-te,

E beijar-te até morrer.”

(Fernando Pessoa).

## AGRADECIMENTOS

A Deus, única razão de tudo.

À saudosa memória dos meus avôs: Francisco Rodrigues dos Passos Filho, pelo grande incentivo aos estudos, e pelo bom exemplo deixado; e Dorival de Poli, *per essere il nonno perfetto*.

Aos meus pais, por todo amor e compreensão.

Ao Giovanni, por estar sempre ao meu lado, por todo amor, carinho, dedicação, paciência, e apoio incondicional.

Ao caríssimo professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, pela ótima orientação, pelas excelentes aulas, e por ser sempre luz no fim do túnel.

Aos estimados Marco Aurélio Nunes da Silveira e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, pelo estímulo ao estudo crítico do Direito Processual Penal.

Aos nobres professores Aury Lopes Junior e Flaviane de Magalhães Barros, pela aceitação em compor a banca de defesa, bem como pela grande contribuição aos estudos do processo penal.

A Universidade Federal do Paraná e seu Programa de Pós-graduação em Direito, pela oportunidade de enxergar muito além do horizonte.

A todos os professores que contribuíram para a minha formação, em especial para: Abili Lázaro Castro de Lima; Celso Luiz Ludwig; Cesar Antonio Serbena; Luís Fernando Lopes Pereira; Raffaele De Giorgi; Ricardo Marcelo Fonseca; e Sérgio Said Staut Júnior.

Aos queridos Agostinho Ramalho Marques Neto e Leandro Duarte Rust, pela gentileza e pelo auxílio despendido durante esta pesquisa.

Aos amigos e colegas de jornada acadêmica, por tornarem mais leve e produtiva a caminhada: Adriano Cordeiro; Aline Guidalli Pilati; André Luiz Mansur; Bruna Amatuzzi Breus; Bruno Augusto Vigo Milanez; Bruno Cortez; Flavio Antônio da Cruz; Gustavo Bussmann; João Rafael de Oliveira; José Ricardo Menacho; Leandro Gornicki Nunes; Leonardo Costa de Paula; Leonardo Marcondes Machado; Márcio Berclaz; Washington dos Reis.

A Capes, pelo auxílio financeiro.

A todos aqueles que, de alguma forma, fizeram parte da minha formação e estiveram do meu lado, o meu mais sincero agradecimento.

“O perigo mais grave é o de atribuir ao outro a nossa alma, ou seja, de julgar aquilo que ele sentiu, compreendeu, quis, segundo aquilo que nós sentimos, compreendemos, queremos.”

(Francesco Carnelutti, *As misérias do processo penal*).

## RESUMO

A presente pesquisa mostra, a partir do estudo histórico e epistemológico dos sistemas processuais penais, bem como da evolução histórica do processo penal no Brasil, que o sistema processual penal pátrio é essencialmente inquisitório, pois a gestão da prova se encontra, primordialmente, nas mãos do juiz. Demonstra a inadequação da utilização do inquérito policial na fase processual penal, pois os elementos lá produzidos não se sujeitam às garantias processuais previstas na Constituição da República de 1988 (v.g. contraditório, ampla defesa, devido processo legal, etc.). Mostra ainda a vinculação psicológica do juiz aos autos do inquérito policial, o qual acaba por comprometer a sua imparcialidade, influenciando, muitas vezes de maneira decisiva, na condenação do acusado. Deste modo, demonstra-se que o inquérito policial não deve acompanhar os autos do processo, devendo ser excluído ou lacrado, pois os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, como garantias fundamentais, devem sempre ser respeitados.

Palavras-chave: sistemas processuais penais; processo penal; contraditório, ampla defesa, devido processo legal; inquérito policial.

## **ABSTRACT**

This research shows, from historical and epistemological study of criminal procedural systems, as well as the historical evolution of criminal proceedings in Brazil, that the parental criminal justice system is essentially inquisitorial, for the management of proof is primarily on hands of the judge. Demonstrates the improper use of the police investigation in the criminal procedural stage as the elements produced there are not subject to the procedural safeguards provided for in the Constitution of the Republic of 1988 (*v.g.* contradictory, legal defense, due process, etc.). It also shows the psychological link of the judge in the file of the police investigation, which ultimately affect their impartiality, influencing, often decisively, in the condemnation of the accused. Thus, it is demonstrated that the police investigation should not follow the case files and should be deleted or sealed, for the constitutional principles of contradictory, legal defense and due process, as fundamental guarantees, should always be respected.

Key words: criminal procedural systems; criminal proceedings; contradictory, legal defense, due process; police investigation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 DA BASE ESTRUTURAL DO PROCESSO PENAL: APORTES HISTÓRICOS E EPISTEMOLÓGICOS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....</b>	<b>13</b>
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	13
1.2 SISTEMA INQUISITÓRIO .....	28
1.3 SISTEMA ACUSATÓRIO.....	64
1.4 LAICIZAÇÃO DO INQUISITORIALISMO E CRIAÇÃO DO MODELO MISTO, NAPOLEÔNICO OU REFORMADO .....	77
<b>2 FONTES HISTÓRICAS DO PROCESSO PENAL NO BRASIL.....</b>	<b>111</b>
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	111
2.2 ORDENAÇÕES DO REINO.....	116
2.3 CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DO IMPÉRIO .....	128
2.4 REFORMAS LEGISLATIVAS .....	133
<b>3 DA ESTRUTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA .....</b>	<b>152</b>
3.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL .....	152
3.2 INQUÉRITO POLICIAL .....	167
3.3 UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE PROCESSUAL PENAL: (DES)CONFORMIDADE COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	178
3.4 PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA ESTRUTURA INQUISITÓRIA .....	190
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>198</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>200</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho se ocupa em demonstrar a inadequação da utilização do inquérito policial na fase processual penal, uma vez que o conhecimento por ele obtido além de ser produzido de forma unilateral, carece das garantias processuais previstas na Constituição da República de 1988 (v.g. contraditório, ampla defesa, devido processo legal, etc.).

O estudo parte da premissa de que o processo penal brasileiro se encontra (ainda) estruturado sobre as bases do sistema inquisitório e, por esta razão, está em completo descompasso com os ditames constitucionais. Com efeito, pode-se perceber que o alcance da democracia processual é prejudicado em virtude da não efetivação dos direitos e garantias assegurados pela Constituição que, muitas vezes, acaba por se apresentar somente no aspecto formal.

O presente trabalho demonstra, ainda, que a manutenção deste modelo processual nada mais é do que uma opção política e ideológica da qual se valem àqueles que detêm o poder (e que lá querem se manter), em detrimento a cidadania.<sup>1</sup>

O primeiro capítulo, em um primeiro momento, trata da estrutura sistêmica, partindo da noção trazida pela filosofia kantiana, e aplicada ao processo penal. Na sequência, desenvolve um estudo histórico dos sistemas processuais penais (sendo eles: sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo; sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo)<sup>2</sup>, apontando os diferentes contextos sociais e políticos nos quais foram forjados. Posteriormente, demonstra como se deu a laicização do inquisitorialismo, a estrutura processual nas *Ordonnance Criminelle* de 1670, as reformas legislativas francesas, a criação

---

<sup>1</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coords.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 148-155, p. 155.

<sup>2</sup> Como será demonstrado ao longo deste trabalho, o estudo dos sistemas processuais é imprescindível para a compreensão do processo penal, pois o sistema está na base de sustentação de qualquer estrutura processual. Ademais, tal discussão é ainda bastante atual e relevante, e longe está de ser superada (embora criticada por alguns que, equivocadamente, sustentam a sua superação). Basta ler a obra decorrente do encontro de Ferrara, na Itália, para constatar tal afirmação. NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010.

do modelo misto, também chamado de napoleônico ou reformado (que foi equivocadamente tido como um terceiro sistema) e sua aplicação na prática processual.

Como anota KHALED JUNIOR “o relevo da discussão em torno dos sistemas é enorme em função de o sistema inquisitório não estar sepultado pela história: pelo contrário, a vertente inquisitória ainda se sustenta, baseada em larga margem no artifício discursivo da verdade correspondente e na aptidão do juiz para buscá-la (...)”<sup>3</sup>.

O segundo capítulo desenvolve a evolução histórica e legislativa do processo penal no Brasil, partindo da evolução de suas fontes desde as donatárias, passando pelas Ordenações do Reino, pelo Código de Processo Criminal do Império, pelas Reformas legislativas de 1841, de 1871, etc., até chegar à estrutura processual vigente. Demonstra ainda que, a estrutura processual penal pátria esteve sempre intimamente ligada às questões e aos interesses políticos dominantes, e assim se mantém até os dias atuais.

De acordo com PIERANGELLI:

A importância do estudo das nossas legislações pretéritas se revela não só para a compreensão de certos institutos, mas também porque o legislador, não é raro, recorre a essas legislações e à experiência vivida, para enfrentar os problemas sociais do momento. (...). É verdade que tais institutos redivivos assumem um novo colorido, roupagem nova, mas as suas raízes são encontráveis no seu conteúdo histórico.<sup>4</sup>

O terceiro capítulo analisa a estrutura processual penal brasileira em vigor. Demonstra, primeiramente, que o sistema processual permanece sendo essencialmente inquisitório (gestão da prova primordialmente nas mãos do juiz, o qual possui largos poderes instrutórios, etc.), e que a reforma parcial operada no Código de Processo Penal no ano de 2008 não foi capaz de suprir as falhas, acabando por piorar a estrutura até então existente. Na sequência, trata sobre o inquérito policial e sua configuração no sistema processual penal (v.g. natureza

---

<sup>3</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

<sup>4</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 10.

jurídica, objeto, autoridade competente, principais características, atos praticados, prazo para conclusão, arquivamento e desarquivamento, etc.). Posteriormente, trata da inadequação na utilização do inquérito policial na fase processual, demonstrando a desconformidade de tal utilização com o devido processo legal. Ademais, mostra como o contato do juiz com os elementos produzidos no inquérito o influencia a condenar o acusado na hora de proferir a sentença. Para tanto, traz a pesquisa empírica desenvolvida por SCHÜNEMANN, a qual confirmou os prejulgamentos e a vinculação psicológica do juiz aos autos de inquérito policial. Por esta razão, propõe seja o inquérito policial excluído (ou lacrado) dos autos do processo, de modo a serem as provas produzidas no crivo do contraditório. Por fim, mostra que para a efetivação de um processo penal democrático deve ser superada além da estrutura inquisitória, mas também a cultura e a mentalidade inquisitorial dos operadores do direito.

Como observa COUTINHO:

*(...) esperança é de democracia; e ela, seja lá em que face se apresente, não é nunca o que se quer e sim sempre o que se conquista. Por isso é preciso muita paciência, tanto quanto resistência para não se desistir nas primeiras ou mesmo nas mais duras dificuldades; e luta porque, no jogo pela democracia, muitos não querem saber de fair play (...). Trata-se, portanto, de uma receita amarga, de luta dura; mas é a que se pode ter se não se quiser fazer a racionalidade ou manter tudo como está ou – pior – fazer um novo sistema que seja igual ao que se quer superar.<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que...* Op. cit., p. 155.

# 1 DA BASE ESTRUTURAL DO PROCESSO PENAL: APORTES HISTÓRICOS E EPISTEMOLÓGICOS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

## 1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não são poucos os sustentam que todo conhecimento e todo fato é histórico, pois são frutos de uma determinada época e de um determinado momento da sociedade. Partindo disso se pode dizer que para a devida compreensão do sistema processual penal brasileiro, necessário se faz um resgate histórico. O direito, assim como os demais ramos do saber, está presente na sociedade, está introduzido no tempo e, por isso, não pode ser desprendido da história.

Nenhum saber e nenhuma ciência se impõem por si só: eles fazem parte de um todo, de um conjunto. Estão inevitavelmente ligados com as práticas, experiências, interesses, complexidades, conflitos, fatores e acontecimentos históricos. Assim, não podem ser vistos de maneira isolada, como um saber puramente dogmático, estático e meramente descritivo, até porque como não existe um caminho único para o conhecimento histórico, também não pode existir um caminho único para o saber.<sup>6</sup>

Como expõe COUTINHO, tendo em vista que o direito (que se pretenda democrático) não sobrevive sem a dogmática jurídica<sup>7</sup>, é preciso que ela seja crítica “para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade. Isso só é possível, por evidente, porque se tem presente que o real é impossível quando em jogo a sua apreensão e, com muito custo, à parcialidade que se chega, depende, no seu grau (...), de muitos saberes que não aquele jurídico.”<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26.

<sup>7</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática jurídica a partir de uma nova visão da filosofia do direito. In: BONATO, Gilson (Org). *Filosofia e direito: reflexões: um tributo ao professor Clemerson Leite Bastos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 67-80, p. 67.

<sup>8</sup> Dogmática que se não confunde com dogmatismo, por evidente. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: \_\_\_\_\_; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Orgs). *Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232, p. 226.

Dessa forma, para que o conhecimento avance, é preciso haver diálogo entre os diferentes campos do saber (direito, história, filosofia, sociologia, psicanálise, etc.), razão porque são necessários estudos interdisciplinares, multidisciplinares e transdisciplinares<sup>9</sup>, mas sem perder a noção de que chegar à totalidade, encontrar a verdade (tal como ela é, ou foi) é impossível.<sup>10</sup> Logo, “(...) o conhecimento não é um resultado ‘puro’ de uma operação que busca ‘refletir’ o objeto, mas um processo complexo no qual o sujeito interfere decisivamente na ‘construção’ do resultado final de uma pesquisa científica.”<sup>11 12</sup>

Todavia, percebe-se que a omissão da dimensão histórica, cultural e política do estudo do direito (em especial o penal e o processual penal), na busca pela neutralidade e tecnicidade dos institutos, através da adoção do método positivista-

---

<sup>9</sup> Idem, ibidem, p. 227.

<sup>10</sup> Como ensina MARQUES NETO, foi a combinação dos princípios lógicos aristotélicos de *identidade* (‘o que é, é idêntico a si’; ‘o que é, é enquanto é’; ‘o que é, não pode não ser enquanto é’; ‘o ser não pode ser e não ser ao mesmo tempo sob o mesmo aspecto’), de *não-contradição* (as duas partes contraditórias de uma afirmação não podem ser simultaneamente verdadeiras), e do *terceiro excluído* (exclusão de uma terceira possibilidade na oposição entre o verdadeiro e o falso) que trouxe uma concepção de *verdade* como enunciado, como significado, assim como toda uma ilusão da possibilidade de construção de um discurso suficiente e logicamente consistente (sem furos), que abarcaria a totalidade do seu objeto, sem deixar qualquer resto. Segundo o autor, a essa concepção de *verdade* (fundada naqueles princípios) equivale uma concepção de *sujeito*, que atribui a este *sujeito* as propriedades de ser unário, racional, consciente e volitivo, capaz de conhecer e de escolher no plano da ação (sujeito cognoscente, moral e responsável). Ocorre que, algumas disciplinas como as Lógicas Paraconsistentes e a Psicanálise constituíram uma ruptura com essa concepção, pois, dentre outras coisas, mostraram o furo no princípio de *identidade*, uma vez que ‘o que é, pode ser e não ser’, ‘o que é, é e não é enquanto é’, etc.; que a verdade se encontra justamente na possibilidade de contradição; e assim por diante. Ademais, o *sujeito* é, antes de tudo, um sujeito do inconsciente, descentrado de si, que não pode encontrar em si a sua identidade; é um sujeito cindido, clivado, cuja ‘consciência’ é simbólica, e que tem o *eu* como seu ‘outro interno imaginário’. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Identidade e cidadania*. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: s/e, 2005, v. LXXXI, p. 747-764, p. 748-751.

<sup>11</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução...* Op. cit., p. 60.

<sup>12</sup> Como expõe FOUCAULT, quando NIETZSCHE (na obra “A vontade de Poder”) afirma que não existe ser em-si, bem como que não pode existir conhecimento em-si, ele quer dizer que não existe uma natureza do conhecimento, uma essência do conhecimento ou condições universais para o conhecimento, mas que o conhecimento é o resultado histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento. O conhecimento não é uma faculdade ou uma estrutura universal, mas sim um efeito ou um acontecimento que pode ser colocado sob o signo do conhecer. FOUCAULT, Michel. *A verdade e suas formas jurídicas*. trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 24.

normativista, impediu uma profunda compreensão das estratégias de justiça, bem como ofuscou a dimensão do compromisso que se deve ter para com a matéria.<sup>13</sup>

Tal adoção, por não propor nenhuma reflexão acerca dos determinantes sociais do direito, levou à formação do “senso comum teórico dos juristas”<sup>14</sup>, razão pela qual é preciso superar o excessivo normativismo, o raciocínio lógico-formal e a mentalidade positivista em favor do estudo crítico e transdisciplinar do direito. Ademais, o positivismo jurídico “não dá conta do fenômeno jurídico, que se não resume às normas

---

<sup>13</sup> PIFFERI, Michele. Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 31-49, p. 40.

<sup>14</sup> WARAT expõe que “(...) a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas. Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, ideias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes-chaves para aproximar-nos da ideia do ‘senso comum teórico dos juristas’. A expressão serve para chamar a atenção sobre o fato de que, nas atividades efetuadas pelos diversos juristas de ofício, existe também uma relação imaginária com as mesmas, que determina um campo de significado (um eco de representações e ideias), através do qual determina-se a aceitabilidade do real. É o tempo imaginado da história.” WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 13-14. Neste sentido, MACHADO (partindo de WARAT) enuncia que: “o ‘senso comum jurídico’ se constrói por meio de enunciações linguísticas acumuladas e habitualmente tomadas como princípios, que os juristas utilizam na forma de conceitos operacionais em suas atividades teóricas e práticas, com as representações, imagens, crenças, ficções, estereótipos e normas estabelecendo uma relação imaginária e discursiva entre a legalidade e o real. Dá-se, por esse modo, uma espécie de neutralização do componente político do direito, o que estabelece verdades extraídas não dá realidade, mas da aparência da realidade, ou das próprias significações mentais que compõem o discurso dos juristas. Portanto, o senso comum dos juristas, como todo senso comum, é construído a partir das observações acríicas que se podem fazer na superfície da realidade, observações que se confirmam pela repetição de estereótipos e crenças, capazes de estabelecer imagem do real como se estas fossem a própria realidade. Logo, o senso comum jurídico opera uma espécie de inculcação ideológica que propicia a compreensão da realidade por meio do discurso habitual, sem nenhum componente de crítica ou de consciência política acerca do saber e do fazer jurídicos, favorecendo assim uma atuação repetitiva e burocrática por parte dos juristas, nos moldes daquilo que normalmente se identifica como a ‘praxe jurídica’ ou ‘praxe forense’, que nada mais é senão a reprodução passiva, e até mesmo inconsciente, de uma legalidade que reflete toda a ideologia positivista vinculada ao poder.” MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e Mudança Social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75.

jurídicas ou, em outras palavras, à forma jurídica. Com efeito, o Direito deve enfrentar um fenômeno social dinâmico que não cabe no formalismo.<sup>15</sup>

Neste sentido, MACHADO assevera que a adoção de métodos dedutivos ou lógico-formais acarreta sempre alguma distorção no objeto cognoscível da ciência jurídica, na medida em que estes reduzem o conhecimento do fenômeno jurídico à dimensão normativa, desconsiderando o seu caráter histórico. Por isso, há um esgotamento das possibilidades do método lógico-formal no campo da ciência jurídica, pois este não proporciona um conhecimento completo da realidade jurídica, não garante a neutralidade da ciência do direito, bem como não confere ao jurista um saber consciente, fundamentado em bases históricas.<sup>16</sup>

Ademais, conforme explica FOUCAULT:

(...) as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações de verdade.<sup>17</sup>

A dogmática crítica é, portanto, resultado do diálogo, da combinação dos diversos ramos do saber, de modo que o direito (assim como as demais disciplinas), como produto da cultura, não pode ser entendido fora do contexto histórico, longe dos fenômenos e vicissitudes da vida em sociedade.

Neste entendimento, FONSECA assevera que:

O direito, como tudo e todos, está inserido no tempo. Como ocorre no âmbito social, cada elemento do âmbito jurídico está imerso em condições que não podem se desprender de sua história. Só se compreende o direito de modo efetivo quando se lhe conecta com o que nos antecedeu e com o que herdamos do passado. Nada, afinal, tem sua existência destacada das condições históricas que produzem nosso presente.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição*: outra teoria para o direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 21.

<sup>16</sup> Para MACHADO, somente o método dialético, levando em conta todos os fatores históricos (sociais, éticos, econômicos, políticos e culturais) envolvidos no processo de produção e conhecimento do direito, será capaz de proporcionar uma adequada compreensão acerca do fenômeno jurídico em suas manifestações concretas, expressando-se como um processo relacional, vivenciado historicamente e em constante devir. MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino...* Op. cit., p. 77-78.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade...* Op. cit., p. 27.

<sup>18</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução...* Op. cit., p. 5.

Para DUSSEL “a história é mestra da vida porque nos mostra que o que ocorreu no passado continua acontecendo no presente”<sup>19</sup> (ainda que de forma um pouco distinta ou peculiar), de modo que é impossível compreender o presente ou pensar o futuro senão por meio da história.

Da mesma forma, o direito penal e o processo penal são produtos da cultura na qual estão inseridos e, por isso, são afetados pelas estruturas e pelas transformações que a cultura sofre. Desde esse ponto de vista, pode-se dizer que o processo penal é um fenômeno político, pois é diretamente influenciado pelas concepções políticas preeminentes.<sup>20</sup>

Assim, o estudo do direito processual penal deve começar com uma descrição histórica<sup>21</sup> de suas instituições fundamentais<sup>22</sup>, uma vez que o conhecimento de suas origens e da sua evolução permite uma melhor compreensão do sistema processual penal vigente, pois a experiência do passado tende a iluminar o presente<sup>23</sup> e, quiçá, o futuro.<sup>24</sup>

Com efeito, para o desenvolvimento e para a devida compreensão do direito processual penal necessário se faz o estudo dos sistemas processuais penais, sendo eles o sistema inquisitório e o sistema acusatório. Estes sistemas são regidos,

---

<sup>19</sup> DUSSEL, Enrique D. *Caminhos de libertação latino-americana: história, colonialismo e libertação*. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1984, p. 225.

<sup>20</sup> BETTIOL, Giuseppe. Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale. In: *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. v. 4. Padova: Cedam, 1950, p. 121-133, p. 130-131.

<sup>21</sup> Conforme expõe BACHMAIER WINTER, uma análise rigorosa do processo penal deve partir, necessariamente, da sua evolução histórica. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal*. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 11-48, p. 11.

<sup>22</sup> De acordo com PIFFERI, é necessário haver um diálogo efetivo entre processualistas penais e historiadores do direito, uma vez que este diálogo tem-se mostrado descontínuo, apresentando fases de indiferença recíproca, de prenunciados confrontos, bem como de difícil comunicação entre os objetos de investigação. PIFFERI, Michele. *Le ragioni...* Op. cit., p. 31.

<sup>23</sup> VELÉZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal I*. 3. ed. 2. reimp. Cordoba: Marcos Lerner, 1986, p. 15.

<sup>24</sup> Já há muito, COUTINHO vem sustentando a importância de tal discussão e demonstrando a falta de constitucionalização do processo penal pátrio, sob o acertado argumento de que no Brasil (ainda) prevalece o sistema inquisitório (decorrente do Código de Processo Penal de 1941, baseado no Código de Processo Penal Italiano – *Codice Rocco*), mesmo depois de muitos anos da promulgação da Constituição da República de 1988, que acolheu o sistema acusatório.

respectivamente, pelos princípios inquisitivo e dispositivo, os quais iluminam e direcionam todo o processo, vez que são destinados a uma determina finalidade.<sup>25 26</sup>

De maneira geral, o processo pode ser definido como o conjunto (sistema) de atos preordenados, pelo qual se reconstitui o fato por meio das provas, tendo como finalidade o acerto do caso penal<sup>27</sup> (*dicere ius* ou *iuris dictio*), verificando a aplicação (ou não) da sanção penal.

Desde esse ponto de vista, falar de processo é falar de atividade cognitiva, pois a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber é dada a missão (sobretudo, Poder) de dizer o direito no caso concreto.<sup>28</sup> Logo, no processo se busca, antes de tudo, o conhecimento daquilo que se não conhece (o fato), pois “*alguém que aparentemente (ex ante) não conhece deve decidir um caso penal e, para tanto, precisa conhecer. Em face disso, conhecimento e sujeito estão indissociavelmente vinculados (...).*”<sup>29</sup>

Tendo em vista que a prova é o meio pelo qual o conhecimento chega ao processo, é necessário identificar como elas são formadas e introduzidas no processo, bem como quem são os sujeitos processuais responsáveis para tanto, razão pela qual o estudo dos sistemas processuais penais mostra-se imprescindível. Ademais, “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.

---

<sup>25</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. [S.l.], a. 1, n. 1, p. 26-51, 2001, p. 28.

<sup>26</sup> Como anota KHALED JUNIOR “(...) o problema da definição dos sistemas não é meramente acadêmico. Não é apenas questão de divergência doutrinária que motiva a interrogação quanto à caracterização dos sistemas. Pelo contrário: é na definição radical – no sentido de atingir a raiz do problema – do sentido do sistema acusatório e do sistema inquisitório que reside boa parte da esperança de superação da desmedida ambição de verdade que historicamente tem soterrado as pretensões de estabelecimento de um processo justo e democrático, como se espera em um Estado Democrático de Direito.” KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 13.

<sup>27</sup> Conforme ensina COUTINHO, “caso penal” é a expressão mais adequada ao fenômeno que ocorre no processo, bem como a que deixa um menor espaço à indeterminação. Ademais, trata-se de uma situação de incerteza, de dúvida quanto à aplicação (ou não) da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 135.

<sup>28</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 173-197, p. 176.

<sup>29</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que...* Op. cit., p. 150.

É, em verdade, o que possibilita o desenvolvimento do processo, enquanto reconstrução de um fato pretérito (...).”<sup>30</sup>

Nesse sentido, o processo penal é um instrumento de produção de conhecimento, pois para decidir (sentenciar) é preciso se ter o conhecimento (ainda que não real, mas possível<sup>31</sup>). Não se trata do crime em si, do fato histórico (aparentemente) existente, pois ele é irrepetível (uma vez que já consumado), mas da sua reconstituição.<sup>32</sup> A reconstituição é feita na instrução<sup>33</sup> por meio da linguagem, pois todo e qualquer conhecimento é produzido intersubjetivamente na linguagem e através dela.<sup>34</sup>

Assim, é possível compreender a importância da linguagem no processo penal, que passa a ocupar o lugar de protagonista e não mais de intermediária, uma vez que é ela (e por ela) que (se) constrói a versão (ou versões) do(s) fato(s). A partir disto, para se entender o fenômeno processual e para se extrair as consequências necessárias, é preciso se ter bem claro que o processo penal é, por excelência, o reino da linguagem.<sup>35</sup>

Sem embargo, em que pese (ainda) se falar na busca da verdade<sup>36</sup> (o que, evidentemente, é um equívoco), é importante lembrar que no processo é de outra coisa

---

<sup>30</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 49.

<sup>31</sup> Conhecimento possível e não real porque o processo penal não é o lugar da obtenção da verdade, mas de juízos acerca do(s) fato(s).

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de informações legislativas*. v. 186. 2009, p. 108.

<sup>33</sup> COUTINHO assevera que “instrução é substantivo que decorre do verbo transitivo latino *īnstrūō* (*is, ēre, struxī, structum*) e, em geral, apresenta-se como *transmissão do conhecimento*. No sentido original, porém, o verbo estava, antes de qualquer outra forma, ligado à noção de *erguer, erigir, construir*, embora também pudesse ser instruir, no sentido de ensinar. De qualquer modo, da base etimológica pode-se concluir que a *instrução*, quando ligada ao processo penal, busca dar conta daquilo que, como linguagem, *vem descrito na imputação* e, assim, é por ela que se trata de *construir o conhecimento possível sobre o caso penal*, tudo de modo a propiciar ao órgão jurisdicional competente a decisão de mérito.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Instrução criminal: prolegômenos. In: *Cadernos Jurídicos OAB/PR*. Curitiba, n. 43, p. 3-5, ago. 2013, p. 3.

<sup>34</sup> Basta perceber que tudo que aporta no processo são construções linguísticas: a investigação preliminar é sempre linguagem, a denúncia (imputação) é linguagem, a prova (especialmente a testemunhal) é linguagem, as razões e alegações das partes são linguagem, as decisões (em especial a sentença) é linguagem, etc. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 108.

<sup>35</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Instrução...* Op. cit., p. 3-4.

<sup>36</sup> Provavelmente por influência da filosofia da consciência, pela qual se acredita na razão como instrumento de determinação da verdade. Desde esse ponto de vista, o sujeito, a partir de sua racionalidade, conseguiria apreender, dar conta da integralidade do objeto, falando a seu respeito e

que se trata. Já a muito, CARNELUTTI mostrou que a verdade está no todo, e não na parte, e que no processo se atua tão somente com a parte, uma vez que o todo é demais para se compreender. Nas palavras do autor:

Exatamente porque a coisa é uma parte, ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda, na qual sobre a cara está gravada o seu ser e sobre a sua coroa o seu não ser. Mas para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, da parte, é preciso conhecer tanto a sua cara quanto a sua coroa: uma rosa é uma rosa (...) porque não é alguma outra flor; queria dizer que para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para chegar à verdade, é preciso conhecer não somente aquilo que a rosa é, mas também aquilo que ela não é. Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me também a um homem. Concluindo, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós.<sup>37</sup>

Diante disso, CARNELUTTI propôs que a busca (investigação) no processo não fosse pela verdade, mas sim pela certeza, a qual implicaria, necessariamente, uma escolha (eis o drama do processo), pois a condenação (ou absolvição) não seria apenas um juízo, mas uma ação (um agir).<sup>38</sup>

---

fundando suas verdades ontológicas. O sujeito dá conta do objeto porque, antes de tudo, acredita no método do qual dispõe: a lógica dedutiva. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 108-109. Com efeito, ŽIŽEK anota que: “O problema, naturalmente, é que, numa época de crise e ruptura, a própria sabedoria empírica cética, restrita ao horizonte da forma dominante de senso comum, não pode dar respostas, e é *preciso* arriscar o Salto da Fé. Essa mudança é a mudança de ‘falo a verdade’ para ‘a própria verdade fala (em/atraves de mim)’ (como no ‘matema’ de Lacan sobre o discurso do analista, em que o agente fala na posição da verdade), até o ponto em que posso dizer, como Meister Eckhart: ‘É verdade, e a própria verdade o diz’. No nível do conhecimento positivo, é claro que nunca é possível (ter certeza de que se conseguiu) atingir a verdade; só se pode aproximar-se dela interminavelmente, porque a linguagem em última análise, é sempre autorreferencial, não há como traçar uma linha definitiva de separação entre sofisma, exercícios sofisticos e a própria Verdade (é esse o problema de Platão). A aposta de Lacan aqui é aquela de Pascal: a aposta da Verdade. Mas como? Não correndo atrás da verdade ‘objetiva’, mas agarrando-se à verdade a respeito da posição da qual se fala.” ŽIŽEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 21.

<sup>37</sup> CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova, v. XX, p. 4-9, 1965, p. 5. [Tradução livre de: “Proprio perché la cosa è una parte essa è e non è; può essere paragonata ad una medaglia sul cui diritto è inciso il suo essere e sul rovescio il suo non essere. Ma per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa (...) perché non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per afferrarne la verità, occorre conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è. Perciò la verità di una cosa ci sfugge fino a che noi non possiamo conoscere tutte le altre cose e così non ne possiamo conseguire se non una conoscenza parziale. E quando dico una cosa, mi riferisco anche ad un uomo. Insomma la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi.”]

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*, p. 6.

Assim, se no processo penal se chega sempre a uma (ou mais) versão (versões) sobre o(s) fato(s), se o juiz deve escolher entre uma dessas versões, que são apenas parte e não o todo, e se a verdade está no todo, é óbvio que no processo está alguma coisa que não é a verdade. Ou seja, no processo não se trata da coisa (objeto) em si, mas do que se diz (ou se pode dizer) sobre ela (ou ele).<sup>39</sup> O conhecimento que chega, portanto, é sempre parcial: é de uma parcialidade que se trata.<sup>40</sup>

Nesse sentido, COUTINHO ensina que:

(...) a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das partes que o compõem. Seria, enquanto vislumbrável como figura geométrica, como um polígono, do qual só se pode receber à percepção algumas faces. Aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte – ou são integrantes – do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção.<sup>41</sup>

Ademais, cabe lembrar que toda reconstrução de um fato histórico está repleta de contaminação, decorrente da própria atividade seletiva desenvolvida. Por isso, “a pretensão de que a decisão penal seja uma mera aplicação lógica (formal) é ilusória, eis que a *singularidade* do caso analisado não se adapta *pari passu* aos tipos penais, havendo sempre a atividade *cognitiva e hermenêutica*.”<sup>42</sup> Logo, “é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, (...) o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito.”<sup>43</sup>

Não obstante, antes de se adentrar ao estudo dos sistemas processuais penais é de suma importância se ter bem claro a noção de sistema<sup>44</sup> e, tendo em vista a

<sup>39</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Instrução...* Op. cit., p. 4.

<sup>40</sup> Ademais, na esteira de COUTINHO, é importante notar que o crime, como fato da vida (substrato de onde advém o caso penal), ao mesmo tempo desvela (aparece, vem à luz), vela-se (encobre-se, não se deixa ver), restando dele (crime) apenas restos de linguagem (sobras), pois “o tempo, antes de tudo, encarrega-se de retirar a possibilidade de um *conhecimento todo* ou um *conhecimento do Todo*.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que...* Op. cit., p. 150.

<sup>41</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas...* Op. cit., p. 179.

<sup>42</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 296.

<sup>43</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 49.

<sup>44</sup> O termo sistema tem origem grega (*sýstema*), e deriva da conjugação das palavras *sýn* (com, junto) e *histánai* (colocar, pôr), e significa conjunto, conjunto estruturado, conjunto coerente. CAPPELLINI, Paolo. *Sistema jurídico e codificação*. trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto

insuficiência do saber jurídico em conceituar tal expressão, torna-se necessário buscá-la na filosofia e, a partir daí, aplicá-la no processo penal.<sup>45</sup>

Para tanto, mostra-se determinante a clássica definição forjada por KANT<sup>46</sup> em sua arquetônica, na qual caracterizou o sistema como a unidade de conhecimentos variados sob uma ideia, ou como um conjunto de conhecimentos ordenado segundo um princípio<sup>47</sup>, afirmando que é a unidade sistemática que converte o conhecimento vulgar em ciência. Nas palavras de KANT:

---

Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007, p. 09. Todavia, como expõe FERRAZ JUNIOR, a noção que é dada à expressão *sistema* nos dias de hoje, não tem a exata correspondência ao uso que dela fez o pensamento grego. Lá, a expressão não apareceu como uma característica de construção mental (pensamento sistemático); ou como algo específico para determinadas disciplinas científicas; ou ainda como titulação de livros ou estudos; existindo apenas indícios de seu uso. Segundo o autor, foi apenas com Wolff (século XVIII) que o termo ganhou as características mais marcantes, passando a ser usado na sua concepção moderna. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 8-11. LOSANO, por sua vez, assevera que para os gregos o termo sistema possuía quatro significados, sendo dois técnicos, referentes à métrica e à música, e dois atécnicos, utilizados cotidianamente pela população, para designar a organização econômica, social, religiosa, etc., ou seja, qualquer forma de organização de qualquer elemento. LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. v. 1. trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 9-10. Ademais, foram diversas as classificações em torno da expressão sistema ao longo do tempo, tanto de cunho científico quanto metodológico (v.g. MATURANA e VARELA na biologia; LUHMANN na sociologia; SAUSSURE na linguística; CANARIS no direito; e assim por diante), as quais são utilizadas nas mais diversas áreas de conhecimento e ramos de atividade (v.g. sistema solar; sistema político; sistema social; sistema econômico, etc.). Com efeito, no que se refere ao presente trabalho, adota-se a noção trazida por KANT, uma vez que se entende ser ela a mais adequada ao fenômeno processual penal. Nas palavras de COUTINHO: “(...) tenho a noção de sistema a partir da versão usual, 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*. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo *princípio unificador* e voltado para o *fim* ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que passam pela *instrumentalidade* e pela *paz social*.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 16-17.

<sup>45</sup> Como observa STRECK “(...) a raiz das diversas posições equivocadas assumidas pelos juristas reside, principalmente, em uma espécie de ‘abandono da filosofia feito pela ciência processual’.” STRECK, Lenio Luiz. O livre convencimento e sua incompatibilidade com o dever de *accountability* hermenêutica: o sistema acusatório e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coords.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 156-187, p. 156.

<sup>46</sup> Os gregos, embora conhecem a palavra sistema, não pensavam a partir dela, pois pensavam as coisas (os objetos) de maneira unitária, ou seja, estudavam e pensavam os elementos a partir da unidade, isolando-os. Para eles, o sujeito era capaz de dizer a verdade da coisa, de chegar à essência do objeto (filosofia do ser). KANT, partindo do pensamento científico desenvolvido Wolff, foi quem pela primeira vez concebeu a possibilidade de construir um saber de forma sistemática, isto é, um saber que dissesse respeito ao conjunto (ao todo), ligando os elementos a partir de uma ideia única (princípio unificador).

<sup>47</sup> CANARIS adota o conceito kantiano de sistema, afirmando que o papel deste conceito é o de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.” CANARIS,

Por arquetônica entendo a arte dos sistemas. E, como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento comum em ciência, ou seja, o que coordena em sistema um simples agregado de conhecimentos, a arquetônica é a teoria do que há de científico em nosso conhecimento em geral, e pertence necessariamente à metodologia. Sob a direção da razão, nossos conhecimentos em geral não poderiam formar uma rapsódia, mas devem formar um sistema em que somente tais conhecimentos podem apoiar e favorecer as finalidades essenciais da razão. Ora, entendo por sistema a unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia. Essa ideia é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que no conceito são determinados *a priori* não apenas o escopo de uma multiplicidade, mas também as posições que as partes ocupam relativamente umas às outras.<sup>48 49</sup>

Como observa LOSANO, em KANT o sistema recebeu um duplo esclarecimento: é o ideal para o qual deve seguir toda ciência, bem como é um conjunto de proporções retiradas de um *único princípio*. KANT, em sentido genérico, recebeu a noção wolffiana: o sistema se faz determinando de forma clara os conceitos, buscando o rigor das demonstrações, e evitando os saltos audaciosos nas conclusões; e, em sentido específico, esclareceu ser o sistema a unidade dos múltiplos conhecimentos sob uma ideia.<sup>50</sup>

Destarte, a noção kantiana de sistema está baseada na “unidade do princípio”, sendo ele (sistema) organizado finalisticamente.<sup>51</sup> O todo não é um conjunto desordenado (amontoado), mas sim um sistema orgânico (organizado), que pode crescer internamente (de dentro para fora), mas não externamente (de fora para dentro). KANT compara esse crescimento ao desenvolvimento do corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro novo, mas torna cada um dos

---

Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 9-10; 23.

<sup>48</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 521-522.

<sup>49</sup> De acordo com CANARIS, várias foram as definições que daí derivaram (SAVIGNY, STAMMLER, BINDER, HEGLER, STOLL, etc.), porém, todas apresentaram duas características em comum: a *ordenação*, a qual pretende exprimir um estado de coisa intrínseco, racionalmente apreensível, logo, fundado na realidade; e a *unidade*, a qual não permite uma dispersão da multiplicidade de singularidades desconexas, devendo elas ser reconduzidas pelo princípio fundamental. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento...* Op. cit., p. 11-13.

<sup>50</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema...* Op. cit., p. 115-116.

<sup>51</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007, p. 908.

membros existentes mais fortes e mais apropriados aos seus fins, sem alterar a proporção.<sup>52 53</sup>

O sistema se origina, primeiramente, da acumulação de dados (conceitos) não especificamente ligados entre si, que constituem o material de construção que possibilita traçar arquitetonicamente um todo, de acordo com os fins da razão. Posteriormente, sobre esse acúmulo de dados, intervém o autor do sistema, organizando cada elemento segundo uma ideia. Uma ciência (ou um sistema) deve ser avaliada com base na ideia que unifica as partes, e não com base no que o autor fala a seu respeito<sup>54</sup>, pois não se estabelece uma ciência sem que haja uma ideia como base.<sup>55</sup>

Nesse entendimento, o sistema deve ser unificado e identificado a partir de uma ideia fundante, onde a razão fornece os fins *a priori* ('unidade arquitetônica'), e não a partir do conjunto de regras resultante da construção empírica (experiência acidental), uma vez que esta seria uma 'unidade técnica' e não sistema.<sup>56</sup> O conhecimento *a priori* é adquirido independentemente de experiências, e o conhecimento empírico só é possível *a posteriori*, a partir da experiência, sendo um o oposto do outro.<sup>57</sup> Assim, a ciência não pode surgir de maneira acidental, baseada na experiência, mas sim 'arquiteticamente', como resultado de uma ideia fundante.<sup>58</sup>

Desde esse ponto de vista, o sistema é construído a partir de um princípio anterior ao conhecimento (*a priori*), que possibilita que os elementos se juntem (se

<sup>52</sup> KANT, Immanuel. *Crítica...* Op. cit., p. 522.

<sup>53</sup> Consoante expõe LOSANO "o elemento que unifica as partes do sistema, de fato, é a tendência em direção a um único escopo, de modo que cada parte tem uma função e posição particulares: uma parte não pode ser deixada sem que o sistema resulte incompleto, nem uma parte pode ser acrescentada a não ser dentro de precisos limites prefixados. A estrutura do sistema é, portanto, a *articulatio* (contraposta à *coarcervatio* do agregado), e dessa sua característica estrutural deriva sua lei de crescimento específica." Ademais, apresenta outro exemplo desse crescimento, relacionado ao campo da aritmética, qual seja, a progressão numérica: "em uma certa progressão é possível continuar ao infinito a série dada; isso não se alcança, porém, acrescentando arbitrariamente um número qualquer, mas descobrindo a razão da progressão e operando com base nela." LOSANO, Mario G. *Sistema...* Op. cit., p. 132-133.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>55</sup> KANT, Immanuel. *Crítica...* Op. cit., p. 523.

<sup>56</sup> KANT assevera que: "por razão entendo toda a faculdade superior de conhecer, e, por conseguinte, oponho o racional ao empírico." *Ibidem*, p. 522-523.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>58</sup> Consoante expõe ABBAGNANO, foi a unidade do sistema, isto é, a sua possibilidade de derivar de um princípio único, a característica que determinou o sucesso dessa noção na literatura filosófica romântica. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário...* Op. cit., p. 909.

liguem), formando um todo orgânico. Tal princípio (reitor/unificador do sistema) diz com um significante primeiro ( $S_1$ ), que é aquele que dá a largada na cadeia de significantes, e é resignificado pelo escopo do sistema.<sup>59</sup> Por evidente, este significante primeiro é uma palavra que é ali colocada, um motivo conceitual, um mito que surge da impossibilidade de se dizer o todo.<sup>60</sup>

Nesse entendimento, COUTINHO assevera que:

(...) sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como *a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o *big-bang* à física moderna; Deus à teologia; o *pai primevo* a FREUD e à psicanálise; a *Grundnorm* a KELSEN e um mundo de juristas, só para terem-se alguns exemplos.<sup>61</sup>

Nessa esteira, ROSA explica que “na origem está um *mito*, dado que é impossível dizer, apontar, de fato, como tudo começou. Atribui-se um *princípio* para dar conta da largada de *significantes*. A essência da essência da linguagem é da ordem do impossível; não se tem acesso, definitivamente, salvo pela transcendência *Metafísica e/ou Imaginária*.”<sup>62</sup>

Com efeito, o direito processual penal, assim como os demais ramos de conhecimento, é organizado de maneira sistemática, ou seja, é estruturado na forma de um conjunto (conexão de elementos que formam um todo orgânico), sendo ordenado por um princípio unificador.<sup>63</sup> Conforme já exposto, são reconhecidos dois sistemas processuais: o inquisitório e o acusatório, de modo que para diferenciá-los, devem-se levar em conta os seus princípios unificadores (inquisitivo e dispositivo), tendo a

<sup>59</sup>  $S_1 \rightarrow S_2 \rightarrow S_3 \rightarrow S_4 \rightarrow S_5 \rightarrow S_6 \rightarrow$  e assim por diante.

<sup>60</sup> Como expõe COUTINHO, falar de *motivo conceitual*, aparentemente, é não falar nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. Desta forma, falar de *motivo conceitual* é falar de *mito*, e tanto na teoria quanto na ciência no princípio (*principium*: início, origem, causa, gênese) está sempre um *mito*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 26-27.

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão...* Op. cit., p. 112.

<sup>63</sup> De acordo com COUTINHO: “(...) inquisitório e acusatório são adjetivos de um sistema que se coloca como substantivo e, como tal, não pode nunca ser esquecido. O ponto de partida que a finalidade vai definir como princípio, no caso, ou é princípio inquisitivo ou é princípio dispositivo.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que...* Op. cit., p. 153.

gestão da prova como critério determinante. Assim, “se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.”<sup>64</sup>

Na estrutura inquisitória a finalidade encarrega essencialmente o juiz da obrigação de buscar e trazer à tona o conhecimento, de modo que a iniciativa probatória é sua (eis o princípio inquisitivo). Na estrutura acusatória, por sua vez, a finalidade encarrega essencialmente as partes (autor e réu) da obrigação de buscar e trazer à tona o conhecimento (ônus), possuindo elas a iniciativa probatória (eis o princípio dispositivo).<sup>65</sup> Diante disso, é possível apontar a principal característica de cada sistema, sendo que, no inquisitório é “a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão das provas”<sup>66</sup>, e no acusatório é que “a gestão da prova está nas mãos das partes, e o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”<sup>67</sup>

Nesse sentido, FERRAJOLI aponta que “enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.”<sup>68</sup>

Ademais, como expõe MARQUES, enquanto no processo acusatório o juízo penal é o *actum trium personarum*, onde autor e réu estão em pé de igualdade, e sobre eles está o titular da jurisdição, que é órgão imparcial de aplicação da lei, no processo inquisitório a investigação da “verdade” é unilateral, e a tudo se antepõe, haja vista que o órgão judicante é superior, e acumula as funções de acusar, julgar e defender.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 28.

<sup>65</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que...* Op. cit., p. 153.

<sup>66</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 28.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 530.

<sup>69</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 70-71.

É importante notar que os sistemas processuais penais refletem as diversidades e interesses políticos e ideológicos imperantes nas diferentes épocas históricas e nos diferentes contextos sociais. Eles refletem a opção e a concepção de Estado e de indivíduo na administração da justiça, isto é, a luta entre os interesses coletivos e os interesses individuais, entre o princípio de autoridade e a liberdade individual.<sup>70</sup>

No sistema inquisitório os interesses do Estado prescindem os interesses do indivíduo (personalidade, liberdade, dignidade, etc.), que são colocados de lado. O indivíduo deixa de ser considerado um sujeito de direitos, e passa a ser objeto de severa perseguição. A noção de justiça é sufocada pela concepção autoritária e despótica do Estado de Polícia, e o processo é um instrumento de castigo, sendo legítimo o emprego de qualquer meio para “defender” a sociedade. No sistema acusatório, ao contrário, o indivíduo e seus interesses ocupam lugar central, estão em primeiro plano. O indivíduo, antes de tudo, é um sujeito de direitos e deve ser respeitado. O Estado é figura secundária (está a serviço dos indivíduos), e tem como missão a resolução dos conflitos que venham a ser produzidos.<sup>71</sup>

Nesse entendimento, LOPES JUNIOR assevera que o sistema acusatório predomina “nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.”<sup>72</sup>

Não obstante, cabe ressaltar que tais sistemas não são mais puros, como eram quando foram estruturados, vigorando assim, “sistemas mistos”, que são, na base, inquisitório ou acusatório, mas têm em si agregados elementos provenientes do outro sistema. Todavia, não se trata de um terceiro sistema, pois não há um princípio unificador próprio, razão pela qual somente é possível considerá-lo como um “terceiro sistema” no aspecto formal.<sup>73</sup> Ademais, como a ideia é única, ela não comporta divisão

---

<sup>70</sup> VELÉZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho...* Op. cit., p. 19-20.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

<sup>73</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 17-18.

e é por isso que se não pode ter um princípio misto e, conseqüentemente, um sistema misto.<sup>74</sup>

A classificação do modelo misto como um terceiro sistema é, teoricamente, um equívoco, pois “(...) o fato de ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.”<sup>75</sup> Ademais, o problema dessa classificação não está na separação dos órgãos de acusação e julgamento, mas no fato de que ela “não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante.”<sup>76</sup>

Nesta linha, LOPES JUNIOR afirma que “é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.”<sup>77</sup> Diante todo o exposto, não é possível sustentar a existência de um terceiro sistema processual, como querem alguns.

## 1.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório, na forma como é estudado hoje, teve origem no âmbito da Igreja Católica, entre os séculos XII e XIII.<sup>78</sup> Foi criado e instituído como resposta defensiva à evolução daquilo que se convencionou chamar de doutrinas heréticas.<sup>79 80</sup>

---

<sup>74</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 109.

<sup>75</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 29.

<sup>76</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 105.

<sup>77</sup> Idem.

<sup>78</sup> O papel dos juristas foi fundamental na formalização e instrumentalização do processo, bem como na barbarização das práticas inquisitórias e no desenvolvimento da tortura. Alguns responsáveis por essa doutrina do horror foram: Alberto Gandino, Claro, Carpzov, Ghirlando, Tabor, Menochio, Farinaccio, Carerio, Gomez, Follerio, entre outros. FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 521; 591. Neste sentido, como anota BACHMAIER WINTER, o processo *per inquisitionem* surgiu entre os séculos XII e XIII na Europa medieval, tendo sua gênese a partir do labor dos juristas da Universidade de Bolonha e dos intelectuais da escola de Paris, em um momento de recuperação do Direito Romano e de grande influência da Igreja. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio...* Op. cit., p. 16.

<sup>79</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 17-18.

Entretanto, podem ser encontrados modelos processuais com características inquisitoriais em fase anterior<sup>81</sup>, porém não na forma pura.<sup>82</sup>

Conforme expõe BOFF<sup>83</sup>, para compreender o comportamento da Igreja ao longo da Inquisição, bem como para entender a lógica por ela utilizada, faz-se necessário considerar a consciência que ela própria fez de si mesma, e saber como a realidade e a história humana se apresentaram para ela.<sup>84</sup>

Para a Igreja, a humanidade foi criada na graça de Deus. A criação era um livro aberto, e a ela foram dados dons naturais e sobrenaturais. Todavia, em Adão e Eva, ela decaiu e perdeu estes dons, e não conseguia mais ler a vontade de Deus, pois as frases se desfizeram em palavras sem conteúdo e sem ligação. Apiedado, Deus entregou à criação as Escrituras Sagradas (escritas por judeus e cristãos), a fim de que ela tivesse acesso às verdades divinas necessárias para a salvação.<sup>85</sup>

Tendo em vista que as Escrituras poderiam ser lidas de diferentes formas, Deus criou o Magistério (composto pelo Papa e pelos Bispos) para representá-lo, bem como para guardar, interpretar e defender fielmente a sua vontade. Concedeu a ele, nas questões referentes à fé e à moral, o dom da infalibilidade, tornando-o único portador da verdade absoluta e, portanto, detentor do caminho para a vida eterna.<sup>86</sup>

Dessa forma, não haveria lugar para indagações, questionamentos ou dúvidas, pois tudo já estava esclarecido. Qualquer acontecimento ou indício diverso dessa verdade seria um erro, um equívoco. Assim, para estar em conformidade com a

<sup>80</sup> Consoante expõe NOVINSKY, “a palavra herege origina-se do grego *hairesis* e do latim *haeresis* e significa doutrina contrária ao que foi definido pela Igreja em matéria de fé”, e “a heresia é uma ruptura do dominante, ao mesmo tempo que é uma adesão a uma outra mensagem. É contagiosa e em determinadas condições dissemina-se facilmente na sociedade. Daí o perigo que representa para a ordem estabelecida, sempre preocupada em preservar a estrutura social tradicional.” NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 10-11.

<sup>81</sup> Tal fase não será objeto de estudo do presente trabalho.

<sup>82</sup> BARREIROS, José António. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 12-13.

<sup>83</sup> Importante considerar que o referido autor foi membro da Igreja Católica e, durante a sua permanência na Instituição, foi submetido a um processo (em razão de suas teses ligadas à Teologia da Libertação), no qual foi condenado e punido a um ano de “silêncio obsequioso”, sendo deposto de todas as suas funções editoriais e religiosas, bem como foi proibido de lecionar, dar entrevistas, falar publicamente e publicar qualquer texto. BOFF, Leonardo. *Inquisição: um espírito que continua a existir*. In: EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum – Manual dos inquisidores*. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993, p. 25.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>85</sup> *Idem*, *ibidem*, 10.

<sup>86</sup> *Idem*.

vontade de Deus, bem como para garantir a vida eterna, bastaria que as pessoas ouvissem e vivessem os ensinamentos do Magistério.<sup>87</sup>

Com efeito, a Igreja pretendeu impor essa concepção ao mundo inteiro, uma vez que o cristianismo, desde os seus primórdios, colocou-se como a única religião verdadeira para a universalidade dos homens.<sup>88</sup> Como destaca BOFF, a doutrina pregada por ela constituía uma autêntica metafísica religiosa, pois propagava uma interpretação da história a partir do viés religioso.<sup>89</sup>

Em linhas gerais, com a decadência e o fim do Império Romano<sup>90</sup>, as populações, para protegerem-se e garantirem a segurança, reuniram-se nos feudos. A vida medieval girava em torno do feudo, que era a base econômica, política e social deste período.<sup>91</sup> No feudo encontravam-se além dos vassalos e suseranos, os cavaleiros, que eram o braço forte e armado do poder, e os clérigos, os quais detinham o conhecimento.<sup>92</sup> O clero, composto por membros da Igreja Católica, possuía bastante

---

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1995, p. 134.

<sup>89</sup> BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 10.

<sup>90</sup> No ano 476 d.C. o Império Romano dividiu-se em dois: Império do Ocidente (Roma) e Império do Oriente (Constantinopla). Ele ocupou grande parte da Europa (desde a Inglaterra até os confins da Escócia; Gália; Itália; Ibéria; etc.), o Norte da África e uma parte da Ásia ocidental. Na Europa continental o limite setentrional era constituído mais ou menos pelos rios Reno e Danúbio. Ao norte destes rios estavam os povos germânicos e eslavos, que eram ainda nômades, de certa forma. Os povos germânicos, com a pressão dos povos vindos da Ásia central, deslocaram-se para o Ocidente e entraram no território dominado pelo Império Romano (por volta do século III), invadindo o Império do Ocidente (século V), que acabou desaparecendo, estabelecendo-se, assim, reinos germânicos. Os povos eslavos, da mesma forma, deslocaram-se para o Oeste e o Sul, atingindo a região do Óder e do Elba, no Norte, e passaram o Danúbio ao Sul. O Império do Oriente (Império Bizantino) por sua vez, resistiu ao colapso, de modo que sobreviveu nele o direito romano, enquanto direito bizantino. Assim, nos territórios do antigo Império Romano do Ocidente formaram-se reinos de origem germânica (reino dos Visigodos, reino dos Francos, etc.). O direito romano continuou ao ser aplicado às populações de origem romana, enquanto os povos invasores continuaram aplicando o direito de origem germânica. A influência e mistura de ambos fez-se lentamente, dos séculos V ao século VIII. Porém, alguns direitos germânicos mantiveram-se alheios à influência romana, nomeadamente os direitos dos povos Anglos, Saxões, Escandinavos e Eslavos. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 127-128.

<sup>91</sup> O direito feudal, do fim do século IX ao século XII, dominou na Europa Ocidental, desaparecendo definitivamente somente no fim do século XVIII na França e na Bélgica, e no século XIX na Alemanha. Ibidem, p. 128.

<sup>92</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 19; GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 84, 127-128.

poder, pois além de possuir o saber, era considerado o responsável pela proteção espiritual da sociedade feudal.<sup>93</sup>

A religiosidade marcou profundamente a sociedade feudal. Por influência da Igreja, a vida era baseada no divino e tudo se desenvolvia em torno de Deus. No plano político ela servia de instrumento de unificação, controle e manutenção da paz social; no plano social ela ensinava, instruía e compelia os indivíduos à moralidade e à boa conduta; no plano religioso a noção sobre vida, morte, reprodução, amor, céu, inferno envolviam as pessoas em um ambiente de absoluta submissão aos valores divinos e à religiosidade.

Diante disso, conforme assevera GILISSEN, a partir do século III a Igreja desempenhou um papel considerável na sociedade medieval, e foi um poder temporal muito poderoso. Com a conversão de Constantino<sup>94</sup>, ela virou a maior aliada do poder e, pouco depois, o cristianismo se tornou a religião do Estado, sendo todas as demais proibidas. O cristianismo nasceu e se desenvolveu no território geográfico do Império Romano e, por isso, a formação da concepção cristã do direito foi influenciada pelo direito romano.<sup>95 96</sup>

De acordo com COUTINHO, a Igreja, após a criação do primeiro mosteiro fundado por São Bento em Subiaco (século VI), começou a formar (estrategicamente)

---

<sup>93</sup> De acordo com GONZAGA, “na Europa ocidental, após a queda do Império Romano, a única instituição poderosa e universal era a Igreja. Ser membro dessa associação era teoricamente voluntário e praticamente obrigatório. Ser desligado de sua comunhão era castigo tamanho que, até o século XVI, os próprios reis tremiam diante da ameaça de excomunhão. Da menor das aldeias, com sua igreja paroquial, à maior das cidades, com sua catedral, suas numerosas igrejas, seus mosteiros e santuários, a Igreja estava visivelmente presente em todas as comunidades: suas torres eram o primeiro objeto que o viajante divisava no horizonte e sua cruz era o último símbolo levantado diante dos olhos do agonizante. (...) a Igreja dava segurança ao seu rebanho, como detentora única de uma verdade e de uma fé essenciais à salvação humana.” GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 59-60.

<sup>94</sup> Em 313 d. C. Constantino reconheceu oficialmente a religião cristã, pois publicou o Édito de Tolerância de Milão, no qual proclamou a liberdade religiosa aos cristãos, e determinou a restituição de seus bens que tinham sido confiscados. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 84, 136.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 134-139.

<sup>96</sup> Conforme expõe BOFF “nos primeiros séculos, os portadores de pensamento divergente eram punidos com a excomunhão, vale dizer, eram excluídos da comunidade eclesial. Portanto, era uma questão meramente intra-eclesial. Mas, quando o cristianismo se transformou em religião oficial do Império, a questão virou política. O cristianismo era considerado o fator principal de coesão e união política. Então, qualquer doutrina divergente colocava em risco a unidade política. Os representantes das novas doutrinas eram tidos por hereges. A punição era a excomunhão, o confisco de bens, o banimento e mesmo a condenação à morte.” BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 13.

os seus membros a partir da patrística agostiniana, fundada em Platão.<sup>97</sup> Conhecendo Aristóteles, e sabendo que por trás dele estava uma nova maneira de pensar a vida, ela pregou e difundiu a filosofia platônica, que era mais adequada à sua doutrina e aos seus interesses, isto é, dentro de um modelo dado por uma verdade baseada em um mundo hipostasiado.<sup>98</sup>

O pensamento de Aristóteles era visto pela Igreja como perigoso e problemático, uma vez que poderia colocar em xeque a doutrina por ela disseminada, bem como abalar a estrutura da tradição platônica cristã<sup>99</sup>, razão pela qual deveria ser escondido. Assim, as obras de Aristóteles foram mantidas trancafiadas nas torres das abadias<sup>100</sup>, de modo que as pessoas não teriam acesso a elas.<sup>101</sup>

Após a invasão dos bárbaros, a Igreja foi a única organização a subsistir.<sup>102</sup> Com isso, o legado da tradição jurídica romana, que no período de decadência apresentou características do sistema inquisitório<sup>103</sup>, foi conservado, sendo, séculos depois, ressuscitado e potencializado pela Igreja<sup>104</sup>, que influenciou o direito laico.<sup>105</sup>

Não obstante, desenvolveu-se à margem do direito romano um sistema jurídico próprio da comunidade dos cristãos, o direito canônico, de modo que se instalou um sistema dualista: o direito laico e o direito religioso. Durante a maior parte da Idade Média, o direito canônico (que retirou as suas regras dos preceitos divinos, revelados pelos textos sagrados) foi o único direito escrito e, por esse motivo, exerceu

<sup>97</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 19.

<sup>98</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 105.

<sup>99</sup> Conforme expõe MARCONDES, Santo Agostinho, devido à sua criatividade e originalidade, foi o filósofo mais importante que surgiu no pensamento antigo desde Platão e Aristóteles. Ele influenciou de maneira decisiva a elaboração e a consolidação da filosofia cristã na Idade Média, pois aproximou a filosofia de Platão e o cristianismo, o que constituiu a primeira grande síntese entre o pensamento cristão e a filosofia grega (chamado de platonismo cristão). MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 109-110.

<sup>100</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 19.

<sup>101</sup> Tal conjuntura foi muito bem retratada no clássico romance “O nome da Rosa”, do escritor italiano Umberto Eco.

<sup>102</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 29.

<sup>103</sup> Segundo afirma COUTINHO “o sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 18.

<sup>104</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 34.

<sup>105</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 29.

uma grande influência na formulação e no desenvolvimento do direito laico que, até então, permanecia essencialmente consuetudinário.<sup>106</sup>

Existia, nessa época, a jurisdição laica e a jurisdição eclesiástica. No início, a Igreja possuía competência para julgar somente os membros do clero (em determinados casos), e não os particulares. Com o passar do tempo, ela teve a sua competência aumentada, uma vez que Constantino favoreceu o desenvolvimento da jurisdição eclesiástica, permitindo que as partes se submetessem voluntariamente aos bispos, dando à decisão episcopal o mesmo valor da decisão de um julgamento comum.<sup>107</sup>

Em matéria penal, nos séculos IV e V, os imperadores romanos reconheceram a competência dos bispos para todas as infrações religiosas e espirituais, ou seja, para tudo aquilo que estivesse relacionado com a fé, os dogmas, os sacramentos e a disciplina no âmbito da Igreja. Posteriormente, diversas matérias conexas aos sacramentos (v.g. no casamento: o divórcio, a ruptura de esponsais, a legitimidade dos filhos, etc.) foram passadas dos tribunais laicos aos tribunais eclesiásticos. Os clérigos passaram a ter foro privilegiado, podendo ser julgados somente pelos tribunais da Igreja, que tinham competência absoluta (em matérias penais ou civis, com algumas exceções).<sup>108 109</sup>

Consoante anota PRADO:

(...) na primeira parte da Idade Média, em decorrência da formação de pequenas comunidades – feudos – comandadas autoritariamente e, sem dúvida, de fato dispostas de

---

<sup>106</sup> A evolução do direito na Europa foi profundamente influenciada pelo renascimento do direito romano, a partir do século XII. Começou na Itália e foi se desenvolvendo na França, na Alemanha, na Polônia, porém, pouquíssimo na Inglaterra. Desta forma, foram formados na Europa, progressivamente, dois tipos de direito: um no continente (e na Escócia), e outro na Inglaterra. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 127-139.

<sup>107</sup> De acordo com GILISSEN, “em cada província romana, havia um arcebispo; em cada *civitas* (que se tornará diocese ou episcopado), um bispo, que tinha sob a sua dependência o clero das paróquias. A competência do bispo era muito extensa; ele era auxiliado, no domínio religioso, por padres e no domínio laico (nomeadamente para a administração dos bens da Igreja) por arqui-diáconos e diáconos.” Idem, *ibidem*, p. 136.

<sup>108</sup> Idem, *ibidem*, p. 140.

<sup>109</sup> As penas canônicas dividiam-se em espirituais e temporais. Entre as penas espirituais estavam a excomunhão, a perda de direitos eclesiásticos, etc.; nas temporais estavam as penas pecuniárias, as de multa, a confiscação de bens, o exílio, a prisão, as penas infamantes, entre outras. Para os eclesiásticos, aplicavam-se a deposição, a degradação, a suspensão, a perda de benefícios, etc. GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição...* Op. cit., p. 86.

forma autônoma frente aos reinos, reduziu-se sobremaneira o papel da justiça, conforme a conheceram os antigos, desmembrando-se o aparato judicial germânico, de modo que, tempos depois, a jurisdição eclesiástica veio a sobressair, acomodada em um poder centralizado e eficientemente distribuído nos mais diversos territórios, ao contrário do poder real.<sup>110</sup>

Assim, entre os séculos X a XIV, com o enfraquecimento do poder real pelo feudalismo e com a decadência das jurisdições laicas, a Igreja atingiu o seu apogeu, de modo que a jurisdição eclesiástica teve um significativo aumento da sua competência, passando a julgar também os particulatres. Julgava, além dos cléricos (regulares e seculares), os cruzados, os membros das universidades<sup>111</sup> (professores e estudantes); as viúvas e os órfãos (quando pedissem proteção); em matéria penal, além das infrações contra a religião (heresia, apostasia, sacrilégio, feitiçaria, simonia, etc.), outras que ofendessem as regras canônicas (usura, adultério, etc.); em matéria civil todas as contestações que envolvessem os benefícios eclesiásticos (rendimentos, bens da Igreja, etc.), o casamento e todos os seus conexos (divórcio, legitimidade dos filhos, etc.), os testamentos (quando tivessem legado a favor da Igreja, etc.); e o descumprimento de promessa feita sob juramento (pois se tratava de uma falta perante Deus).<sup>112</sup>

Como observa GILISSEN, existiram muitos conflitos de jurisdição e muitos abusos, uma vez que a comprovação do estado de eclesiástico se dava por meros elementos aparentes, existindo, dessa forma, casos de cléricos falsos. Em algumas situações havia competência concorrente entre a jurisdição eclesiástica e a jurisdição

---

<sup>110</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.

<sup>111</sup> Até o século XVI todas as universidades eram instituições eclesiásticas. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 140.

<sup>112</sup> GILISSEN assevera que o processo aplicado pelos tribunais eclesiásticos era diverso daquele aplicado pelos tribunais laicos da época. No início, como no antigo direito romano, a autoridade eclesiástica não procedia ao julgamento do caso antes que a queixa lhe fosse apresentada. O processo se dava da seguinte forma: no campo cível, ele era eminentemente escrito, devendo o queixoso fazer o seu pedido por escrito (*libellus*), e entregar para um oficial que, após convocar o réu, lia o *libellus* na presença de ambas as partes, podendo o réu opor exceções. Após o exame destas, o contrato judiciário era fixado pela *litis contestatio*, sendo os efeitos um pouco distintos daqueles do direito romano. Na sequência, as partes apresentavam as provas de suas alegações ao juiz, que poderia impor um juramento litisdecisório (também chamado de juramento purgatório, no qual o réu prestava o juramento para se desculpar ou provar a sua inocência e, caso não o fizesse, era considerada uma confissão de culpabilidade), quando na falta de provas suficientes. No campo penal, o processo permaneceu, inicialmente, dependendo de queixa (estilo acusatório), e se desenvolvia mais ou menos como no cível. Posteriormente, no final do século XII, transformou-se em processo oficioso, no qual o juiz, após tomar conhecimento de uma infração, ordenava a inquirição (estilo inquisitório). *Ibidem*, p. 141, 716.

laica, pois se tratava de infração que ofendia além das regras comuns, as regras canônicas (v.g. adultério, usura, etc.). Os tribunais laicos, por vezes, contestavam a competência dos tribunais eclesiásticos nas matérias referentes aos testamentos e ao descumprimento de promessa, alegando que deveria haver, no mínimo, competência concorrente. Assim, a partir do século XIV, os tribunais eclesiásticos perderam a competência para julgar essas matérias.<sup>113 114</sup>

De início<sup>115</sup>, o sistema processual penal (com algumas especificidades) permaneceu estruturado nos denominados Juízos de Deus (*iudicium Dei*), que se consubstanciavam nas fórmulas do juramento<sup>116</sup> (geralmente destinado para mais abastados), no duelo<sup>117</sup> (destinado para os mais hábeis nas ações agonísticas) e nas ordálias<sup>118</sup> (destinado para o povo em geral).<sup>119</sup> Nesta estrutura, o acusado (em alguns casos também o acusador, terceiros ou animais) era submetido a uma prova e, de acordo com o resultado, o juiz decidiria o conflito. Acreditava-se que o resultado

---

<sup>113</sup> Por vezes, a questão foi resolvida e regulamentada por acordos locais (concordatas) feitos entre a Igreja e o Estado. *Ibidem*, p. 141.

<sup>114</sup> A partir do século XVI, o direito canônico gradativamente deixou de ter a importância que tinha na Idade Média, de modo que sua influência foi limitada às questões religiosas, e a competência dos tribunais eclesiásticos passou a ser cada vez mais restrita. Tal situação se deu por razões internas e externas à Igreja: a Igreja se encontrava dividida pela Reforma; diversos países deixaram de estar sob o domínio de Roma; o Estado laicizou-se, etc. *Idem*, *ibidem*, p. 142.

<sup>115</sup> Como expõe PRADO, os povos germânicos além de influenciarem o direito no restante do continente europeu (principalmente no território dominado pelo Império Romano), acabaram também influenciados pela cultura e pelo direito romano. Desta forma, o direito processual germânico que, de modo geral, era consuetudinário e possuía características acusatórias foi, gradativamente, assimilando e recepcionando o direito romano canônico, o que levou à introdução da Inquisição. PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 79.

<sup>116</sup> No juramento (também chamado de juramento purgatório) o réu jurava para se desculpar ou para provar a sua inocência. Era uma espécie de automaldição, na qual o réu esconjurava contra si graves sanções, para o caso de suas afirmações não serem verdadeiras, e Deus puniria aquele que prestasse falso testemunho. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 716.

<sup>117</sup> No duelo (também chamado de ordálio bilateral) ocorria uma espécie de competição, desafio ou combate entre as partes. Os mais comuns eram: duelo judiciário, no qual as partes combatiam (com espada, paulada, etc.), sendo tido como culpado o que fosse derrotado; a prova da cruz (*iudicium crucis*), na qual as partes deviam ficar de braços estendidos em cruz, diante de uma cruz verdadeira, sendo culpado o que primeiro deixasse os braços cair. *Idem*; BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 25.

<sup>118</sup> Ordália (também conhecida como ordálio unilateral) era a sujeição do acusado a uma determinada prova, onde os sinais biológicos externos revelariam a sua inocência ou a sua culpa, tendo em vista que traduziriam os desígnios divinos. Os mais conhecidos eram: aquele no qual se colocava a mão do acusado em água fervendo, e caso o ferimento fosse curado dentro de um prazo determinado, estava-se diante de um sinal de sua inocência; e a imersão do acusado, com os pés e as mãos atadas uns aos outros, em água gelada, sendo culpado quando submergisse. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 715; BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 24-25.

<sup>119</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 20.

advinha da vontade divina e, por isso, o juiz poderia recorrer a um ente superior (v.g. Deus) para ajudá-lo a fazer justiça.<sup>120</sup>

Contudo, no final do século XII esse sistema passou a ser desacreditado, uma vez que para a decisão poderiam ser utilizadas provas consideradas irracionais que, supostamente, decorriam da manifestação de uma divindade<sup>121</sup>, bem como se entendeu ser inadmissível a utilização de métodos judiciais rudimentares.<sup>122</sup> Desta forma, a Igreja (no IV Concílio de Latrão, em 1215) proibiu<sup>123</sup> os clérigos de realizarem, participarem e utilizarem esses tipos provas<sup>124</sup>, de modo que os Juízos de Deus entraram em declínio, e a epistemologia inquisitória ascendeu definitivamente.<sup>125 126</sup>

Além disso, segundo COUTINHO, a situação começou a mudar quando se viu “impelida pela realidade social e pelo desejo, mola propulsora da humanidade.”<sup>127</sup> A partir do século XI, aproximadamente, com o significativo aumento das caravanas de mercadores, geralmente sob o comando de hebreus e árabes (não-cristãos), começou a surgir entrepostos comerciais, os quais, posteriormente, foram crescendo e se transformando em vilas e burgos.<sup>128</sup>

---

<sup>120</sup> Segundo GILISSEN, o juiz não era obrigado a recorrer a esses tipos de provas, uma vez que poderia admitir outros tipos, tais como testemunhal e documental, havendo, portanto, a coexistência do místico e do racional. Porém, caso o juiz impusesse uma prova, seu papel tornava-se passivo e mecânico, podendo somente constatar o resultado dela. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 715.

<sup>121</sup> Idem.

<sup>122</sup> CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 40; CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 18.

<sup>123</sup> Canône 18, do IV Concílio de Latrão de 1215: “No cleric may pronounce a sentence of death, or execute such a sentence, or be present at its execution. If anyone in consequence of this prohibition (*hujusmodi occasions statuti*) should presume to inflict damage on churches or injury on ecclesiastical persons, let him be restrained by ecclesiastical censure. Nor may any cleric write or dictate letters destined for the execution of such a sentence. Wherefore, in the chanceries of the princes let this matter be committed to laymen and not to clerics. Neither may a cleric act as judge in the case of the Rotarii, archers, or other men of this kind devoted to the shedding of blood. No subdeacon, deacon, or priest shall practice that part of surgery involving burning and cutting. Neither shall anyone in judicial tests or ordeals by hot or cold water or hot iron bestow any blessing; the earlier prohibitions in regard to dueling remain in force.” Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/basis/lateran4.asp>>. Acesso em: 22 out. 2014.

<sup>124</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 17-18.

<sup>125</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 43.

<sup>126</sup> Como anota BACHMAIER WINTER, a introdução de regras probatórias, baseadas em certa racionalidade (v.g. valor da confissão; valor dos testemunhos) supunha um avanço da racionalidade sobre a superstição. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio...* Op. cit., p. 19.

<sup>127</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 20.

<sup>128</sup> Idem, *ibidem*, p. 21.

Com isso, na origem das cidades medievais foi-se desenvolvendo uma intensa atividade comercial e artesanal, que acabou resultando em excedentes rurais, na imigração dos camponeses para a cidade<sup>129</sup>, e no surgimento de importantes núcleos urbanos. Criou-se um novo sistema de trocas, onde as pessoas dependiam umas das outras para sobreviver, pois cada uma produzia algum tipo de bem<sup>130</sup>. Assim, foram criados os ofícios organizados, chamados de Corporações de Ofício, nos quais os indivíduos se associavam para trabalhar em determinada função, para produzirem algum tipo de mercadoria e para negociarem de forma mais eficiente.<sup>131</sup>

O cenário começou a mudar e a vida econômica já não era mais a mesma. O centro não era mais o campo e sim as cidades, que se tornaram interessantes locais para se viver e frequentar. Conseqüentemente, iniciou-se uma nova mentalidade, que além de ligada ao comércio, evoluía em questões culturais, artísticas e religiosas. Conforme expõe LE GOFF, da metade do século XII até metade do XIV, o progresso da cristandade latina e o movimento de urbanização atingiram o seu apogeu, de modo que a atividade econômica chegou ao seu mais alto nível.<sup>132</sup>

Nesse novo ambiente, existiam novas relações comerciais, novos trabalhos, novas possibilidades, novas mercadorias, novas promessas, enfim, uma nova maneira de ver a vida, que era bastante diferente daquela que se tinha nos feudos.<sup>133</sup> As cidades produziam e vendiam o máximo de bens para o consumo urbano, mas a importância da

---

<sup>129</sup> LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. trad. Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 63.

<sup>130</sup> De acordo com LE GOFF eram produtos do comércio: os grãos, o sal, o vinho, os tecidos, os couros, as peles, os minerais e os metais, a madeira, etc. Alguns produtos eram encontrados no comércio de quase todas as cidades, outros, porém, eram encontrados apenas em algumas cidades. *Ibidem*, p. 64.

<sup>131</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 103-116; LE GOFF, Jacques. *O apogeu...* Op. cit., p. 101-102.

<sup>132</sup> LE GOFF, Jacques. *O apogeu...* Op. cit., p. 1.

<sup>133</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 43. O autor destaca que “nell’incipiente XIII secolo, mercato, vita urbana, accentramento monarchico (dove esistono dei re), connotano un ambiente indefinibile secondo l’etica feudal-cavalleresca: allora era tutto relativamente facile (ai collocati nell’élite, beninteso); ognuno era se stesso, secondo rango e prodomie, una ‘virtus’ misurata dalle gesta; l’economia monetaria há sconvolto i valori immettendo una variabile pazza; l’essere costituiva un dato stabile; l’avere flutua; adesso uno è quanto ha. Le qualifiche ‘chevalier’ – ‘vilain’ non coprono più l’intera mappa sociale: una terza, ‘bourgeois’, sta eclissando la prima; sono una fauna generata dal mercato questi borghesi abili nei conti, attenti ai fatti minuti, indaffaratissimi, alieni da ogni disinteressato passo divagante, bestie da denaro con una coscienza che digerisce tutto, e ai cospicui talenti naturali combinano latino nonché pandette imparati all’università. Naturale che forniscano i quadri al nascente Stato amministrativo (...)”.

produção de bens e da atividade comercial variava de acordo com cada cidade.<sup>134</sup>

Como anota LE GOFF:

Sob a égide de uma Igreja que se adapta à evolução e triunfa sobre a ameaça herética, particularmente viva em certos meios urbanos, uma nova sociedade, marcada pelo cunho urbano, manifesta-se num relativo equilíbrio entre nobreza, que participa do movimento urbano mais do que se tem afirmado, burguesia que dá o tono, se não o tom, à sociedade, e classes trabalhadoras, das quais uma parte — urbana — fornece a massa de mão-de-obra às cidades, e a outra — rural — alimenta a cidade e é penetrada por seu dinamismo.<sup>135</sup>

No campo intelectual, o interesse pelo pensamento de Aristóteles e o estudo de suas obras, até então mantidas em sigilo entre os muros das abadias, começaram a crescer e, assim, a influenciar a maneira de pensar daqueles que tinham contato com a sua filosofia, pois trazia ares renovadores e distintos daqueles até então estudados.<sup>136</sup> O saber que nelas continha, parecia mais adequado a esse novo contexto, pois estava voltado para a realidade natural, o que despertou muita curiosidade e interesse nas pessoas.<sup>137</sup>

No campo religioso, começaram a surgir diferentes formas de pensar, diferentes religiões, que eram bastante alheias àquela da Igreja Católica. Deste modo, a Igreja via a estrutura do cristianismo cada vez mais ser abalada e desvirtuada por esses grupos que questionavam a sua doutrina, conturbavam o seu domínio e criticavam as suas “verdades”.

Não obstante, com toda essa transformação na vida urbana, social e religiosa, com a expansão comercial e com a nova realidade vivenciada pela sociedade medieval, surgiram também desigualdades sociais, diferenças entre os indivíduos e, conseqüentemente, o aumento da criminalidade. Diante disto, segundo

---

<sup>134</sup> LE GOFF, Jacques. *O apogeu...* Op. cit., p. 63-64.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>136</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale. Dall'ordalia all' inquisizione*. Rubbettino: Catanzaro, 1999, p. 113.

<sup>137</sup> De acordo com MARCONDES “(...) sobretudo entre os sécs. XII-XIII, o interesse pela obra de Aristóteles, não só filosófica, a metafísica e os tratados de lógica, mas também científica – os tratados de física, biologia, astronomia –, cresce progressivamente. Entretanto, devido ao predomínio quase que exclusivo da tradição platônica cristã, influenciada em grande parte por Santo Agostinho e seus seguidores, bem como em menor escala pela obra de Escoto Erígena e do Pseudo-Dionísio, a penetração do pensamento de Aristóteles é vista como problemática e mesmo herética. Além disso, Aristóteles é conhecido por intermédio das interpretações e traduções árabes, o que o torna duplamente condenável.” MARCONDES, Danilo. *Iniciação...* Op. cit., p. 122.

SORRENTINO, surgiu à necessidade de dar uma resposta uniforme ao crime, a fim de mostrar que ele não escaparia das malhas da justiça. Para tanto, era preciso uma mudança na estrutura processual, pois a antiga estrutura não era mais eficaz.<sup>138</sup> Assim, como observa CORDERO:

A revolução inquisitorial atende exigências comuns aos dois mundos: o eclesiástico, insidiado por heresias, e o civil, onde a expansão econômica gera criminalidade; os interesses a serem protegidos exigem um automatismo repressivo incompatível com as acusações privadas; a cultura jurídica romana agora generalizada impõe decisão técnica; quanto ao método instrutório, não é uma novidade a inquirição de testemunhas ex officio, experimentada desde os “iudicia synodalia” carolíngias.<sup>139</sup>

Nesse passo, no final do século XII, presenciando esse diferente fenômeno social, a Igreja percebeu que o seu domínio encontrava-se em risco, pois a sua doutrina já não era plenamente seguida e respeitada (especialmente nos burgos). Para manter seu poder, passou a agir, criando mecanismos de repressão, de controle e de punição àqueles que fossem contra o que pretendiam impor, considerando aquele que questionasse, se opusesse, negasse ou aderisse outra doutrina ou religião como herege.<sup>140 141</sup>

<sup>138</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia...* Op. cit., p. 132-133.

<sup>139</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 17. [Tradução livre de: “La rivoluzione inquisitoria soddisfa esigenze comuni ai due mondi: l’ecclesiastico, insidiato dalle eresie, e il civile, dove l’espansione economica genera criminalità; gli interessi da tutelare esigono un automatismo repressivo incompatibile con le accuse private; l’ormai diffusa cultura giuridica romana impone decisione tecniche; quanto ao metodo instrutório, non è una novità l’inchiesta testimoniale ex officio, sperimentata fin dalle “iudicia synodalia” carolingi.]

<sup>140</sup> Na concepção da Igreja “herege é quem se apega intransigentemente ao erro, pertinácia essa cuja expressão é a recusa de abjurar” e “por causa da heresia a verdade católica se enfraquece e se apaga nos corações; os corpos e os bens materiais se acabam, surgem tumultos, e insurreições, há perturbação da paz e da ordem pública. De maneira que todo o povo, toda nação que deixa eclodir em seu interior a heresia, que a alimenta, que não a elimine logo, corrompe-se, caminha para a subversão, e pode até desaparecer. (...) Aplicar-se-á, do ponto de vista jurídico, o adjetivo herético em oito situações bem definidas. São heréticos: a) Os excomungados; b) Os simoníacos; c) Quem se opuser à Igreja de Roma e contestar a autoridade que ela recebeu de Deus; d) Quem cometer erros na interpretação das Sagradas Escrituras; e) Quem criar uma nova seita ou aderir a uma seita já existente; f) Quem não aceitar a doutrina romana no que se refere aos sacramentos; g) Quem tiver opinião diferente da Igreja de Roma sobre um ou vários artigos de fé; h) Quem duvidar da fé cristã.” EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum* – Manual dos inquisidores. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993, p. 32-38.

<sup>141</sup> Nesse sentido, NOVINSKI assevera que “as heresias medievais, pondo em dúvida os dogmas do catolicismo e a infalibilidade da Igreja, abalavam o poder e a força da Santa Sé. Além da cruzada religiosa empreendida contra os hereges nos séculos XII e XIII está também a luta contra a ameaça ao poder.” NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 16.

Para LE GOFF a urbanização acelerou a reação da Igreja que, preocupada em formar uma cristandade “pura”, foi excluindo gradativamente os marginais, os estrangeiros, os infiéis e os heréticos. Com isso passou a proibir os cristãos de ter qualquer relação (comercial, de trabalho, afetiva, etc.) com os mercadores judeus, sob pena de serem considerados também hereges, de modo que a proximidade urbana suscitou entre os cristãos uma política de *apartheid*.<sup>142</sup>

Com efeito, segundo BOFF “o herege é aquele que se recusa a repetir o discurso da consciência coletiva, ele cria novos discursos a partir de novas visões da realidade religiosa. Por isso está mais voltado para a criatividade e o futuro do que para a reprodução do passado.”<sup>143</sup> Logo, o herege era tudo o que a Igreja não queria, pois além de atacar o seu bem mais precioso (sua doutrina de fé), poderia influenciar outras pessoas<sup>144</sup> e, por esse motivo, deveria ser perseguido e combatido.

Além disso, a heresia era entendida como uma força perigosa e destrutiva da unidade do reino temporal e espiritual, pois os movimentos e ideias que dela decorriam, causavam prejuízos tanto para a Igreja (v.g. dispersão do rebanho, confusões e questionamentos acerca da fé, etc.) quanto para o Estado (v.g. perturbação da ordem, discórdia, etc.).

Tendo em vista que a religião era base e o fundamento da sociedade feudal, os soberanos acreditavam ser um dever contribuir com a Igreja na eliminação das heresias, pois consideravam que os erros contra a Igreja eram também erros contra o Estado, e ameaçavam a sua unidade. Tal situação resultou na aliança entre Igreja e o Estado, cada qual visando (no fundo) proteger o seu poder e os seus interesses.

Diante disso, no ano de 1184 foi realizado um Concílio em Verona, no qual a Igreja, visando por fim nas contestações aos seus dogmas, uniu-se efetivamente ao poder laico na luta contra a heresia, uma vez que necessitava do auxílio do Estado para que a perseguição e o combate aos hereges surtisse efeito. Para tanto, nomeou bispos (que tinham o título de Inquisidores Ordinários) os quais deveriam visitar as paróquias

---

<sup>142</sup> LE GOFF, Jacques. *O apogeu...* Op. cit., p. 179.

<sup>143</sup> BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 12.

<sup>144</sup> Como observa BOFF, a perseguição aos divergentes já havia ocorrido nos séculos IV e V com a crise do donatismo, no norte da África. Os donatistas eram bastante rigorosos, e sustentavam que a Igreja não deveria perdoar aqueles que tivessem fraquejado nas perseguições de Dioclesiano, bem como deveria considerar inválidos os sacramentos administrados por eles. *Ibidem*, p. 13.

suspeitas de heresia de uma a duas vezes por ano, a fim de descobrir possíveis violadores da unidade cristã.<sup>145</sup>

Em que pese a Inquisição<sup>146</sup> ter sido uma instituição idealizada e dominada pelo Papa, logo, dirigida por uma autoridade supranacional, em todos os países onde atuou<sup>147</sup>, contou com o auxílio e a aprovação dos soberanos.<sup>148</sup> Assim, em 04 de novembro do mesmo ano, o Papa Lúcio III, conjuntamente com o imperador Frederico I (conhecido como Frederico Barbaruiva), promulgou a Bula *Ad Abolendam*, a qual anunciou a perseguição aos hereges<sup>149</sup> e trouxe instruções de como se deveria operar,

---

<sup>145</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 15-16; RUST, Leandro Duarte. Bulas inquisitoriais: *ad abolendam* (1184) e *vergentis in senium* (1199). In: *Revista de História*, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012, p. 133.

<sup>146</sup> A palavra Inquisição originou-se do latim *inquisitione*, que significa inquirir, investigar. Segundo SANTOS, Inquisição é o “antigo tribunal eclesiástico, conhecido também por Santo Ofício, instituído pela Igreja Católica em certos países, para punir, com os mais diversos tipos de suplício, os crimes contra a fé, na ilusão de extirpar os hereges, os judeus e os infiéis.” SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125.

<sup>147</sup> Ainda que decorrente de delegação papal, diversas foram as Inquisições na Europa (v.g. inquisição espanhola, criada no dia 1º de novembro de 1478 pela bula *Exigit Sincerae devotionis affectus*, do Papa Sisto IV; inquisição portuguesa, estabelecida em 23 de maio de 1536 pela bula papal *Cum ad nihil magis*; inquisição romana, reorganizada em 04 de julho 1542 pela bula *Licet ab initio*, do Papa Paulo III) e diversas foram os tribunais de fé (v.g. Veneza; Nápoles; Modena, etc.), cada qual em seu diferente contexto e com suas peculiaridades próprias. Em alguns casos, com uma “quase completa independência de ação em relação à cúria romana (...)” BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10-32.

<sup>148</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 16.

<sup>149</sup> Conforme disposto na bula *Ad Abolendam*: “[1] Para abolir a depravação pervertida das heresias que no tempo presente tem começado a pupular em várias partes do mundo, deve-se provocar o eclesiástico com vigor, através do qual, com o auxílio do poder imperial, não só seja esmagada a insolência dos hereges nos próprios esforços de sua falsidade, mas também a simplicidade da verdade católica, resplandecendo na santa igreja, mostre-a por toda parte purificada de toda maldição de falsos dogmas. [2] Por isso, sustentados com a força de nosso filho caríssimo, Frederico, ilustre imperador dos romanos, sempre augusto, com o habitual conselho de nossos irmãos, [os cardeais], bem como de outros patriarcas, arcebispos e muitos príncipes, que vieram de outras regiões longínquas do império, mediante a promulgação do presente decreto geral, nos erguemos contra os próprios hereges, cuja explicitação de falsidades pervertidas gerou proposições desvirtuadas e, por meio desta constituição, com a autoridade apostólica, condenamos toda a heresia, seja qual for o nome pelo qual é conhecida.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 150]. No original: “Ad abolendam diversam haeresium pravitatem, quae in plerisque mundi partibus modernis coepit temporibus pullulare, vigor debet ecclesiasticus excitari: cum nimirum imperialis fortitudinis suffragante potentia, et haeticorum protervitas in ipsis falsitatis suae conatibus elidatur, et catholicae simplicitas veritatis in Ecclesia Sancta resplendens, eam utique demonstret ab omni execratione falsorum dogmatum expiatam. Ideoque nos, carissimi filii nostri Friderici illustris Romanorum imperatoris semper Augusti, praesentia pariter et vigore suffulti, de communi consilio fratrum nostrorum consilio, necnon aliorum patriarcharum, archiepiscoporum, multorumque principum, qui de diversis mundi partibus convenerunt: contra ipsos haeticos, quibus diversa vocabula diversarum indidit professio falsitatum, praesentis decreti generali sanctione consurgimus, et omnem haeresim,

dispondo que os procedimentos de investigação e punição<sup>150</sup> (v.g. excomunhão, confisco de bens, etc.) eram atribuição da jurisdição dos bispados.<sup>151</sup> Esses

---

quocumque nomine censeatur, per huius constitutionis seriem auctoritate apostolica condemnamus.” ROMANUM, Bullarium. *Bullarum diplomatum et privilegiorum sanctorum romanorum pontificum*. Tomus III – A Lucio III (an. MCLXXXI) ad Clementem IV (an. MCCLXVIII). Francisco Gaude. Augustae Taurinorum: Taurinensis, 1858, p. 20.

<sup>150</sup> De acordo com a bula *Ad Abolendam*: “[8] Aqueles descobertos só pela Igreja em evidente suspeita serão submetidos à mesma sentença, exceto se apresentarem ao julgamento do bispo, segundo a consideração da suspeita e a qualidade da pessoa, a própria inocência, por intermédio da reparação adequada. Também aos que, após a abjuração do erro ou, como dissemos, após terem se purificado [dele] mediante o exame do próprio antistite bispo, forem surpreendidos reincidindo na heresia abjurada, determinamos que sejam entregues ao julgamento secular, sem nenhuma outra [possibilidade] de apelação, e que os bens dos condenados sejam entregues ao clérigo das igrejas aos quais serviam, segundo as sanções legítimas a serem aplicadas. [9] Determinamos que a referida sentença de excomunhão, à qual devem estar submetidos todos os hereges, seja reiterada por todos os patriarcas, arcebispos e bispos nas principais festividades e mantidas em todas as solenidades ou demais ocasiões, para a glória de Deus e a repressão da depravação herética. Se alguém da ordem dos bispos for considerado negligente ou ocioso quanto ao cumprimento desta constituição, por força da autoridade apostólica, ordenamos sua suspensão da dignidade e da administração episcopal pelo espaço de três anos. [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 153]. No original: “Qui vero inventi fuerint sola Ecclesiae suspicione notabiles, nisi ad arbitrium episcopi, iuxta considerationem suspicionis qualitatemque personae, propriam innocentiam congrua purgatione monstraverint, simili sententiae subiacebunt. Illos autem, qui post abiurationem erroris, vel postquam se, ut diximus, proprii antistitis examinatione purgaverint, deprehensi fuerint in abiurata haeresim recidisse, saeculari iudicio sine ulla penitus audientia decernimus relinquendos, bonis damnatorum, Ecclesiis, quibus deserviebant, secundum sanctiones legittimas applicandis. Sane praedictam excommunicationem, cui omnes cupimus haereticos subiaccere, ab omnibus patriarchis, archiepisc., episc. in praecipuis festivitibus, et quoties solemnitates habuerint, vel qualibet occasione, ad gloriam Dei, et reprehensionem haereticae pravitate, decernimus innovari: auctoritate apostolica statuentes, ut si quis de ordine episcoporum negligens in his fuerit vel desidiosus inventus, per triennale spatium ab episcopali habeatur dignitate et administratione suspensus.” ROMANUM, Bullarium. *Bullarum...* Op. cit., p. 21.

<sup>151</sup> Consoante previsto na bula *Ad Abolendam*: “[10] A isto, por conselho dos bispos e recomendação do cume imperial e de seus príncipes, acrescentamos que qualquer arcebispo ou bispo, por si mesmo, ou por seu arqui-diácono ou por outras pessoas honestas e idôneas, uma ou duas vezes ao ano, percorra a própria paróquia na qual tenha a notícia de que aí vivem hereges, e aí obrigue a três ou mais homens de bem, ou ainda, se parecer proveitoso, a toda a vizinhança, a jurar que se esforçarão para indicar ao bispo ou ao arqui-diácono os que se sabe são hereges ou os que celebram reuniões secretas ou os que se afastam do convívio habitual, da vida e dos costumes dos fiéis. Que o bispo ou o arqui-diácono convoque os acusados à sua presença, os quais devem ser punidos segundo o julgamento dos bispos, exceto se tiverem se purificado da acusação imputada mediante o julgamento deles e segundo o costume do lugar ou, se após terem se purificado, forem relapsos reincidindo na perfídia anterior. Se alguns deles, movidos por superstição condenável, recusando o juramento, talvez, se negarem a prestá-lo, que sejam considerados por isto como hereges e submetidos às penas que foram relacionadas acima. [11] Além disso, determinamos que os condes, barões, rectores e cônsules das cidades e de outros lugares, conforme a admoestação dos arcebispos e bispos, mediante juramento prestado pessoalmente, prometam auxiliar fiel e eficazmente a Igreja contra os hereges e seus cúmplices, em tudo que foi [aqui] mencionado, quando forem requisitados; e de boa fé se empenharão em executar todos os estatutos eclesiásticos e imperiais que ditamos, conforme o seu ofício e poder. Mas, se não quiserem observar isto, que sejam destituídos da honra que gozam e de modo algum não obtenham outra e que sejam ligados pela excomunhão e que as terras deles estejam sob o interdito imposto pela Igreja. A cidade que resistir a cumprir estas decretais estabelecidas ou, contrariando a

procedimentos (*inquisitiones*), apesar de terem sido instituídos pelo Papa, “estavam politicamente constituídos como uma instituição episcopal” e, por isso, “formavam uma descentralizada e intrincada rede de poderes particulares e interesses locais.”<sup>152</sup>

Além disso, a decretal enumerou uma lista de hereges que deveriam ser perseguidos e condenados (v.g. cátaros, patarinos, passaginos, etc.), uma vez que, segundo a bula, pregavam proibidos ou sem serem “enviados”, bem como não haviam recebido a autoridade da Sé Apostólica ou do bispo do lugar.<sup>153</sup> Declarou também

---

exortação do bispo, negligenciar a punir os que se lhes opõem, estará impedida de comercializar com os vizinhos, saiba que será privada da dignidade episcopal. Também determinamos que todos os partidários dos hereges sejam condenados em infâmia perpétua bem como sejam excluídos da assistência judiciária, de prestar testemunho e de outros ofícios públicos. Entretanto, com base na lei, se houver alguém que esteja isento da jurisdição diocesana, submeta-se apenas ao poder da Sé Apostólica, naquilo que acima foi decretado contra os hereges, todavia, esteja submisso e acate o julgamento dos arcebispos e dos bispos e nesse aspecto, como se fossem delegados da Sé Apostólica, não obstante os privilégios de sua isenção.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 154-155]. No original: “Ad haec de episcopali consilio, et suggestionem culminis imperialis et principum eius, adiecimus, ut quilibet archiepiscopus vel episcopus, per se vel archidiaconum, suum, aut per alias honestas idoneasque personas, bis vel semel in anno, parochiam in qua fama fuerit haereticos habitare, circumeat; et ibi tres vel plures boni testimonii viros, vel etiam, si expedire videbitur, totam viciniam iurare compellat, quod si quis ibidem haereticos scierit, vel aliquos occulta conventicula celebrantes, seu a communi conversatione fidelium vita et moribus dissidentes, eos episcopo vel archidiacono studeat indicare. Episcopus autem vel archidiaconus ad praesentiam suam convocet accusatos; qui nisi se ad eorum arbitrium iuxta patriae consuetudinem ab obiecto reatu purgaverint, vel si post purgationem exhibitam in pristinam fuerint relapsi perfidiam, episcoporum iudicio puniantur. Si qui vero ex eis iurationem superstitione damnabili respuentes, iurare forte noluerint: ex hoc ipso haeretici iudicentur, et poenis quae praenominatae sunt percillantur. Statuimus insuper, ut comites, barones, rectores, consules civitatum, et aliorum locorum iuxta commonitionem archiepiscoporum et episcoporum, praestito corporaliter iuramento promittant, quod in omnibus praedictis fortiter et efficaciter, cum ab eis exinde requisiti, Ecclesiam contra haereticos et eorum complices adiuvant, et studebunt bona fide, iuxta officium et posse suum, ecclesiastica similiter et imperialia statuta circa ea, quae diximus, executioni mandare. Si vero id observare noluerint, honore, quem obtinent, spolientur; et ad alios nullatenus assumantur: eis nihilominus excommunicatione ligandis, et terris ipsorum interdicto Ecclesiae supponendis. Civitas autem, quae his decretalibus institutis duxerit resistendum, vel contra commonitionem episcopi punire neglexerit resistentes: aliarum careat commercio civitatum, et episcopali se noverit dignitate privandam. Omnes etiam fautores haereticorum tanquam perpetua infamia condemnatos, ab advocacione et testimonio, et aliis publicis officiis, decernimus repellendos. Si qui vero fuerint, qui a lege diocesanae iurisdictiones exempti, soli subiaceant Sedis Apostolicae potestati: nihilominus in his quae superius sunt contra haereticos iustituta, archiepiscoporum vel episcoporum subeant iudicium: et eis in hac parte, tanquam a Sede Apostolica delegatis, non obstantibus libertatis suae privilegiis, obsequantur.” ROMANUM, Bullarium. *Bullarum...* Op. cit., p. 21-22.

<sup>152</sup> RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 133.

<sup>153</sup> Conforme exposto na bula *Ad Abolendam*: “[3] Portanto, inicialmente determinamos que Cátaros, Patarinos, aqueles que são designados pelo falso nome de Humilhados ou Pobres de Lyon, Passaginos, Josefinos e Arnaldistas sejam submetidos ao anátema perpétuo. [4] E porque alguns deles, sob a aparência de piedade e denegrindo a virtude, conforme diz o Apóstolo, reivindicam para si a autoridade para pregar, mesmo quando o mencionado Apóstolo disse ‘Como pregarão, se não foram enviados?’, [condenamos] todos que, proibidos ou não foram enviados, ousarem pregar publicamente

sanções para aqueles que, de alguma maneira, contribuísem com os hereges.<sup>154 155</sup>

Neste sentido, conforme expõe RUST:

---

ou em privado, sem ter recebido a autoridade da Sé Apostólica ou do bispo do lugar. [5] E ligamos com o vínculo do anátema perpétuo todos que não temem sentir ou ensinar algo diferente do que a sacrossanta Igreja Romana prega e observa quanto aos sacramentos do Corpo e do Sangue de nosso Senhor Jesus Cristo, do batismo, da confissão dos pecados, do matrimônio ou dos demais sacramentos eclesiásticos. E em geral [ligamos com o mesmo vínculo] quem quer que tenha sido julgado herege pela mesma Igreja Romana ou por cada bispo em sua diocese, aconselhado pelos clérigos, ou pelos próprios clérigos, caso a sé episcopal esteja vacante, e, se for oportuno, aconselhado pelos bispos das dioceses vizinhas.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 151]. No original: “In primis ergo Catharos et Patarinos, et eos qui se Humiliatos vel Pauperes de Ludguno, falso nomine mentiuntur, Passaginos, Iosephinos, Arnaldistas, perpetuo decernimus anathemati subiacere. Et quoniam nonnulli sub specie pietatis, virtutum eius, iuxta quod ait Apostolus, denegantes, auctoritatem sibi vindicant praedicandi, cum idem Apostolus dicat: Quomodo praedicabunt, nisi mittantur? (1) omnes qui vel prohibiti, vel non missi, praeter auctoritatem ab Apostolica Sede, vel episcopo loci susceptam, publice vel privatim praedicare praesumpserint. Et universos, qui de sacramento Corporis et Sanguinis Domini nostri Iesu Christi, vel de baptisate, sen peccatorum remissione, aut de matrimonio, vel de reliquis ecclesiasticis sacramentis, aliter sentire aut docere non metuunt, quam sacrosanta Romana Ecclesia praedicat et observat: et generaliter quoscumque eadem Romana Ecclesia, vel singuli episcopi per dioceses suas, cum consilio clericorum, vel clerici ipsi, sede vacante, cum consilio, si oportuerit, vicinorum episcoporum, haereticos iudicaverint, pari vinculo perpetui anathematis innodamus.” ROMANUM, Bullarium. *Bullarum...* Op. cit., p. 20-21.

<sup>154</sup> De acordo com a bula *Ad Abolendam*: “[6] Também ordenamos que se enquadrem na mesma sentença todos os seus acolhedores e protetores, e todos que, de alguma forma, oferecerem algum apoio ou ajuda aos mencionados hereges, com o propósito de fomentar sobre eles a depravação herética, [e igualmente] os consolados, ou crentes, ou perfeitos ou quaisquer outros nomes supersticiosos pelos quais são chamados. [7] Posto que, às vezes, na verdade, acontece que a severidade da disciplina eclesiástica contribui em estímulos para o pecado quando é promovida pelos que não compreendem sua virtude, determinamos pela presente ordenação, quanto àqueles que manifestamente foram surpreendidos em heresia, se for clérigo ou se estiver sob a proteção de qualquer ordem religiosa, que seja despojado da prerrogativa de toda ordem eclesiástica, destituído de todo ofício e benefício eclesiástico e entregue ao julgamento do poder secular para ser punido com a pena adequada, exceto se, imediatamente após o erro ter sido descoberto, ele retornar espontaneamente à unidade da fé católica, consentir em abjurar publicamente de seus erros perante o julgamento do bispo local e cumprir com a satisfação correspondente. Por sua vez, o leigo que tiver sido maculado com alguns dos delitos, notórios ou privados, das mencionadas pestes, deve ser conduzido ao julgamento do juiz secular para receber a punição devida à qualidade das más ações, exceto se, conforme foi dito antes, tiver abjurado da heresia e cumprido com a satisfação correspondente, logo que regressou à fé ortodoxa. [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 152]. No original: “Receptores et defensores eorum, cunctosque pariter qui praedictis haereticis ad fovendam in eis haeresis pravitatem, patrocinium praestiterint aliquod, vel favorem sive consolati, sive credentes, sive perfecti, seu quibuscunque superstitionis nominibus nuncupentur, simili decernimus subiacere sententiae. Quia vero peccatis exigentibus quandoque contigit, ut ecclesiasticae severitatis disciplinae, ab iis qui virtutem eius non intelligunt, contemnatur: praesenti nihilominus ordinatione sancimus, ut qui manifeste fuerint in supradictis erroribus deprehensi, si clericus est, vel cuiuslibet religionis obumbratione fucatus, totius ecclesiastici ordinis praerogativa nudetur: et sic omni pariter officio et beneficio ecclesiastico spoliatus, saecularis reliquatur arbitrio potestatis, animadversione debita puniendus, nisi continuo post deprehensionem erroris ad fidei catholicae unitatem sponte recurrere, et errorem suum, ad arbitrium episcopi regionis, publice consenserit abiurare, et safistationem congruam exhibere. Laicus autem, quem aliqua praedictarum pestium notoria vel privata culpa resperserit, nisi, prout dictum est, abiurata haeresi, et

(...) a bula declarou sanções não somente contra a heresia em si, mas direcionadas a um espectro maior de comportamentos dissidentes. Não bastava endireitar uns poucos espíritos desviantes. Era preciso desbaratar o nicho que os abrigava, arrancar em toda extensão as raízes de sua “insolência e falsidade”. Por isso as penas canônicas deveriam recair também sobre os “acolhedores e protetores, todos que de alguma forma oferecessem apoio ou favor aos mencionados hereges”, e a classificação como herege deveria tingir todos que se negassem a jurar o que fosse exigido pelo arbítrio do bispo.<sup>156</sup>

Destarte, a *Ad Abolendam* não foi um mero documento papal: ela “emergia da autoridade imperial, seu texto expressa a interpenetração medieval dos poderes temporal e espiritual. Tratava-se por assim dizer, de uma ‘bula do imperador’, não exclusivamente do pontífice: um estatuto simultaneamente imperial e eclesiástico”.<sup>157</sup>

Ainda que se não possa precisar o momento exato em que a Inquisição foi estabelecida<sup>158</sup>, pois foi produto de uma longa evolução na qual a Igreja e o papado sentiram seu poder ameaçado<sup>159</sup>, a *Ad Abolendam* constituiu a primeira medida adotada contra os hereges na Europa.<sup>160</sup>

Em que pese os esforços do papado para a eliminação da heresia e para a implementação dessa decretal, ele não logrou muito êxito, uma vez que não conseguiu

satisfactione exhibita, confestim ad fidem confugerit orthodoxam, saecularis iudicis arbitrio reliquantur, debitam recepturus pro qualitate facinoris ultionem.” ROMANUM, Bullarium. *Bullarum...* Op. cit., p. 21.

<sup>155</sup> Como observa ALESSI, com essa decretal, Lúcio III tornou mais incisivo os poderes de intervenção episcopal no combate e repressão da heresia, admitindo que o processo fosse iniciado com base em qualquer suspeita de delito que viessem a ter os homens das dioceses. ALESSI, Giorgia. *Il processo penale: profilo storico*. 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. 36.

<sup>156</sup> RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 134.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>158</sup> Consoante expõe BOFF, a Inquisição surgiu quando “o imperador Frederico II lançou editos de perseguição a os hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O Papa Gregório IX, temendo as ambições políticos-religiosas do imperador, reivindicou para si a tarefa e instituiu inquisidores papais. Estes foram recrutados entre os membros da ordem dos dominicanos (a partir de 1233), seja por sua rigorosa formação teológica (eram tomistas), seja também pelo fato de serem mendicantes e por isso presumivelmente desapegados de interesses mundanos.” BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 13.

<sup>159</sup> Conforme expõe NOVINSKY, “durante o século XIII e enquanto a Espanha não estava unida politicamente, a Inquisição medieval atuou apenas em alguns bispados, não tendo até o fim do século XV nenhuma penetração no reino de Castela. Com a união das Coroas de Aragão e Castela, levanta-se a bandeira da unificação política, para cuja realização os reis católicos Fernando e Isabel alegam a necessidade da unificação religiosa. Sob este pretexto, exige-se a eliminação das minorias culturais – os árabes e judeus.” NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 15-20.

<sup>160</sup> SORRENTINO, Tommaso. *Storia...* Op. cit., p. 165.

fazê-la penetrar de maneira efetiva nos domínios da política.<sup>161</sup> Assim, a imperfeição e a ineficácia dos meios de contenção da heresia não impediram a sua propagação, o que foi ameaçando gradativamente mais os eclesiásticos, que se viam obrigados a tomar outras medidas.<sup>162</sup>

Nesse entendimento, NOVINSKY assevera que “apesar do controle da Igreja, não foi possível conter a difusão das heresias, principalmente dos cátaros ou albigenses, contestadores dos dogmas da Igreja e que no sul da França constituíram-se numa espécie de Igreja contra a Igreja de Roma.”<sup>163</sup> Diante disso, a Santa Sé passou a tomar medidas mais severas para a contenção das heresias.<sup>164</sup>

Com efeito, Inocêncio III<sup>165</sup> (após assumir o papado em 1198) verificando a difusão das heresias e sentindo cada vez mais o enfraquecimento da autoridade da Igreja editou, em 25 de março de 1199, a bula *Vergentis in Senium*.<sup>166</sup> Por ela, o papado fez uma confirmação prática das regras estipuladas pela bula *Ad Abolendam*, e “atuou como continuador direto das decisões outrora proclamadas por Lúcio III”.<sup>167 168</sup>

---

<sup>161</sup> RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 137.

<sup>162</sup> LEA, Henry Charles. *A history of the inquisition of the middle ages*. v. 1. New York: Harper & Brother, 1887, p. 305.

<sup>163</sup> NOVINSKY, Anita Waingort. *A inquisição...* Op. cit., p. 16.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> Seu nome de nascimento era Lottario dei Conti di Segni. Antes de ser Papa e adotar o nome de Inocêncio III, era conhecido como Lottario di Segni.

<sup>166</sup> Conforme observa RUST, essa decretal carregava as marcas da educação de Inocêncio III, pois possuía uma linguagem pastoral característica do círculo eclesiástico formado em Paris. RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 138.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>168</sup> Não obstante, segundo RUST “(...) um ângulo de observação cada vez mais promissor para o estudo de documentos como a *Ad Abolendam* e a *Vergentis in Senium* parece ser o de tratá-los como mediadores sociais, que, como tal, devem ter seu significado histórico avaliado a luz da incidência de diversos fatores juridicamente decisivos, quíça proeminentes em relação às lógicas das práticas escriturísticas. (...) as inquisições não foram criações alheias à vida social comum, como se tivessem sido instrumentos de um terror excepcional, chamado à vida por instituições triunfantes e imposto ‘dos pináculos do poder’ sobre o tecido do convívio coletivo. As práticas inquisitoriais medievais não eram tentáculos de uma esfera majestática superior, que desfigurava as relações sociais para melhor dominá-las do alto, de fora. Não. Elas decorriam de vastos movimentos sociológicos, resultavam da interação social: para o historiador a repressão inquisitorial pressupõe uma sociedade repressora, mais do que algum gênio malévolo. As engrenagens repressoras da *inquisitio* devem ser restituídas à ordem social que as abrigava. (...) Não se trata de eximir os govenos pontifícios deste passado ou empurrá-los para o fundo de contextos que nos façam perder de vista sua condição de promotores da violência. Tampouco de agraciá-los com uma ‘lenda branca da Inquisição’. Trata-se, mais do que antes, de encará-los como partes dos horizontes maiores de uma história social e política de repressão. Vê-los como integrantes dos processos históricos e não como seus artífices soberanos, senhores dos comportamentos coletivos, instâncias capazes de reger épocas inteiras de cima, do alto de

Diferentemente da anterior, o texto da decretal de Inocêncio III (que objetiva por fim na incansável luta contra a heresia), soava como uma homilia<sup>169</sup>, trazia de maneira poética e envolvente, com um discurso moral e de ódio, o dever de perseguir e exterminar os considerados inimigos e traidores da fé cristã (os hereges) que, segundo ela, seriam os responsáveis por corromper, dissolver e deteriorar o mundo e os frutos da vinha do Senhor.<sup>170</sup>

---

sua alegada autoridade. (...) Se quebrarmos o encantamento deste olhar que nos remete sempre à imagem de um ‘self-supporting body’ e explorarmos a constelação das forças sociológicas e políticas que envolviam as ações repressoras, descobriremos cenários históricos dinâmicos, amiúde muito instáveis, quiça imprevisíveis.” Ibidem, p. 146-149. Ainda, conforme observa GONZAGA “a Inquisição, enquanto instituição humana, nasceu e permaneceu imersa no mundo que a envolvia, que a explica e que a modelou. Logo, sem conhecer esse mundo, não poderemos julgá-la. (...) a inteira Justiça, tanto a comum como a eclesiástica, esteve sob a influência de um complexo de fatores, que criavam toda uma peculiar formação cultural. Eram condições culturais, políticas, sociais, econômicas, religiosas, científicas, que moldavam certo estilo de vida, muito diferente do nosso.” GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição...* Op. cit., p. 20.

<sup>169</sup> RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 138.

<sup>170</sup> Conforme disposto na bula *Vergentis in Senium*: “[1] A corrupção do mundo que avança para a velhice não faz apenas elementos corrompidos exalarem, mas igualmente extingue em um vazio a digníssima reunião dos que foram criados à imagem e à semelhança do Criador, privilégio cuja dignidade superior é testemunhada pelas aves do céu e pelos animais de toda terra, mas que deteriora e é deteriorada pela áspera inação da velhice. De fato, o muito miserável homem peca ao extremo, e quem não pôde, em si e na criação do mundo, permanecer no paraíso, dissemina a dissolução à sua volta e no mundo: esquece o preço de sua redenção levado por razões mundanas, enquanto se deixa envolver com os laços de questões variadas e vãs, ata a si mesmo com os nós de suas fraudes e precipita-se num fosso que ele próprio cava. Eis, com efeito, o rebento iniquo semeando para o inimigo do homem sobre a colheita do Senhor, eis que as searas germinam, ou melhor, são poluídas com cizânia, o trigo seca e evanesce em palhas, a traça e a raposa se põem em ação para destruir a flor e o fruto da vinha do Senhor. [2] Portanto, sob o Novo Testamento, a nova prole de Acor rouba a cunha de ouro e o manto, espólios de Jericó; Abirão, Datã e os detestáveis descendentes de Coré desejam adorar novos altares com novos incensos de novos turibulos, enquanto a noite indica a sabedoria à outra noite, enquanto o cego oferece-se para guiar o cego, enquanto as heresias pululam e quem oferece a herança divina, desprovido dela, se torna herege, herdeiro de sua heresia e condenação. Estes são os taberneiros que misturam água com o vinho e misturam o veneno do dragão no cálice de ouro da Babilônia, conservando, segundo o Apóstolo, aparentando uma espécie de piedade, mas negando por completo a sua virtude. No entanto, contra tais raposinhas que, de fato, possuem diversas aparências, embora todas estejam mutuamente unidas pelas caudas, já que se reúnem levadas pela vaidade deste mesmo propósito, em diferentes ocasiões, inúmeros predecessores nossos tomaram medidas, mas não ao ponto de ter podido aniquilar a peste mortífera, sobretudo contra este câncer que se espalhou amplamente de modo oculto e que, agora, abertamente derrama a iniquidade de seu veneno, enquanto, sob a forma farsesca de religião engana muitos homens simples e seduz alguns astutos, transformando num mestre do erro quem não tinha sido um discípulo da verdade.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 156-157]. No original: “Vergentis in senium saeculi corruptelam non solum sapiunt elementa corrupta, sed etiam dignissima creaturarum ad imaginem et similitudinem condita Conditoris, praelata privilegio dignitatis volucris coeli et bestiis universae terrae testatur; nec tantum eo quasi deficiente jam deficit, sed et inficit et inficitur scabra rubigine vetustatis. Peccat enim ad extremum homo miserrimus; et qui non potuit in sui et mundi creatione in paradiso consistere, circa sui et orbis dissolutionem degenerat, et pretii suae redemptionis circa fines saeculorum oblitus, dum variis ac vanis quaestionum se nexibus ingerit, se

Assim, com a bula *Vergentis in Senium*, foi preparado, efetivamente, o terreno da repressão canônica, uma vez que além de se permitir medidas mais severas contra aqueles que colaborassem, defendessem, acolhessem, ou fossem adeptos dos hereges<sup>171</sup>, equiparou-se a heresia ao crime de lesa-majestade (que era o crime mais

---

ipsum laqueis suae fraudis innectit, et incidit in foveam quam paravit. Ecce etenim inimico homine messi Dominicae superseminante semen iniquum, segetes in zizania pullulant, vel potius polluuntur, triticum arescit, et evanescit in paleas, in flore tineas et vulpes in fructu demoliri vineam Domini molliuntur. Nova siquidem sub novo testamento Achor progenies ex spoliis Jericho lingulam auream palliolum que furatur, Abyron, Dathan et Chore soboles detestanda novis thuribus fermentatum thymiana novis volunt altaribus adolere, dum nox nocti scientiam indicat, dum caecus praebet caeco ducatum, dum haereses pullulant et quem divinae reddit hereditatis expertem, suae constituit haereticus haeresis et damnationis haerem. Hi sunt caupones, qui aquam vino commiscunt et virus draconis in aureo calice Babylonis propinant, habentes, secundum Apostolum, speciem pietatis, virtutem autem eius penitus abnegantes. Licet autem contra vulpes hujusmodi parvulas, species quidem habentes diversas, sed caudas adinvicem colligatas, quia de vanitate conveniunt in idipsum, diversa praedecessorum nostrorum temporibus emanaverint instituta: nondum tamen usque adeo pestis potuit mortificari mortifera, quin sicut cancer amplius serperet in occulto et jam in aperto suae virus iniquitatis effundat, dum palliata specie religionis et multos decipit simplices et quosdam seducit astutos; factus magister erroris, qui non fuerat discipulus veritatis.” INOCENTII III. *Romani pontificis, opera omnia, tomis quatuor distributa*. Tome I. Lutetia Parisiorum: J. P. Migne, 1855, p. 537-538.

<sup>171</sup> De acordo com a bula *Vergentis in Senium*: “[3] De fato, nós, que, por assim dizer, por volta da undécima hora, como o pai de família do evangelho, fomos designados para estar entre os lavradores ou, melhor, na verdade, acima dos lavradores das vinhas do Senhor Deus, e a quem, por ofício pastoral, as ovelhas de Cristo foram confiadas, a fim de que não sejamos vistos como incapazes de capturar as raposas que estão destruindo a vinha do Senhor, nem afastar os lobos das ovelhas – e por essa razão poderíamos ser merecidamente chamados de cachorros mudos, incapazes de latir e sermos comparados a maus lavradores e a um mercenário – nós autorizamos medidas um tanto severas contra os defensores, acolhedores, colaboradores e adeptos dos hereges; para que, dessa forma, aqueles que por si não podem ser reconduzidos ao caminho da retidão, sejam, entretanto, confundidos pela condição de seus defensores, acolhedores, colaboradores e adeptos, e quando eles se virem, repelidos por todos, que desejem se reconciliar na unidade de todos. [4] Portanto, de acordo com a sugestão consensual de nossos irmãos, [os cardeais], e igualmente, com o assentimento dos arcebispos e bispos presentes nesta Sé Apostólica, proibimos com todo rigor que, de maneira nenhuma, ninguém se atreva, de algum modo, a acolher os hereges, defendê-los, favorecê-los ou apoiá-los; se alguém se atrever a fazer algumas dessas coisas, a não ser que se empenhe em ratificar sua ousadia, após ser avisado pela primeira e segunda vez, mediante este decreto, por força do próprio direito, estabelecemos firmemente que seja considerado infame e não seja aceito para exercer cargos públicos ou tomar parte nos conselhos citadinos ou participar das eleições para tais cargos e tampouco seja admitido como testemunha. Que igualmente seja incompetente para testemunhar nem tenha direito à sucessão hereditária. Ademais, que ninguém seja obrigado a atender-lhe nas obrigações de quaisquer negócios. Caso se trate de um juiz, que sua sentença não tenha valor algum, nem causa alguma seja apresentada ao seu tribunal. Se for advogado, que de modo algum seja aceito para defender. Se for tabelião, que os documentos redigidos por ele careçam de todo efeito e sejam condenados juntamente com seu autor já condenado. Em casos semelhantes, também ordenamos a observância do mesmo [modo de proceder]. Se for clérigo, que seja deposto de todo cargo e benefício, a fim de que naquele em que há maior culpa, sofra uma punição mais severa. [5] Se alguém desprezar o dever de evitar o contato com tais pessoas, após terem sido declaradas culpadas pela Igreja, saiba que incorre em sentença de anátema. Nas terras submetidas a nossa jurisdição temporal, ordenamos que os bens dos hereges sejam confiscados e nos demais territórios estabelecemos que se faça o mesmo, por intermédio dos poderes e dos príncipes seculares, os quais, acaso se mostrem negligentes em executar

grave daquela época). Segundo o texto da decretal, ofender a majestade eterna seria mais grave que ofender a majestade temporal.<sup>172</sup>

---

essa ordem, queremos e ordenamos que sejam compelidos a cumpri-la, mediante castigos eclesiásticos, sem haver possibilidade de apelação. Que não sejam, posteriormente, devolvidos a tais hereges os seus bens, a não ser que alguém queira usar de misericórdia para com os que tiverem se convertido de coração e renegado a companhia dos hereges, para que, ao menos, o castigo temporal puna o que não se corrige por força das punições espirituais.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 158-160]. No original: “Ne autem nos, qui licet circa horam undecimam inter operarios immo verius super operarios vineae Domini Sabaoth sumus a Patrefamilias evangelico deputati, et quibus ex officio pastoralis sunt oves Christ commissae, nec capere vulpes demolientes vineam Domini nec arcere lupos ab ovibus videamur, et ob hoc merito vocari possimus canes muti non valentes latrare, ac perdamur cum malis agricolis et mercenario comparemur: contra defensores, receptatores, fautores et credentes haereticorum aliquid severius duximus statuendum; ut qui per se ad viam rectitudinis revocari non possunt, in suis saltem defensoribus, receptatoribus et fautoribus ac etiam credentibus confundantur; et cum se viderint ab omnibus evitari, reconciliari desiderent omnium unitati. De communi ergo fratrum nostrorum consilio, assensu quoque archiepiscoporum et episcoporum apud sedem apostolicam existentium, districtius inhibemus ne quis haereticos receptare quomodolibet vel defendere, aut ipsis favere vel credere quoquomodo praesumat; praesenti decreto firmiter statuentes ut, si quis aliquid horum facere forte praesumpserit, nisi primo secundoque commonitus a sua super hoc curaverit praesumptione cessare, ipso jure sit factus infamis nec ad publica officia vel consilia civitatum nec ad eligendos aliquos ad hujusmodi nec ad testimonium admittatur. Sit etiam intestabilis nec ad haereditatis successionem accedat. Nullus praeterea ipsi cogatur super quocunque negotio respondere. Quod si forsitan iudex exstiterit, ejus sententia nullam obtineat firmitatem nec causae aliquae ad ejus audientiam perferantur. Si fuerit advocatus, ejus patrocinium nullatenus admittatur. Si tabellio, instrumenta confecta per ipsum nullius penitus sint momenti, sed cum auctore damnato damnentur. In similibus etiam idem praecipimus observari. Si vero clericus fuerit, ab omni officio et beneficio deponatur; ut in quo major est culpa, gravior exerceatur vindicta. Si quis autem tales, postquam ab Ecclesia fuerint denotati, contempserit evitare, anathematis se noverit sententiam incurrisse. In terris vero temporali nostrae jurisdictioni subjectis, bona eorum statuimus publicari. Et in aliis idem fieri praecipimus per potestates et principes saeculares; quos ad id exsequendum, si forte negligentes exstiterint, per censuram ecclesiasticam appellatione post posita compelli volumus et mandamus. Nec ad eos bona ipsorum ulterius revertantur, nisi eis ad cor redeuntibus et abnegantibus haereticorum consortium aliquis voluerit misereri; ut temporalis saltem poena corripiat, quem spiritualis non corrigit disciplina.” INOCENTII III. *Romani...* Op. cit., p. 538-539.

<sup>172</sup> Conforme exposto na bula *Vergentis in Senium*: “[6] Quanto aos culpados pelo delito de lesa-majestade, que sejam punidos, em conformidade com os castigos legais, isto é, seus bens sejam confiscados, e que a vida de seus filhos seja poupada somente por misericórdia: ora, quanto mais os que se distanciam da fé do Senhor, ofendendo a Jesus Cristo, Filho de Deus, sejam separados de nossa cabeça, Cristo, por sentença eclesiástica, e despojados de bens temporais, pois não é mais grave ofender a majestade eterna do que a temporal? Nem de modo algum seja impedida [a aplicação] do rigor deste castigo dos ortodoxos, sob o pretexto de certa aparência de misericórdia no tocante aos filhos daquele que perdeu seus bens, pois, segundo o julgamento divino, em muitas circunstâncias, também estes sofrem temporalmente por causa de seus pais e, conforme as penas canônicas, algumas vezes, o castigo recai não apenas sobre os criminosos, mas também sobre a descendência dos que forem condenados.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad abolendam...* Op. cit., p. 161]. No original: “Cum enim, secundum legitimas sanctiones, reis laesae majestatis punitis capite, bona confiscantur ipsorum, eorum filiis vita solummodo ex misericordia conservata; quanto magis, qui, aberrantis in fide Deum Dei Filium Jesum Christum offendunt, a capite nostro, quod est Christus, ecclesiastica debent districtione praecidi, et bonis temporalibus spoliari, cum longe sit gravius aeternam quam temporalem laedere majestatem? Nec hujusmodi severitatis censuram orthodoxorum etiam exhaereditatio filiorum, quasi cujusdam miserationis praetextu debet ullatenus

Em 1215, Inocêncio III visando, dentre outras coisas, garantir a efetividade e a uniformidade dos editos contra os hereges, convocou o IV Concílio de Latrão, no qual se estabeleceu a obrigatoriedade da confissão privada anual<sup>173</sup>, o caráter supérfluo da acusação formal e a supervalorização dos indícios das suspeitas.<sup>174</sup>

A confissão anual, que era legitimada pelo argumento de absolvição dos pecados e salvação da alma, visava obter informações sobre casos de heresia, uma vez que o indivíduo ao se confessar deveria contar tudo que se passava consigo (tudo o que tinha feito de ruim, de mal, seus pecados, etc.), como também tudo o que acontecia ao seu redor (com as outras pessoas). Desta forma, a confissão era uma espécie de canal de informação, onde a Igreja angariava informações sobre o andamento da comunidade, para saber quem eram os possíveis hereges, que deveriam ser perseguidos.<sup>175</sup>

Assim, pouco a pouco, é criado o novo sistema: em 1231<sup>176</sup>, com a bula *Excommunicamus*, do Papa Gregório IX<sup>177</sup>, são constituídos os Tribunais da

impedire, cum in multis casibus etiam secundum divinum iudicium filii pro patribus temporaliter puniantur, et juxta canonicas sanctiones quandoque feratur ultio non solum in auctores scelerum, sed et in progeniem damnatorum. Decernimus ergo, etc., nostrae inhibitionis et constitutionis, etc.” INOCENTII III. *Romani...* Op. cit., p. 539.

<sup>173</sup> Cânone 22, do IV Concílio de Latrão de 1215: “All the faithful of both sexes shall after they have reached the age of discretion faithfully confess all their sins at least once a year to their own (parish) priest and perform to the best of their ability the penance imposed, receiving reverently at least at Easter the sacrament of the Eucharist, unless perchance at the advice of their own priest they may for a good reason abstain for a time from its reception; otherwise they shall be cut off from the Church (excommunicated) during life and deprived of Christian burial in death. Wherefore, let this salutary decree be published frequently in the churches, that no one may find in the plea of ignorance a shadow of excuse. But if anyone for a good reason should wish to confess his sins to another priest, let him first seek and obtain permission from his own (parish) priest, since otherwise he (the other priest) cannot loose or bind him. Let the priest be discreet and cautious that he may pour wine and oil into the wounds of the one injured after the manner of a skilful physician, carefully inquiring into the circumstances of the sinner and the sin, from the nature of which he may understand what kind of advice to give and what remedy to apply, making use of different experiments to heal the sick one. But let him exercise the greatest precaution that he does not in any degree by word, sign, or any other manner make known the sinner, but should he need more prudent counsel, let him seek it cautiously without any mention of the person. He who dares to reveal a sin confided to him in the tribunal of penance, we decree that he be not only deposed from the sacerdotal office but also relegated to a monastery of strict observance to do penance for the remainder of his life.” Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/basis/latran4.asp>>. Acesso em: 22 out. 2014.

<sup>174</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10.

<sup>175</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 55; CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 29.

<sup>176</sup> De acordo com CORDERO: “Che gli accusatori siano superflui e al processo bastino dei sospetti, è massima risalente al IV Concilio Laterano, 1215: ma gli organi risultano inadeguati

all'enorme compito; i tribunali vescovili tendono al lassismo. Le strutture emergono lentamente: prima inquisiscono dei legati papali; poi vengono sulla scena i domenicani; apparizione precoce a Firenze, 20 giugno 1227; quando Innocenzo IV emette la bolla <Ad extirpanda>, 15 maggio 1252, l'apparato há assunto figure definitive. Ibidem, p. 46. Neste sentido, CARVALHO expõe que: "Em 1231, o Imperador Frederico II promulga editos de perseguição aos cátaros, receando divisões no reinado. Em resposta à ação do Imperador, o Papa Gregório IX nomeia inquisidores e reivindica a tarefa repressiva. Neste ano é instituído, sob o cuidado da recém-criada ordem dos Dominicanos, o Tribunal da Inquisição, exurgindo como modelo refinado e severo de controle social. Após, o Tribunal obtém novos impulsos e legitimações em diversos documentos pontifícios, para ter sua consolidação na Bula Ad Extirpanda, de Inocêncio IV (...). Com a Bula de Inocêncio IV institucionaliza-se a arte da tortura como mecanismo de prova. Desta forma, adquirida ao arsenal judiciário, a tortura aí permanece durante cinco séculos." CARVALHO, Salo de. *Pena...* Op. cit, p. 10.

<sup>177</sup> Disponha a bula *Excommunicamus*: "Iniciam os capítulos promulgados contra os Patarenos. Excomungamos e anatematizamos todos os heréticos, Cátaros, Patarenos, Pobres de Lião, Passaginos, Josepinos, Arnalditas, Speronistas e outros com quaisquer nomes que sejam recenseados, tendo na verdade faces diversas, mas as caudas religadas umas às outras, porque a respeito da futilidade concordam no mesmo item. Condenados na verdade pela Igreja no juízo secular, são deixados com a devida atenção para serem punidos aos clérigos antes degradados das suas ordens. Se, porém, dos acima mencionados, depois que forem apanhados em flagrante, não quiserem voltar para fazer a condigna penitência, sejam lançados ao cárcere perpétuo. Por outro lado, aqueles que acreditam nos seus erros julgamos do mesmo modo como hereges, Do mesmo modo decretamos estarem sujeitos à sentença da excomunhão os recebedores, os defensores ou seguidores dos hereges, determinando firmemente que se após ter sido condenado pela excomunhão qualquer um dos tais, não cessar de sua presunção a este respeito, pelo próprio direito se torna infame, nem seja admitido para os ofícios públicos ou conselhos, nem para eleger alguns para estes, nem para testemunha. Seja também intestável, para que não possa fazer testamento, nem ser admitido ao direito de sucessão na herança. Nenhum, além disso, seja impelido para estar a favor dele sobre qualquer negócio ou o mesmo o seja a responder aos outros. E se por acaso o juiz deixar o cargo a sua sentença não obtenha nenhuma firmeza nem causas algumas sejam levadas para a sua audiência. Se houver advogado, o seu patrocínio não seja admitido de modo algum. Se tabelião, os instrumentos por ele confeccionados não têm completamente valor nenhum, mas sejam condenados com o autor condenado. E nos casos semelhantes ordenamos que seja observado o mesmo. Se, porém, for clérigo, seja deposto de todo ofício e benefício. Se, por outro lado, aqueles tais depois de terem sido denotados pela Igreja, desprezarem de evitar, sejam punidos pela sentença de excomunhão, aliás reprimidos com a devida advertência. Aquelles que forem encontrados marcados só pela suspeita, a não ser que conforme a consideração da suspeita e a qualidade da pessoa, mostrarem a própria inocência com uma cônica purificação, sejam feridos com a espada do anátema e até a uma condigna satisfação, sejam evitados por todos, assim que, se por um ano persistirem na excomunhão, são desde então condenados como hereges. Também os protestos ou apelações de tais pessoas, de maneira alguma sejam ouvidos. Também os juizes, advogados e notários a nenhum deles prestem o seu ofício, de outro modo sejam privados do mesmo ofício perpetuamente. Também os clérigos não administrem os eclesiásticos sacramentos a pestilentos desta espécie, nem recebam deles esmolas ou ofertas, semelhantemente os Hospitalares e os Templários e quaisquer que sejam regulares por outro lado sejam privados do seu ofício, ao qual nunca sejam restituídos, sem indulto especial da Sé Apostólica. Também aqueles que presumirem dar a tais a sepultura eclesiástica, saibam que estão sob a sentença de excomunhão até a sua idônea satisfação, nem mereçam o benefício da absolvição, a não ser que com as próprias mãos publicamente arranquem do túmulo e lancem fora os corpos de condenados desta espécie e aquele lugar careça perpetuamente de sepultura. Também inibimos firmemente que as pessoas leigas pública ou privadamente discutam sobre a fé católica. Aquele que de fato fizer o contrário seja ligado pelo laço da excomunhão. Também se alguém tiver conhecimento de hereges ou de alguns realizando conventículos ocultos ou dissidentes por sua vida e costumes em relação à comum convivência dos fiéis, procure indica-los ao seu confessor ou a outro que acredita que através dele chegará ao conhecimento do prelado, de outra maneira seja punido com a sentença de excomunhão. Por outro

Inquisição, que obtiveram base jurídica.<sup>178</sup> <sup>179</sup> Por ela, criou-se a Inquisição delegada, na qual eclesiásticos foram enviados aos lugares chamados “infectos”<sup>180</sup>, para perseguir, inquirir e condenar os hereges.<sup>181</sup>

---

lado, os filhos dos hereges, dos seus recebedores, defensores, não sejam admitidos a nenhum ofício ou benefício eclesiástico até a segunda geração. O que for feito em contrário decretamos nulo e inane”. [Tradução livre de: “Incipiunt capitula contra Patarenos edita. Excommunicamus et anathematizamus universos hereticos, Cataros, Patarenos, Pauperes de Lugduno, Passaginos, Joseppinos, Arnaldistas, Speronistas, et alios quibuscumque nominibus censeantur, facies quidem habentes diversas, sed caudas ad invicem colligatas, quia de vanitate conveniunt in id ipsum. Dampnati vero per Ecclesiam seculari judicio relinquuntur animadversione debita puniendi, clericis prius a suis ordinibus degradatis. Si qui autem de predictis, postquam fuerint deprehensi, redire noluerint ad agendam condignam penitentiam, in perpetuo carcere detrudantur. Credentes autem eorum erroribus hereticos similiter judicamus. Item receptatores, defensores et fautores hereticorum excommunicationis sententiae decernimus subjacere, firmiter statuentes ut, si postquam quilibet talium fuerit excommunicatione notatus, a sua super hoc non cessaverit presumptione cessare, ipso jure sit factus infamis, nec ad publica officia seu consilia, nec ad eligendos aliquos ad hujusmodi nec ad testimonium admittatur. Sit etiam intestabilis, ut nec testamenti habeat factionem, nec ad hereditatis successionem accedat. Nullus preterea ipsi super quocumque negotio, sed ipse aliis respondere cogatur. Quod si forte iudex extiterit, ejus sententia nullam obtineat firmitatem nec cause alicui ad ejus audientiam perferantur. Si fuerit advocatus, ejus patrocinium nullatenus admittatur. Si tabellio, instrumenta confecta per ipsum nullius penitus sint momenti, sed cum auctore dampnato dampnentur. Et in similibus idem precipimus observari. Si vero clericus fuerit, ab omni officio et beneficio deponatur. Si qui autem tales, postquam ab Ecclesia fuerint denotati, evitare contempserint, excommunicationis sententia percillantur, alias animadversione debita puniendi. Qui autem inventi fuerint sola suspicione notabiles, nisi juxta considerationem suspicionis qualitatemque persone, propriam innocentiam congrua purgatione monstraverint, anathematis gladio feriantur, et usque ad satisfactionem condignam ab omnibus evitentur, ita quod, si per annum in excommunicatione persistierint, extunc velut heretici condemnantur. Item proclamationes aut appellationes hujusmodi personarum minime audiantur. Item iudices, advocati et notarii nulli eorum officium suum impendant, alioquin eodem officio perpetuo sint privati. Item clerici non exhibeant hujusmodi pestilentibus ecclesiastica sacramenta, nec elemosinas aut oblationes eorum accipiant; similiter Hospitalarii et Templarii ac quilibet regulares, alioquin suo priventur officio, ad quod nunquam restituantur, absque indulto sedis apostolice specialis. Item quicumque tales presumpserint ecclesiastice tradere sepulture, usque ad satisfactionem idoneam excommunicationis sententiae se noverint subjacere, nec absolutionis beneficium mereantur, nisi propriis manibus publice extument et prohiciant hujusmodi corpora dampnatorum, et locus ille perpetuo careat sepultura. Item firmiter inhibemus ne cuiquam laice persone liceat publice vel privatim de fide catholica disputare. Qui vero contra fecerit, excommunicationis laqueo innodetur. Item si quis hereticos sciverit vel aliquos occulta conventicula celebrantes, seu a communi conversatione fidelium vita et moribus dissidentes, eos studeat indicare confessori suo vel alii, per quem credat ad prelati sui notitiam pervenire; alioquin excommunicationis sententia percillatur. Filii autem hereticorum, receptatorum, defensorum eorum, usque ad secundam generationem, ad nullum ecclesiasticum officium seu beneficium admittantur. Quod si secus actum fuerit, decernimus irritum et inane.”]. FEARNES, James. *Ketzer und ketzerbekämpfung im hochmittelalter*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, p. 72-73.

<sup>178</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 30.

<sup>179</sup> Como observa GONZAGA, “através da Inquisição, unem-se mais fortemente os dois Poderes e reafirma-se a doutrina política baseada na idéia das ‘duas espadas’: a da Igreja e a do rei, delegadas ambas por Deus para o exercício da autoridade nas duas esferas, espiritual e temporal, com supremacia da primeira. Tanto a Justiça comum como a canônica devem trabalhar conjugadamente, somando esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade públicas.” GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição...* Op. cit., p. 98.

<sup>180</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 16.

Em 15 de maio de 1252, os Tribunais da Inquisição foram efetivamente sistematizados e consolidados com a bula *Ad Extirpanda*<sup>182</sup>, do Papa Inocêncio IV<sup>183</sup>,

---

<sup>181</sup> Entre eles estavam os cátaros ou albigenses, que repudiavam o matrimônio e enalteciam o suicídio, e os valdenses, que eram cristãos ortodoxos, humildes e pobres, e pregavam o Evangelho.

<sup>182</sup> Conforme disposto na bula *Ad Extirpanda*: “[4] Decretamos que o potentado ou o governante que atualmente governa ou que no futuro vier a governar a cidade ou outro lugar na Lombardia, na Romanha e na Marca Trevisana, durante todo o tempo que governar, sem temor algum, jure inequivocamente cumprir, observar e fazer com que venham a ser inviolavelmente observados por todos, tanto na cidade e no lugar em que governa, quanto nas terras que estão sob a sua jurisdição, cada um e todos os decretos e leis infra escritos, tanto civis quanto canônicos, decretados contra a depravação herética. Que os juramentos referentes à observância precisa destes [decretos e leis] sejam prestados por qualquer um na sede do governo ou àqueles que sucederem no governo. Quanto aos que não quiserem prestar [tal juramento], que, de modo algum não sejam mantidos como potentados ou governantes e, os que agirem assim, percam toda autoridade. Nem ninguém se mantenha nem seja obrigado a manter-se leal a eles, ainda que lhes tenham prestado um juramento, na condição de membro de seu séquito. Se algum potentado ou governante se recusar a cumprir ou negligenciar o cumprimento de um ou de todos estes decretos ou leis, para além de ter de suportar a ignomínia do perjuro e da infâmia perpétua, incorrerá na pena de duzentos marcos que, irremissivelmente, serão dele exigidos, os quais serão integralmente convertidos para o proveito da comuna e, ademais, na condição de perjuro, infame, partidário de hereges e suspeito da fé, que seja destituído do cargo e da honra inerente ao mesmo, nem, de modo algum, ulteriormente venha a exercer o cargo de potentado ou de governante, nem tampouco venha a assumir outra dignidade ou um cargo público. [5] De igual modo, o potentado ou o governante de qualquer cidade ou lugar, no começo de seu governo, em uma assembleia pública reunida segundo o costume, sob o *banum* da cidade ou do lugar, deve acusar de delito todos os hereges de ambos os sexos, qualquer que seja o nome pelo qual são conhecidos. E terá o dever de confirmar tal *banum* recebido de seus predecessores. Além disso, que nenhum herege, homem ou mulher, habite, more ou permaneça na cidade ou no termo ou distrito do mesmo; e quem os descobrir, poderá livre e impunemente se apoderar de todos os bens dele ou deles e, licitamente, levá-los, consigo, pois lhes pertencerão de pleno direito, exceto se esta forma de apropriação estiver reservada aos que exercem um cargo público. [6] Semelhantemente, antes do terceiro dia, após ter assumido o governo, o potentado ou o governante deverá nomear doze homens probos e católicos, dois notários e dois auxiliares, ou quantos forem necessários; se aí houver um bispo diocesano e ele quiser participar da indicação, poderá fazê-lo e, se aí houver um convento dos Pregadores e dos Menores, dois frades daquelas referidas Ordens serão indicados por seus superiores para participar disto. [7] Aqueles, pois, que forem designados e eleitos poderão e deverão capturar os hereges, homens e mulheres e retirar-lhes os seus bens ou tomar as providências para que lhes sejam retirados por outros e levá-los ou fazer com que sejam levados à presença do bispo diocesano ou de seus vigários e cuidar para que estas medidas sejam plenamente cumpridas tanto na cidade, como em todo o seu termo e no distrito. [8] Qualquer potentado ou governante mantido às expensas da comuna que governa deve se assegurar de que os hereges que forem assim aprisionados sejam levados à presença ou à cúria do bispo diocesano ou do vigário dele, ou à cidade ou ao lugar que ele quiser que sejam levados.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. Bulas inquisitoriais: *ad extirpanda* (1252). In: *Revista Diálogos Mediterrâneos*, Curitiba, n. 7, p. 200-228, dez. 2014, p. 217-219]. No original: “Statuimus, ut potestas, seu rector, qui civitati praest, vel loco alii ad praesens, aut pro tempore praefuerit in futurum, in Lombardia, Romaniola, vel Marchia Tervisina, juret praecise, et sine timore aliquo, attendere inviolabiliter, et servare, et facere ab omnibus observari toto tempore sui regiminis, tam in civitate, vel loco sui regiminis, quam in terris suae ditioni subjectis, omnes, et singulas tam infrascriptas, quam alias constitutiones, et leges, tam canonicas, quam civiles, editas contra haereticam pravitatem. Et super his praecise observandis recipiant a quibuslibet sibi in Potestaria, vel regimine succedentibus, iuramenta. Quae qui praestare noluerint, pro Potestatibus, vel Rectoribus nullatenus habeantur. Et quae ut potestates, vel rectores fecerint, nullam penitus habeant firmitatem. Nec ullus teneatur, aut debeat sequi eos, etiamsi de sequela praestanda eis exhibuerint iuramentum. Quod si

de modo que o aparato tomou forma definitiva, sendo, posteriormente, difundido pelo mundo. Como anota COUTINHO “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece.”<sup>184</sup>

Com essa nova estrutura, o controle do processo penal passou a se encontrar nas mãos dos clérigos (justiças eclesiásticas inquisitoriais)<sup>185</sup>, sendo excluída a figura de um órgão acusador, de modo tal que não mais se manteve o *actum trium personarum*, composto por *iudiciis, actori et rei*.<sup>186</sup>

---

potestas, vel rector aliquis haec omnia, etsingula servare noluerit, vel neglexerit, praeter notam periurii, et perpetuae iacturam infamiae, ducentarum marcharum poenam incurrat, quae irremissibiliter exigantur ab eo, et in utilitatem Communis integra convertantur, et nihilominus ut perjurus, et infamis, et tamquam haereticorum fautor, de fide suspectus, officio, et honore sui regiminis spoliatur; nec ulterius potestas, seu rector in aliquo habeatur, et de caetero ad aliquam dignitatem, vel officium publicum nullatenus assumatur. Idem quoque potestas, seu rector cujuslibet civitatis, vel loci, in principio sui regiminis, in publica concione more solito congregata, banno civitatis, vel loci supponat tamquam pro maleficio, omnes haereticos utriusque sexus, quocumque nomine censeantur. Et teneatur bannum hujusmodi a suis praedecessoribus positum confirmare. Praecipue autem, quod nullus haereticus, vel haeretica de caetero habitet, vel moretur, aut subsistat in civitate, seu aliquo modo jurisdictionis, aut districtus ejusdem, et quicumque ipsum, vel ipsam invenerit, libere capiat, et capere possit impune, et omnes res ipsius, vel ipsorum eis licenter auferre, quae sint auferentium pleno jure, nisi auferentes hujusmodi sint in officio constituti. Idem quoque potestas, seu rector infra tertium diem post introitum regiminis sui, duodecim viros probos, et catholicos, et duos notarios, et duos servitores, vel quotquot fuerint necessarii, instituere teneatur, quos dioecesanus, si praesens extiterit, et interesse voluerit, et duo fratres Praedicatores, et duo Minores ad hoc a suis prioribus, si Conventus ibi fuerint eorumdem Ordinem, deputati, duxerint eligendos. Instituti autem hujusmodi, et electi possint, et debeant haereticos, et haeticas capere, et eorum bona illis auferre, et facere auferre per alios, et procurare haec tam in civitate, quam in tota ejus jurisdictione, atque districtu, plenarie adimpleri, et eos ducere, et duci facere in in potestatem dioecesani, vel vicariorum eiusdem. Teneatur autem potestas, seu rector quilibet in expensis Communis, cui praest, facere duci eosdem haereticos ita captos, quocumque dioecesanos, vel ejus vicarii in jurisdictione, vel districtu dioecesani episcopi, seu civitatis, vel loci voluerit illos duci.” ROMANUM, Bullarium. *Bullarum...* Op. cit., p. 553-554.

<sup>183</sup> LEA, Henry Charles. *A history...* Op. cit., p. 337; CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 46.

<sup>184</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 18.

<sup>185</sup> Os clérigos eram auxiliados pelos chefes de Estado e/ou governantes da região onde se encontravam os Tribunais do Santo Ofício. Como assevera GONZAGA “o tribunal eclesiástico fazia o processo e proferia a condenação, impondo ao réu uma sanção espiritual; e o transferia a seguir à Justiça do Estado, para que esta aplicasse, em acréscimo, as próprias penas. Tal sucedia, por exemplo, nas hipóteses em que o crime merecia a pena de morte, inexistente no arsenal repressivo da Igreja. Sendo o réu um clérigo, podia-se recorrer a fácil artifício: primeiro, a Justiça eclesiástica lhe impunha a degradação, fazendo-o retornar à condição de leigo, com o que se via livre para o encaminhar depois às autoridades civis.” Eis “(...) o ambiente jurídico em que nasceu e atuou a Inquisição: religião oficial, apoiada pelo Estado; conseqüentemente, existência, no Direito Penal comum, de crimes consistentes em ofensas à religião ou à Igreja; competência concorrente, dos tribunais seculares e dos eclesiásticos, para perseguirem os autores de tais crimes; métodos processuais e penais rigorosíssimos.” GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição...* Op. cit., p. 90-91.

<sup>186</sup> De acordo com COUTINHO, “o controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actum trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero *objeto de verificação*, razão

O procedimento criminal era possível independentemente de acusação, podendo ser instaurado com base em simples delações ou de ofício (investigação secreta). Com isso, generalizou-se o recolhimento de denúncias anônimas, colocadas em caixas apropriadas distribuídas em diversas regiões, denominadas “bocas da verdade”, e onde outrora o processo partia da ação, aqui iniciava da delação.<sup>187</sup>

O suspeito poderia ser preso a qualquer momento, sem saber o que se queria dele, sobre o que se tratava a acusação, qual o motivo da prisão ou quem era o acusador.<sup>188 189</sup> Portanto, para além de oficioso, secreto, escrito, e não contraditório, o processo inquisitório poderia estar baseado em declarações de testemunhas as quais o acusado não tinha nenhum acesso, pois suas identidades eram preservadas, escondidas.<sup>190 191</sup>

Desta forma, atribuía-se ao inquisidor as tarefas de inquirir, acusar e julgar, simultaneamente, ficando ao seu encargo o impulso processual. Conforme assevera FIGUEIREDO DIAS “a ele pertence o domínio discricionário do processo, quer no seu *se* (promoção processual), quer no seu *como* (objeto processual e consequente fixação do *thema probandum* e do *thema decidendum*), quer na sua concreta tramitação (...)”<sup>192 193</sup>

pela qual a noção de *parte* não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua (...).” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 23.

<sup>187</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 33.

<sup>188</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 58-59.

<sup>189</sup> Conforme exposto no Manual dos Inquisidores (redigido em 1376, pelo inquisidor geral Nicolau Eymerich, e revisto e atualizado em 1578 por Francisco de La Peña – ambos dominicanos) o processo poderia começar pela acusação, pela denúncia ou pela investigação. Todavia, o primeiro não era o melhor método na prática da Inquisição, pois era arriscado e bastante discutível, uma vez que era aplicada a lei de talião, segundo a qual aquele que acusava deveria aceitar, caso perdesse, pagar a pena do acusado (se ficasse provada a sua culpa). Assim, os outros métodos eram os mais utilizados. EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 105-109.

<sup>190</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 20; BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 31.

<sup>191</sup> FOUCAULT assevera que “(...) o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. trad. Raquel Ramalheite. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 32.

<sup>192</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 62.

<sup>193</sup> Para Francisco de La Peña, seria admitida, formalmente, a presença da defesa. EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 78. Todavia, consoante expõe NOVINSKY, tratava-se de uma farsa, pois o advogado de defesa além de não poder examinar o processo, era um

O imputado (herege) era tido como mero objeto de investigação, razão pela qual, em um primeiro momento<sup>194</sup>, é possível verificar a inexistência de partes no sistema inquisitório, em sua forma pura.<sup>195</sup> Excluídas as partes, o imputado tornava-se um pecador, e, conseqüentemente, detentor de uma verdade a ser extraída.<sup>196</sup> Ele, “mais que uma pessoa, é o instrumento do qual se dispõe para fazer justiça.”<sup>197</sup>

Assim, tendo em vista que a lógica inquisitorial estava centrada na verdade absoluta, ela (a verdade) deveria ser defendida a qualquer custo, sob o argumento da garantia da salvação e da vida eterna. Qualquer desvio da doutrina não seria admitido pela Igreja, uma vez que poderia destruir a sua base de portadora da verdade e, por conseguinte, colocar em risco o seu poder.<sup>198</sup>

Neste entendimento, PRADO anota que:

(...) a Igreja passa a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação das culpas. O arrependimento não é mais suficiente. É necessária a penitência, motivo porque cumpre a Igreja investigar um significado número de infrações, ratificando-se assim, politicamente, a sua autoridade.<sup>199</sup>

Consoante expõe BOFF, diante desse modo de compreender, o erro mais grave não era a injustiça, ou os crimes contra a vida, contra os povos, etc., mas a

funcionário do Tribunal escolhido pelos inquisidores. NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 59.

<sup>194</sup> Tal consideração se dá pelo fato de que é possível um processo penal inquisitório com partes, como ocorria nas *Ordonnance Criminelle*, de 1670. Como anota CORDERO “Lo stile inquisitorio rovescia le prospettive: il processo diventa affare terapeutico; la pena è una medicina; voglia o no, bisogna che l’imputato cooperi; essendo offesi dei supremi interessi dal peccato-delitto, salta ogni limite garantistico, perché gli individui spariscono davanti a numina quali Chiesa, Stato, Partito e simili. Quest’assioma spiega l’intera macchina. L’aspetto più visibile sta nel fatto che lavori senza una domanda, ma, in fondo, è dato secondario: alla logica inquisitoria non ripugnano le azioni obbligatoriamente esercitate da organi intesi alla repressione; anzi, il lavoro diviso giova all’automatismo persecutorio e quando renda, lo vediamo in Francia, dove le ministère public appare fin dal tardo XIII secolo. È falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell’ordonnance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopolio dell’azione spetta agli hommes du roi (...)” CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 47.

<sup>195</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 23.

<sup>196</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 105.

<sup>197</sup> CORDERO, Franco. La riforma dell’istruzione penale. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, a. VI, fasc. 3, p. 714-725, luglio-settembre, 1963. p. 716. [Tradução livre de: “(...) più che una persona, è lo strumento del quale si dispone per <fare giustizia>.”]

<sup>198</sup> BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 15-20.

<sup>199</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 80.

heresia. Aqueles que cometessem os primeiros, embora contrários à moral, eram passíveis de correção, uma vez que não questionavam as verdades absolutas e não negavam a fé e, por isso, tinham o caminho para a eternidade aberto pelo perdão e pelo arrependimento. Por outro lado, a heresia ou a suspeita de heresia era o um erro radical, o mal absoluto, pois além de negar a fé e as verdades, fechava o caminho para a eternidade, de modo que a perda seria total.<sup>200</sup>

Diante disso, o herege era tido como o maior inimigo da fé e da verdade, era considerado alguém muito perigoso, que deveria ser vigiado, reprimido e exterminado, admitindo-se contra a heresia todas as armas e instrumentos, uma vez que isto se daria para a proteção do bem absoluto: a salvação eterna.<sup>201 202</sup>

Desse modo, crime e pecado tornaram-se sinônimos, e o processo penal passou a ser visto e praticado, dentre outras coisas, como um mecanismo terapêutico apto a absolver, por meio da punição. O ponto central era a busca da verdade, a qual possibilitava a absolvição e a rendição dos pecados, ainda que fosse preciso, em última análise, condenar e queimar na fogueira.<sup>203 204</sup>

---

<sup>200</sup> BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 10-11.

<sup>201</sup> Idem.

<sup>202</sup> De acordo com o Manual dos Inquisidores existem diferentes tipos de torturas: pau, cordas, cavalete, brasas, polé, água, borzeguins, etc. “Se, por outros crimes e diante de outros tribunais, a regra é nunca torturar certas categorias de pessoas (por exemplo, letrados, soldados, autoridades e seus filhos, crianças e velhos), para o terrível crime de heresia não existe privilégio de exceção, não existe exceção: todos podem ser torturados (*omnes torqueri possunt*). O motivo? O interesse da fé: é preciso banir a heresia dos povos, é preciso desenraizá-la, impedir que cresça. E que ninguém se espante com o rigor: para o crime de lesa-majestade não existe isenção nem privilégio. Por que haveria para o crime de lesa-majestade divina?” EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 210-211.

<sup>203</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 24-26.

<sup>204</sup> O Manual dos Inquisidores, ao tratar dos veredictos e sentenças (conclusão dos processos) dispunha que: “(...) todo processo da Inquisição termina sempre de uma das treze maneiras abaixo. Depois da análise dos autos de acusação e de suas justificativas, e considerando a opinião dos especialistas, vai aparecer: 1. Que o réu deve ser absolvido e declarado completamente isento de qualquer heresia; 2. Ou, então, que foi ‘apenas caluniado de heresia’, em sentido geral; 3. Ou que deve ser submetido a interrogatórios e torturas; 4. Que é fracamente suspeito de heresia; 5. Que é fortemente suspeito de heresia; 6. Que é gravemente suspeito de heresia; 7. Que é difamado e suspeito; 8. Que confessou, e fez penitência, e não era relapso; 9. Que confessou e se purificou, mas é relapso; 10. Que confessou, não se purificou, e não é propriamente relapso; 11. Que confessou e não se purificou, mas é relapso; 12. Que não confessou, mas foi reconhecido como herege por testemunhas idôneas, juridicamente falando; 13. Que foi reconhecido como herege, mas fugiu ou se recusou a comparecer à justiça. Esses treze tipos de veredicto também são validos para quem acolhe, defende, protege ou favorece a heresia ou os hereges.” EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 149. As sentenças dos Tribunais do Santo Ofício eram lidas e executadas nos denominados autos-de-fé, que eram grandes festas populares (cerimônias), que começavam com uma procissão seguida de uma

O inquisidor era o responsável pela busca da verdade, e sobre o imputado (herege) recaiam todos os seus esforços e atenção, uma vez que saberia dos fatos como ninguém.<sup>205</sup> Este era o possuidor exclusivo da verdade histórica, necessária para a decisão perfeita e, conseqüentemente, para a condenação. Conforme expõe BOFF:

A leitura doutrinária da revelação de verdades absolutas mascara o real conflito subjacente à Igreja: o poder de uns sobre os outros. Alguns detêm o poder de decidir sobre a verdade, dar-lhe uma formulação única, de definir qual é o caminho necessário para a eternidade. Decretam que a sua verdade é absoluta. E a impõem aos outros. Por isso o discurso do outro é um discurso impossível. Deve ser silenciado, perseguido, estrangulado. Daí se entende o rigor da Inquisição. O que está em jogo, realmente, é o poder do corpo clerical, que não tolera nenhum concorrente ou nenhum confronto. Ele quer se manter como o único. É ele que se entende como absoluto e terminal. Não a verdade e a revelação, pois estas, por serem realidades divinas, são sempre abertas e passíveis de novas achegas e novas leituras, sem jamais esgotar sua riqueza interior.<sup>206</sup>

Destarte, a confissão se mostrou como a melhor maneira de se chegar a verdade (ainda que induzida), pois ela constituía uma prova tão forte que não haveria necessidade alguma de acrescentar outras provas, “nem de entrar na difícil e duvidosa combinação dos indícios”<sup>207</sup>. Caso ela não fosse espontânea, pois o imputado (herege) poderia ter medo e não confessar<sup>208</sup>, seria preciso fazê-lo lembrar, ainda que de maneira coercitiva.<sup>209</sup>

---

missa, e duravam o dia todo. Havia os autos-de-fé públicos, para os casos mais graves, e os auto-de-fé particulares, para os casos menos graves. Os primeiros eram bastante dispendiosos e, em geral, se realizavam uma vez por ano. Com o passar dos anos, os autos-de-fé foram aumentando o seu caráter festivo e sua ostentação (pompa). Compareciam na cerimônia o rei, os infantes, toda a corte, os visitantes da cidade, a população, etc. O povo era avisado da cerimônia com um mês de antecedência, e lhes era prometido que se assistissem o auto-de-fé ganhariam quarenta dias de indulgência. Durante os autos-de-fé os réus ouviam suas sentenças, e os condenados a queimar na fogueira eram transportados para o local da execução após a cerimônia. Nos casos de aplicação de pena de morte, a Inquisição entregava o réu à justiça secular (funcionários da coroa) para que executasse a pena, pois a Igreja não poderia derramar sangue. NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 66-68.

<sup>205</sup> Segundo FOUCAULT o magistrado “constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado (...)” FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* Op. cit., p. 32.

<sup>206</sup> BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 24.

<sup>207</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* Op. cit., p. 34.

<sup>208</sup> Ainda que, como expõe GONZAGA, “o herege procura ser sempre astuto, não revela o seu desvio, e este se torna geralmente difícil de descobrir, porque escondido no íntimo da pessoa. Imperioso era pois a Justiça obter a confissão.” GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição...* Op. cit., p. 89.

<sup>209</sup> Inicialmente a Igreja era contrária à utilização de qualquer tipo de violência nas investigações criminais, não sendo admitida a tortura na justiça eclesiástica (um exemplo disso foi a carta enviada pelo Papa Nicolau I ao Príncipe Bóris, da Bulgária, no ano de 866, na qual dizia: “eu sei que, após ser capturado um ladrão, vós os exasperais com torturas, até que ele confesse, mas nenhuma

Como observa CORDERO:

O instrumento inquisitório desenvolve um teorema óbvio: culpado ou não, o imputado é detentor das verdades históricas; tenha cometido o fato ou não; nos dois casos o acontecido constitui um dado indelével, com as respectivas memórias; se ele as deixasse transparecer, todas as questões seriam liquidadas seguramente; basta que o inquisidor entre na sua cabeça. Os julgamentos se tornam psicoscopia (...).<sup>210</sup>

E assim, apareceu a tortura<sup>211</sup>, como o modo eficaz de obter a confissão.<sup>212</sup> Não por acaso, o manual dos inquisidores previa que “quem não comparece espontaneamente e confessa que praticou atos heréticos, sempre negando sua adesão intelectual à heresia, será submetido à tortura para que o inquisidor possa formar uma opinião sobre a realidade da adesão mental do acusado à verdadeira fé.”<sup>213</sup>

Desta forma, a tortura<sup>214</sup> foi ganhando demasiada importância, de modo que a confissão se tornou a *regina probationum*<sup>215</sup>, pois para a condenação bastava que o réu

lei divina ou humana poderia permiti-lo. A confissão deve ser espontânea e não arrancada. (...). Se o paciente se confessa culpado sem o ser, sobre quem recairá o pecado?”. Ibidem, p. 87-88.

<sup>210</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 48-49. [Tradução livre de: “L’arnese inquisitorio sviluppa un ovvio teorema: colpevole o no, l’imputato detienè delle verità storiche; ha commesso il fatto o non l’ha commesso; nei due casi l’accaduto costituiche un dato indelebile, con le relative memorie; se quando lui sa trapelasse, ogni questione sarebbe liquidabile a colpo sicuro; basta che l’inquisitore gli entri nella testa. I giudizi diventano psicoscopia”.]

<sup>211</sup> VERRI anota que “por tortura não entendo uma pena atribuída a um réu condenado por sentença, mas a pretensa busca da verdade por meio dos tormentos.” VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 77.

<sup>212</sup> Conforme explica GONZAGA, a tortura já era usual no Direito Comum, ingressando na Justiça religiosa apenas no século XIII, através da bula *Ad Extirpanda*, do Papa Inocêncio IV. O papa entendeu que se essa medida era admitida aos ladrões e assassinos, deveria o ser também aos hereges, pois eram ladrões e assassinos da alma, dos sacramentos de Deus e da fé cristã. GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição...* Op. cit., p. 88. Previa a referida bula: “[28] Ademais, o potentado ou o governante deve coagir todos os hereges aprisionados, sem chegar à amputação dos membros e ao risco de morte, a se considerarem verdadeiramente como ladrões, assassinos das almas e assaltantes dos sacramentos de Deus e da fé cristã, a reconhecerem expressamente seus erros e a acusar outros hereges que conhecerem, e identificarem os bens deles, os partidários, os acolhedores e os defensores dos mesmos, tal como os ladrões e os assaltantes dos bens temporais são obrigados a acusar seus cúmplices e a reconhecer os crimes que cometeram.” [Tradução de: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: ad extirpanda...* Op. cit., p. 223]. No original: “Teneatur praeterea potestas, seu rector omnes haereticos, quos captos habuerit, cogere citra membri diminutionem, et mortis periculum, tamquam vere latrones, et homicidas animarum, et fures sacramentorum Dei, et fidei christianae, errores suos expresse fateri, et accusare alios haereticos, quos sciunt, et bona eorum, et credentes, et receptatores, et defensores eorum, sicut coguntur fures, et latrones rerum temporalium, accusare suos complices, et fateri maleficia, quae fecerunt.” ROMANUM, Bullarium. *Bullarium...* Op. cit., p. 556.

<sup>213</sup> EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 40.

<sup>214</sup> O Manual dos Inquisidores previa sete regras que determinavam em que situações se deveriam proceder à tortura. Eram elas: “1. Tortura-se o acusado que vacilar nas respostas, afirmando ora uma coisa, ora outra, sempre negando os argumentos mais fortes da acusação. Nestes casos,

confessasse<sup>216</sup>, razão pela qual o interrogatório era visto como um ato essencial (...).”<sup>217</sup>

Além disso, no suplício o corpo do interrogado constituía o ponto de aplicação do castigo e o lugar de extorsão da verdade. Da mesma maneira que a presunção (certo grau de suspeita) era um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento da tortura era, simultaneamente, uma medida para punir e um ato de instrução.<sup>218</sup>

Todavia, como anota VERRI:

Qual é o sentimento que nasce no homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é *o desejo que a dor pare*. Quanto mais violento o suplício, tanto mais violento será o desejo e a impaciência de que chegue ao fim. Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida, é inútil torturá-lo; se a verdade é duvidosa, talvez o torturado seja inocente, e igualmente levado a se acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido.”<sup>219</sup>

Assim, ainda que a tortura constitua a vergonha do gênero humano<sup>220</sup> e repugne a razão, ela prevaleceu no processo inquisitório porque era útil e necessária ao

presume-se que esconde a verdade e que, pressionado pelo interrogatório, entra em contradição. Se negar uma vez, depois confessar e se arrepender, não será visto como ‘vacilante’ e sim como herege penitente, sendo condenado. 2. O suspeito que só tem uma testemunha contra ele é torturado. Realmente, um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi-prova, o que não causará espanto a quem sabe que um único depoimento já vale como um indício. Dir-se-ia *testis unus, testis nullus?* Isto vale para a condenação, mas não para a presunção. Portanto, uma única acusação é o suficiente. Entretanto, convenhamos, o depoimento de uma única pessoa não tem a mesma força que um julgamento civil. 3. O suspeito contra quem se conseguiu reunir um ou vários indícios graves deve ser torturado. Suspeira e indícios são suficientes. Quanto aos padres, basta a suspeita (porém, só os padres caluniados são torturados). Neste caso, as condições em que tal ocorre são em grande número. 4. Vai para a tortura quem tiver um único depoimento contra si em matéria de heresia e contra quem, além disso, houver indícios veemente ou violentos. 5. Será torturado aquele contra quem pesarem vários indícios veementes ou violentos, mesmo se não se dispuser de nenhuma testemunha de acusação. 6. Com muito mais razão, será torturado, à semelhança do caso anterior, quem tiver, além de tudo, contra si, o depoimento de uma testemunha. 7. Quem tiver apenas uma difamação, ou uma única testemunha, ou ainda, um único indício, não será torturado: cada uma dessas condições, isoladamente, não basta para justificar a tortura.” EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 208-209.

<sup>215</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 105.

<sup>216</sup> Conforme dispunha o Manual dos Inquisidores: “Diante do Tribunal da Inquisição, basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu.” EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 138.

<sup>217</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 102.

<sup>218</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* Op. cit., p. 38.

<sup>219</sup> VERRI, Pietro. *Observações...* Op. cit., p. 87-88.

<sup>220</sup> CORDERO, Franco. *La riforma...* Op. cit., p. 716.

sistema.<sup>221</sup> Ela era o método utilizado para se obter a confissão de maneira mais rápida e eficaz, bem como para se concluir o processo sem maiores problemas. Porém, a Inquisição “não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justificá-la: os mecanismos do sistema inquisitório.”<sup>222</sup>

Nessa linha, consoante expõe VERRI:

A maioria dos juízes foi se tornando gradualmente insensível às dores das torturas em razão de um respeitável princípio, qual seja, sacrificar o horror dos males de um homem apenas suspeito em prol do bem geral de toda sociedade. Os que defendem a prática penal o fazem julgando-a necessária à segurança pública e persuadidos de que, caso fosse abolido o rigor da tortura, os crimes permaneceriam impunes e se vedaria ao juiz o caminho para desvendá-los.<sup>223</sup>

Veja-se que essa lógica era baseada na intolerância e no discurso totalitário, tendo como propósito principal a intimidação do corpo social<sup>224</sup> por meio da instalação de um clima de medo, de terror.<sup>225</sup> <sup>226</sup> O que se buscava, na realidade, era a manutenção do poder através do controle dos corpos, na tentativa de torná-los obedientes e úteis ao sistema, pois “é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado.”<sup>227</sup>

Sem embargo, como afirma COUTINHO:

A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido

<sup>221</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 49.

<sup>222</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 30.

<sup>223</sup> VERRI, Pietro. *Observações...* Op. cit., p. 6.

<sup>224</sup> Conforme assevera FOUCAULT: “nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para a sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição: mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* Op. cit., p. 49.

<sup>225</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 56-57.

<sup>226</sup> Nesse sentido, dispunha o Manual dos Inquisidores: “(...) é preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (*ut alii terreantur*). Ora, o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo.” EYMERICH, Nicolau. *Directorium...* Op. cit., p. 122.

<sup>227</sup> Segundo FOUCAULT “(...) em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõe limitações, proibições ou obrigações.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar...* Op. cit., p. 118.

que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira, para, mais rápido, entregar sua alma a Deus.<sup>228</sup>

Ademais, tendo em vista que a decisão estava preordenada, e o resultado antecipado (uma vez que o inquisidor já tinha o conhecimento da verdade), o que lhe restava era somente buscar maneiras de sustentar o que anteriormente já havia planejado, pois, por ter o domínio amplo das premissas, era possível que as manipulasse.<sup>229</sup>

Para FIGUEIREDO DIAS, a possível vantagem<sup>230</sup> em tal estrutura estaria em o magistrado poder mais fácil e amplamente se informar sobre a verdade dos fatos, tendo em vista ter o domínio único e onipotente do processo em qualquer de suas fases.<sup>231</sup> Todavia, nota-se que “afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu enalço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.”<sup>232</sup>

Nesse sistema, abre-se espaço para o que CORDERO chamou de primado das hipóteses sobre os fatos<sup>233</sup>, onde o juiz pode primeiramente decidir o caso penal e posteriormente buscar a prova necessária para fundamentar a decisão. Ou seja, o magistrado pode construir uma verdade que entende real, e tentar justificá-la a qualquer custo, ocorrendo, assim, o quadro mental paranoico.<sup>234</sup>

---

<sup>228</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 105.

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> Vantagem aparente.

<sup>231</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 247.

<sup>232</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 24.

<sup>233</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 51. “A solidão na qual os inquisidores trabalham, nunca expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamemo-os ‘primado das hipóteses sobre os fatos’: quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; uma vez que todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da ‘sua’ hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conte (alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, calorosamente recomendada pelo pio penalista Ippolito Marsili); usando-a orienta o êxito para onde quer.” [Tradução livre de: “La solitudine in cui gli inquisitori lavoro, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi ao lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoide. Chiamiamoli “primato dell’ipotesi sui fatti”: chi indaga ne segue una, talvolta e occhi chiusi; niente a garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla “sua” ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marcili); usadoli orienta l’esito dove vuole.”]

<sup>234</sup> Idem.

Como expõe COUTINHO essa estrutura “legítima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”<sup>235</sup>, uma vez que é possível que o juiz tenha uma falsa impressão sobre os fatos e que, a partir desta, construa a sua versão, que pode ter nenhuma ligação com a realidade. Isto é, “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 sequestro; do mordomo o homicida, e assim por diante), chega-se a uma conclusão também falsa, transmutada em *verdade construída*.”<sup>236 237</sup>

Consoante anota BOFF, na lógica inquisitorial “todos são condenados à repetição do discurso oficial. É o império da monotonia do *status quo*. O congelamento da história”<sup>238</sup>, sendo que o maior problema reside no fato que tal estrutura “tende a prevalecer no tempo, embora passível de mudanças secundárias.”<sup>239</sup>

Com efeito, as principais características do sistema inquisitório são: o órgão julgador é composto por magistrados ou juizes permanentes; é o juiz quem investiga, dirige, acusa e julga, em uma posição de superioridade face ao acusado; a acusação se dá *ex-officio*, e admite-se denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e não contraditório; a prova é legalmente tarifada; a sentença não faz coisa julgada; e a prisão é a regra.<sup>240 241</sup>

---

<sup>235</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 32.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 25-26.

<sup>237</sup> Nesse sentido, ALTAVILLA ressalta que “ocorrido um crime, algumas vezes, produz-se uma súbita orientação para uma determinada versão, o que significa a individualização de um presumível culpável. Cria-se assim, no espírito do investigador, uma tese, de que é necessário demonstrar a verdade, à qual ele liga uma especial razão de orgulho, como se, a demonstrar-se que errou, tal constituísse uma razão de demérito. Ele empenha-se, por conseguinte, numa batalha para averiguar o que considera ser a verdade, na qual são sobrevalorizados todos os elementos favoráveis e diminuído o valor dos contrários até ao ponto de não serem tomados em consideração num auto, o que leva a fazer uma reconstituição de conjunto destinada a tornar críveis os pormenores convergentes e a desacreditar os contrários.” ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária II: personagens do processo penal*. trad. Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1982, p. 513.

<sup>238</sup> BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 16.

<sup>239</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 30-31.

<sup>240</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 12.

<sup>241</sup> CORDERO expõe que “em certo sentido, diz-se que o processo inquisitorial se resolve na relação juiz-imputado (a imputação e a sentença são obra do mesmo órgão); no outro, a mesma palavra refere-se a um processo em que a prova é recolhida secretamente.” [Tradução livre de: “In un senso, si dice processo inquisitorio quello che si risolve nella relazione giudice-imputato (l’imputazione e la sentenza sono opera di uno stesso organo); nell’altro, la medesima parola designa

Entretanto, é preciso ressaltar que a principal marca desse sistema está no fato de que a gestão das provas estar concentrada, essencialmente, nas mãos do magistrado, que as recolhe secretamente.<sup>242</sup> A ele incumbe o mister de investigar, acusar e julgar, em uma posição de superioridade perante o acusado, que resta como mero objeto de verificação.<sup>243</sup> Assim, o inquisitorialismo “(...) foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.”<sup>244</sup>

### 1.3 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório, na forma como é estudado hoje, nasceu na Inglaterra, no século XI, após a invasão e conquista de Guilherme, Duque da Normandia, em 1066. Todavia, foi no reinado de Henrique II (1154-1189) que se deu a construção desse novo sistema processual.<sup>245 246</sup>

De acordo com GILISSEN, até os séculos XII e XIII a história do direito na Inglaterra foi semelhante àquela dos países do continente, pois, com as invasões dos povos nórdicos (como os anglos, os saxões e os dinamarqueses), desenvolveram-se por

---

un processo nel quale le prove siano raccolte segretamente.”] CORDERO, Franco. *La riforma...* Op. cit., p. 715.

<sup>242</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 23-24.

<sup>243</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 12.

<sup>244</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 103.

<sup>245</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 106.

<sup>246</sup> Não obstante, é possível vislumbrar raízes desse sistema em épocas mais remotas (que não serão objeto de estudo do presente trabalho), como nas antigas legislações orientais e nas grandes experiências democráticas do antigo mundo helênico e romano. Entretanto, elas foram ofuscadas pelo despotismo imperial romano, mas reviveram em razão do antigo processo penal germânico e mantiveram-se vivas ainda na época carolínea. Na baixa idade média, em quase toda a Europa continental, esse sistema foi sendo progressivamente combinado com elementos inquisitórios, de modo que foi na Inglaterra que ele ganhou seu maior e mais ardente florescimento. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 66. Conforme expõe BACHMAIER WINTER, não existiu um único processo acusatório, mas sim múltiplas formulações e perfis diversos deste tipo de processo (v.g. processo acusatório na Grécia e Roma e o processo acusatório nos países do *common law*): o modo como se iniciava a acusação; a produção de prova; a valoração das provas; a eficácia dos atos de investigação; a extensão do direito de defesa; etc. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio...* Op. cit., p. 15-16.

lá reinos germânicos<sup>247</sup> (a partir do século VI), bem como foram redigidas leis bárbaras, baseadas no direito consuetudinário anglo-saxônico.<sup>248</sup>

Em que pese ter integrado o Império Romano entre os séculos I ao V, a Inglaterra teve pouca influência dos romanos, de modo que a romanização não deixou muitos vestígios no seu direito e nas suas instituições nos períodos subsequentes.<sup>249</sup> Assim, o direito inglês se desenvolveu de forma autônoma, pois sofreu de forma limitada a influência de contatos com o continente europeu.<sup>250</sup>

Não obstante, até o século XII o costume permaneceu como a única fonte do direito na Inglaterra que, até então, não tinha um direito comum. Os costumes dividiam-se em costumes locais anglo-saxônicos, costumes das novas cidades (*borough customs*) e costumes dos mercadores (principalmente os de Londres, os *pie powder*, os pés poeirentos), denominado *lex mercatoria* (posteriormente de *ley merchant, merchand law*).<sup>251</sup>

Guilherme, após vencer a batalha de Hastings e conquistar a Inglaterra, além de manter os direitos anglo-saxônicos, importou e instaurou o regime feudal,

---

<sup>247</sup> Antes da época das grandes migrações para o Sudoeste (século V), os Germanos formavam um conjunto de povos, de certa forma, nômades. O centro da organização sócio-política era o clã (chamado *sippe*), formado pela família (em sentido lato, pois agrupava os membros da família e outros auxiliares) e sob a autoridade do pai. A família era patrilinear, sendo o pai o responsável por manter a paz e a ordem (em princípio, o seu poder era ilimitado, pois não tinha superiores). Na maior parte das vezes, as relações entre os clãs eram reguladas pela *faida* (luta, guerra privada). Os povos germânicos centravam na moral a base do seu saber jurídico, fazendo um direito essencialmente costumeiro e marcado pelos rituais. Entretanto, é importante notar que os costumes dos povos germânicos antes das invasões não foram reduzidos a escrito (tornando o estudo ainda mais difícil), bem como que existia uma pluralidade de sistemas jurídicos. Os povos escandinavos não foram romanizados, ficando às margens das correntes jurídicas da Europa Ocidental; a cristianização começou somente no século X; permaneceram relativamente primitivos, tendo a solidariedade familiar como fundamento do seu sistema jurídico ainda nos séculos XII e XIII. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 162-164.

<sup>248</sup> Assim como no continente, a Inglaterra também adotou leis bárbaras (*leges barbarorum*), redigidas do século V ou VI, ao século IX. Enquanto àquelas foram redigidas em latim, estas foram redigidas em língua germânica. As leis bárbaras não eram atos legislativos, leis no sentido moderno da palavra. Eram registros escritos de algumas regras jurídicas originadas dos costumes. *Ibidem*, p. 172, 209.

<sup>249</sup> *Idem*.

<sup>250</sup> A Inglaterra se converteu ao cristianismo somente em 596, com a missão de Santo Agostinho de Canterbury. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355-357.

<sup>251</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 209.

fortalecendo e centralizando o poder real e fazendo desaparecer a época tribal.<sup>252</sup> Desta forma, os reis que o sucederam conseguiram impor sua autoridade sobre os diversos territórios do seu reino, de modo que foi sendo desenvolvida a competência de suas jurisdições em detrimento das jurisdições senhoriais e locais, que foram perdendo cada vez mais suas atribuições.<sup>253</sup> Para tanto, especialmente em matéria criminal, os reis se valiam de juízes que percorriam todo o território, reunindo as cortes locais e julgando os casos colocados em questão.<sup>254</sup>

Os juízes, por sua vez, eram profissionais técnicos, práticos, formados como litigantes, que se valiam, sobretudo, de precedentes judiciais (cases) para o processamento e julgamento dos litígios. Dedicavam-se quase exclusivamente ao estudo do direito, mas não eram legalistas formados em universidades (como aconteceu nas jurisdições do continente, mais tarde). Para ser um *common lawyers* (*solicitor*, *barrister* ou *judge*) não era necessária a formação universitária em direito. As principais decisões dos Tribunais de Westminster, desde o ano de 1290, eram registradas e conservadas em *Years Books*, escritos em francês (*Law French*), provavelmente por advogados. Mais tarde, a partir do século XVI, as compilações impressas da jurisprudência (*Law Reports*), tornaram-se a documentação mais importante dos juízes e advogados.<sup>255</sup>

Até a conquista da Inglaterra pelos normandos competia à assembléia dos homens livres, através da *County Court* ou *Hundred Court*, a aplicação do costume local. Após a conquista, em princípio, elas continuaram a ter competência, porém, gradativamente foram sendo substituídas por jurisdições senhoriais (*Courts Baron*,

---

<sup>252</sup> Tendo em vista o importante papel desempenhado pelo rei, o feudalismo na Inglaterra apresentou características próprias. Como expõe DAVID “este feudalismo é muito diferente daquele que, na mesma época, pode ser observado na França, na Alemanha ou na Itália. Os senhores normandos, que acompanharam Guilherme à Inglaterra, vêm-se num país conquistado, cuja língua lhes é de todo estranha e cujos habitantes e costumes são por eles desprezados. Sentem a necessidade de se agrupar à volta do seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades. O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassalos muito poderosos; na distribuição das terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum ‘barão’ pudesse rivalizar com ele em poder, e uma lei do ano de 1290, o Estatuto *Quia emptores*, proibiu qualquer ‘subenfeudação’, de modo que todos os senhores dependem diretamente do rei.” DAVID, René. *Os grandes...* Op. cit., p. 358.

<sup>253</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 209-210.

<sup>254</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 89.

<sup>255</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 211.

*Court Leet, Manorial Courts*), as quais aplicavam os costumes locais. As jurisdições eclesiásticas por sua vez, instituídas após a conquista, aplicavam o direito canônico comum a toda a cristandade. Mais tarde, com a criação dos tribunais reais surgiu o direito comum inglês, denominado *common law*.<sup>256 257</sup>

Dessa forma, coexistiam, nessa época, diferentes jurisdições para a resolução dos casos na Inglaterra: a *County Court* ou *Hundred Court*, as jurisdições senhoriais, as jurisdições eclesiásticas, as jurisdições municipais ou comerciais (que aplicavam os regulamentos municipais e o direito internacional do comércio) e as jurisdições reais.<sup>258</sup>

Inicialmente, os casos (litígios) eram levados e julgados por essas diferentes jurisdições. O rei, através da *Curia Regis*, julgava apenas os casos excepcionais, como a ameaça à paz do reino ou, quando as circunstâncias do caso impossibilitassem o exercício da justiça pelos meios normais. A sua jurisdição, portanto, era extraordinária, não sendo aberta para qualquer caso ou para qualquer pessoa.<sup>259</sup>

Na sequência, foram destacadas seções especializadas, as quais eram encarregadas de apreciar determinadas matérias: para as finanças e os litígios fiscais era competente o Tribunal do Tesouro (*Scaccarium* ou *Court of Exchequer*); para os processos entre particulares relativos à posse de Terra era competente o Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*); para os crimes contra a paz do reino era competente o Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*). Enquanto os dois primeiros localizam-se em Westminster, próximo a Londres, o último era itinerante, seguindo o rei em seus deslocamentos (no século XV também passou a ter sede em Westminster).

---

<sup>256</sup> DAVID, René. *Os grandes...* Op. cit., p. 359.

<sup>257</sup> A expressão *common law* foi utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, em oposição aos costumes locais próprios de cada região. O sentido desta expressão é bastante diferente daquele do *ius commune* (direito comum), utilizado no continente para designar o direito erudito, principalmente a partir do século XVI. O *common law* é um direito jurisprudencial (*judge-made-law*), criado pelos juízes reais e conservado em razão da autoridade reconhecida aos precedentes judiciais, ainda que a obrigação de decidir conforme as regras estabelecidas pelos precedentes (*stare decisis*) somente tenha sido imposta por via legislativa em 1875. Assim, exceto na época de sua formação, a lei não teve muita importância na evolução do *common law*, pois teve uma função secundária. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 207-209.

<sup>258</sup> DAVID, René. *Os grandes...* Op. cit., p. 360-361.

<sup>259</sup> O rei exercia apenas a “alta justiça”. A *Curia Regis* era a corte dos grandes casos e dos grandes personagens. *Ibidem*, p. 359.

Posteriormente, eles tiveram sua competência aumentada, podendo conhecer de todas as causas que pudessem ser submetidas às jurisdições reais.<sup>260</sup>

Os senhores (barões), por sua vez, não estavam dispostos a se submeter às jurisdições reais, pois pretendiam continuar sendo os chefes de seus domínios e entendiam que a intervenção da autoridade real nos assuntos da sua competência era, além de intolerável, contrária à ordem natural das coisas.<sup>261</sup> Tal situação acarretou diversos conflitos entre os reis e os barões, o que foi bastante significativo para a estruturação do sistema acusatório.

Contudo, como observa DAVID, os tribunais reais acabaram impelidos ao alargamento de sua competência em razão das solicitações dos particulares, a quem a justiça real se mostrava superior às outras jurisdições, pois acreditavam que o rei era fonte de toda justiça e generosidade. Ademais, somente estes tribunais possuíam meios efetivos para garantir o comparecimento das testemunhas, para executar as suas decisões, bem como para (juntamente com a Igreja) obrigar os súditos a prestar juramento. Com isso, eles puderam modernizar o processo e submeter o julgamento dos casos (litígios) a um júri, enquanto as demais jurisdições restavam aplicar um sistema arcaico de provas.<sup>262</sup>

Dessa forma, os tribunais reais foram os únicos a administrar a justiça no final da Idade Média, uma vez que as jurisdições senhoriais foram gradativamente desaparecendo (assim como tinha acontecido com a *County Court* ou *Hundred Court*); as municipais ou comerciais já não apreciavam senão questões de pequena importância; e as eclesiásticas tinham competência somente sobre litígios referentes ao sacramento do casamento ou à disciplina do clero.<sup>263</sup>

Assim, com a significativa ampliação da competência das jurisdições reais, passou-se a entender que o interesse da Coroa justificava a sua intervenção, de modo que com o enfraquecimento e desaparecimento dos demais tribunais desapareceu também a idéia de direito privado. Logo, todos os casos (litígios) submetidos aos

---

<sup>260</sup> Ibidem, p. 360. De acordo com GILISSEN, a extensão da competência foi possível pelo processo técnico utilizado para requerer as jurisdições reais de Westminster. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 210.

<sup>261</sup> DAVID, René. *Os grandes...* Op. cit., p. 360.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 361, 371.

<sup>263</sup> Idem.

tribunais reais apareciam, de certo modo, como questões de direito público (o processo também era de direito público).<sup>264</sup>

Como observa PRADO “a forma de atuação dos mecanismos de solução de conflitos adotados na Inglaterra, como conseqüência lógica da técnica usada para requerer as jurisdições reais, afastou o direito inglês do modelo romano-canônico imperante no resto da Europa (...)”<sup>265</sup>, de modo que por lá foi criado um sistema processual peculiar.<sup>266</sup>

Não obstante, Henrique II durante o seu reinado organizou com eficiência a justiça e o exército, aperfeiçoando o sistema de controle social que já vinha desde a época carolíngia.<sup>267</sup> Visando desestabilizar o poder dos suseranos (grandes vassalos) e manter totalmente o controle e a centralização do poder, impôs uma lei do exército, onde impedia a criação e manutenção de exércitos feudais, em troca da proteção que concederia a todos.<sup>268</sup> No campo jurídico, concentrou as decisões na jurisdição de Westminster, buscando acabar com os Juízos de Deus, presentes na Inglaterra desde a invasão dos nórdicos.<sup>269</sup>

Diante dessa nova estrutura, qualquer pessoa que se sentisse prejudicada poderia pedir justiça ao rei, formulando seu pedido por meio de petições. Tal pedido, em geral, era examinado pelo Chanceler (principal colaborador do rei) que, se entendesse fundamentado, emitia uma ordem, denominada *writ*<sup>270</sup>, a um representante

<sup>264</sup> Ibidem, p. 368-369

<sup>265</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 89.

<sup>266</sup> De acordo com GILISSEN, outra importante diferença entre a Inglaterra e os demais países da Europa está no papel reconhecido ao Parlamento, isto é, aos órgãos representativos do povo. Muito antes que nos outros países, na Inglaterra estabeleceu-se (gradativamente entre 1322 e 1415) a intervenção do Parlamento no domínio legislativo, que, após muitos conflitos com o rei, conseguiu sair vitorioso (em 1689), pois, pelo *Bill of Rights*, nenhuma lei poderia entrar em vigor ou ser suspensa sem o consentimento do Parlamento. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 215.

<sup>267</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 33.

<sup>268</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 106.

<sup>269</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>270</sup> Alguns exemplos são o *writ* de hipoteca: “O rei ao sheriff, saúde. Dá ordem a N. para que ele, com justiça e sem demora restitua a R. tanta terra (ou a mesma terra) naquela vila que ele lhe empenhou por cem marcos por um prazo já expirado, como disse, e que aceite os dinheiros de R. por isso (ou que lhe deixe quite a terra por isso, como disse). E se não o fizer, que o intimes devidamente a ir a tribunal...”, e o *writ* de tomada de posse: “(O rei ao sheriff, saúde). Ordena a N. que de forma justa e sem demora restitua a G. 10 acres de terra com as suas pertenças em N., na qual ele não tem posse a não ser por via de R., pai do dito N. e de quem N. é herdeiro, a quem o dito G. – ou J., seu pai, de quem é herdeiro – as empenhou por um termo já decorrido, como disse. E se ele o não fizer (e o dito G. te prestar uma fiança para prosseguir a sua acção), então intima-o (ao dito N. para que ele

local do rei (chamado *sheriff*), para que este ordenasse ao réu para dar satisfações àquele que se queixava. Caso o réu não o fizesse, poderia dar explicações e expor suas razões a um dos tribunais, sob pena de incorrer em desobediência a uma ordem real.<sup>271</sup>

Nesse entendimento, DAVID expõe que:

O *writ* não é uma simples autorização de agir dada ao autor. Apresenta-se, tecnicamente, como uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do demandante. Se o demandado se recusa a obedecer, o demandante agirá contra ele. A sua ação será justificada diante do Tribunal Real, menos pela contradição que ele opõe à pretensão do autor do que pela desobediência, que lhe é imputada, a uma ordem da administração. O processo inglês é de direito público.<sup>272</sup>

A técnica dos *writs* marcou o começo da ação diante dos tribunais, demonstrando o aspecto público do direito inglês. Os *writs* decorriam de ordens do rei e, no início, eram adaptados a cada caso concreto. Todavia, na sequência, tornaram-se fórmulas padrão<sup>273</sup> concedidas pelo Chanceler, após o pedido do queixoso e o pagamento de taxas à chancelaria, sem que houvesse um exame prévio mais aprofundado (*brevia de cursu*), o que acabou atraindo ainda mais os litígios para as jurisdições reais.<sup>274</sup>

Foi com base nesta lista de *writs* que o direito inglês foi-se desenvolvendo. Quando houvesse litígio era essencial que se encontrasse o *writ* aplicável ao caso concreto, de modo que o processo era mais importante que as regras do direito positivo (*remedies precede rights*). Esse sistema foi elaborado com base em um número limitado de formas processuais e, por isso, essa estrutura é bastante diferente daquelas dos países do continente europeu.<sup>275</sup> Com esses mecanismos e suas relativas formas

---

compareça perante as nossas justiças quando elas vierem a esta região para lhes demonstrar porque é que ele não obedeceu, e aí compareçam os que o citaram a este mandato. Testemunhas, etc.)” GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 218-219.

<sup>271</sup> Ibidem, p. 210.

<sup>272</sup> DAVID, René. *Os grandes...* Op. cit., p. 368-369.

<sup>273</sup> A primeira relação de *writs*, instituída em 1227, compreendia somente 56 fórmulas-padrão. Em 1832, quando o sistema foi profundamente reformado, elas eram apenas 76. Ibidem, p. 362.

<sup>274</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 210.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 219.

(*forms of action*) nasceu no cenário inglês o *common law*, que foi posteriormente aprimorado por Henrique II.<sup>276</sup>

Com efeito, os senhores feudais preocupados com as ingerências do rei e tentando limitar o seu poder, lutaram contra o desenvolvimento dos *writs*. Diante disso, pela *Magna Charta Libertatum* de 1215<sup>277</sup>, conseguiram conter as limitações das jurisdições reais sobre as dos barões e, em 1258, pelas Provisões de Oxford, obtiveram a proibição da criação de novos tipos de *writs*. Contudo, com o Segundo Estatuto de Westminster (1285), conciliou-se os interesses dos reis com os dos barões, impondo-se o *status quo*. Logo, não poderiam ser criados novos *writs*, mas admitia-se a emissão deles em casos similares (*in consimili casu*) que já tivessem dado lugar à concessão de *writs*.<sup>278 279</sup>

É importante notar que após a notável expansão do *common law*, no século XIII, no decorrer dos séculos seguintes (XIV e XV) ele foi-se tornando gradativamente mais técnico. Com o desaparecimento das demais jurisdições, com a enorme demanda aos tribunais, bem como pela limitação sofrida pelo rígido e estrito quadro dos *writs*, ele não conseguia dar a solução mais adequada aos litígios, sobretudo nas novas

---

<sup>276</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 34.

<sup>277</sup> Os barões ingleses, revoltados e insatisfeitos com o reinado de João Sem-Terra (que usurpou o trono de seu antecessor, Ricardo Coração de Leão) em razão de uma série de fracassos que vinha sofrendo (perda de territórios dominados pelos ingleses na França, excomunhão, interdito da Inglaterra pela Igreja, etc.), bem como pela instituição de elevados tributos, impuseram para ele a promulgação da *Magna Charta Libertatum*, a qual além de limitar o poder do monarca, assegurou direitos mínimos ao povo, impedindo o exercício do poder absoluto. Foi a partir dela que novos direitos aos cidadãos foram, gradativamente, sendo incorporados ao sistema processual inglês. Mais tarde, este documento se tornou um dos mais importantes da humanidade, pois, dentre outras coisas, fez nascer uma cultura de respeito à cidadania. A Carta proibia a prisão de qualquer pessoa e a privação de uma propriedade, senão após o julgamento por seus pares ou pela lei da terra (artigo 39); proibia a recusa, o atraso ou a venda ao direito ou a justiça (artigo 40); etc. Artigo 39, da *Magna Charta* de 1215: “No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”; e artigo 40, do mesmo documento: “To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

<sup>278</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 210.

<sup>279</sup> Capítulo 24, do Segundo Estatuto de Westminster de 1285: “Para que, daqui em diante, não aconteça na Chancelaria que possa ser encontrado um mandato num caso, mas não noutra caso que respeite à mesma lei e que requeira os mesmos remédios, os oficiais da Chancelaria ou concordam com a emissão de um mandato ou adiam a queixa para o próximo Parlamento, ou anotarão os pontos sobre os quais não concordam e levá-los-ão ao Parlamento seguinte; e então o mandato será emitido com o assentimento dos letrados no direito: para que o tribunal daqui em diante não desampare os que procuram a justiça.” Idem, *ibidem*, p. 219.

regiões nascidas da evolução social e econômica, passando a ser considerado demasiadamente arcaico. Os juízes, embora nomeados pelo rei, tinham adquirido certa independência, o que fez surgir, juntamente com a insatisfação dos jurisdicionados, a vontade de recorrer diretamente ao rei (e ao seu Chanceler), como ocorria antes.<sup>280</sup>

Dessa forma, surgiu uma nova jurisdição e uma nova forma de processo denominada *equity*<sup>281</sup>, na qual o Chanceler decidia por equidade, sem levar em consideração as regras processuais existentes e o próprio *common law*. Aplicava-se o processo escrito inspirado no direito canônico, julgando-se, muitas vezes, com base em princípios retirados do direito romano. No século XVI, os reis ingleses acabaram expandindo as jurisdições de *equity*, pois elas eram mais favoráveis ao desenvolvimento do poder real, em direção ao absolutismo. Todavia, com os conflitos entre a realeza e o Parlamento, no século XVII, foi realizado um acordo que autorizou a subsistência de um sistema de direito dualista, permitindo a existência de duas jurisdições (*common law* e *equity*) e dois tipos de processo.<sup>282</sup>

Contudo, o *common law* conseguiu resistir à influência do *equity* bem como dominá-la, uma vez que nos anos de 1873 e 1875, com a reforma da organização judiciária (*Judicature Acts*), foi realizada a fusão das duas jurisdições, e as regras da *equity* foram integradas no *common law*.<sup>283</sup>

Sem embargo, foi de fundamental importância para a construção desse modelo de sistema, a emissão de um novo *writ* (chamado *novel disseisin*) em 1166, no qual Henrique II criou um Tribunal em Clarendon, instituindo o julgamento por júri.<sup>284 285</sup> Por esse *writ*, o rei eliminou o duelo judiciário até então praticado, encarregando o

---

<sup>280</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>281</sup> Novo conjunto de regras jurídicas, aplicadas pelas jurisdições do Chanceler. Ibidem, p. 208.

<sup>282</sup> Idem, ibidem, p. 213.

<sup>283</sup> Idem.

<sup>284</sup> Consoante expõe GILISSEN, o júri não era uma instituição inteiramente nova, pois apresentou suas origens, suas primeiras características na prática do inquérito carolíngio (como para os escabinos) e no direito dos primeiros reis anglo-normandos. Segundo o autor, o *Domesday Book* (livro dos possuidores de bens imobiliários na Inglaterra, instituído com finalidades fiscais) foi resultado de um grande inquérito, no qual os enviados dos reis interrogavam, em cada localidade, alguns nobres (representantes da região) qualificados como *juratores*, para que dissessem a verdade (*veredictum*). Ibidem, p. 214. Ver também CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 40.

<sup>285</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 34.

*sheriff* de reunir doze homens da vizinhança<sup>286</sup>, os quais deveriam dizer se o detentor de uma terra havia realmente desapossado o queixoso. Em matéria criminal, a acusação passa a ser pública, sendo entregue à comunidade local (uma espécie de júri), e não mais a um funcionário específico (v.g. emissário real, Ministério Público).<sup>287 288</sup>

Tal tornou-se um júri de acusações que, mais tarde, passou a ser chamado de *Grand Jury*, e era encarregado de denunciar os crimes mais graves (v.g. assassinatos, roubos, etc.) aos juízes (*indictment*). Era composto de 23 jurados em cada condado (*county*) e de 12 jurados em cada centena (*hundred*), os quais deveriam decidir de acordo com o que se dizia e o que sabia, não devendo se ocupar com as provas.<sup>289</sup>

Formulada a acusação pelo *Grand Jury*, o julgamento caberia a um segundo júri (chamado *Petty Jury*) que, em geral, era composto por 12 jurados (*boni homines*<sup>290</sup>) escolhidos entre os vizinhos do lugar onde ocorreu o delito.<sup>291</sup> No começo, era diante deles que cabiam os Juízos de Deus, mas, quando estes desapareceram (século XIII), o júri deveria decidir se o acusado era ou não culpado (*guilty* ou *innocent*) de acordo com o que sabiam do caso, sem ouvir testemunhas ou admitir outras provas, pois o júri era a prova dizendo a verdade (*vere dictum – veredicto*).<sup>292</sup>

---

<sup>286</sup> Conforme assevera CORDERO “em matéria penal esta política implica uma superação das acusações privadas; interessa ao Estado que os homicídios, assaltos e afins sejam reprimidos mas não parecem politicamente possíveis processos movidos por emissários reais, estamos em um cenário de ilha, onde os indivíduos, autonomia, memória, importam muito.” [Tradução livre de: “in materia penale questa politica implica un superamento delle accuse private; interessa allo Stato che omicidi, furti et similia siano repressi ma non sembrano politicamente possibili giudizi instaurati da emissari regi; siamo in un ambiente insulare, dove individui, autonomie, memorie, contano molto.”]. CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 41.

<sup>287</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 214.

<sup>288</sup> Conforme disposto no documento *Assize of Clarendon* de 1166: “In the first place the aforesaid king Henry, by thee counsel of all his barons, for the preservation of peace and the observing of justice, has decreed that an inquest shall be made throughout the separate counties, and throughout the separate hundreds, through twelve of the more lawful men of the hundred, and through four of the more lawful men of each township, upon oath that they will speak the truth: whether in their hundred or in their township there be any man who, since the lord king has been king, has been charged or published as being a robber or murderer or thief; or any one who is a harbourer of robbers or murderers or thieves. And the Justices shall make this inquest by themselves, and the sheriffs by themselves.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

<sup>289</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 214.

<sup>290</sup> Eram considerados homens de bem, honestos. Na matriz eram, em geral, os chefes clânicos e, posteriormente, os barões.

<sup>291</sup> Eram aqueles que provavelmente conheceriam o caso, que saberiam dos fatos, pois residiam próximo do local do delito. CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 41.

<sup>292</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 214.

<sup>293</sup> Caso o acusado desde logo confessasse (*guilty plea*), haveria a isenção do julgamento.<sup>294</sup>

Diante disso, o *Petty Jury* era formado pelo que se chamou de juízes pares (jurados), configurados como os homens probos do bairro, pessoas estimadas do local, que eram convocadas para realizar o julgamento (*veredictum*), ou testemunho “jurado” da acusação, o qual, pela *Magna Charta*, foi transformado no atual júri.<sup>295 296</sup> Portanto, se a acusação fosse admitida pelo primeiro júri, o acusado seria julgado pelo segundo júri.<sup>297 298</sup>

Durante o julgamento, enquanto o júri dizia o direito material, o rei ditava as regras processuais. Ocorria um grande debate, uma grande disputa entre acusador e acusado (acusação e defesa), pois o representante real não intervinha, exceto para manter a ordem. A regra era a liberdade, e o acusado era responsável pelas explicações a serem dadas, uma vez que, no início, não se produziam provas.<sup>299</sup>

Contudo, a partir dos séculos XV e XVI, com o crescimento das cidades, o *Petty Jury* mudou o seu caráter, tornando-se uma instituição exclusivamente de julgamento, passando a produzir provas, pois as pessoas não mais sabiam do caso, não mais conheciam os fatos como antes, sendo necessário reconstituir o crime. Era

---

<sup>293</sup> Como aponta KHALED JUNIOR. “na fórmula inicialmente adotada, os jurados desempenhavam tanto o papel de juízes como testemunhas, sendo escolhidos pela retidão de caráter e conhecimento que tinham dos fatos, o que supostamente asseguraria o conhecimento da verdade.” KHALED JUNIOR., Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 105.

<sup>294</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 89.

<sup>295</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 530. Nesse sentido, GILISSEN assevera que, enquanto o *Grand Jury* foi suprimido para o maior número das infrações, em 1933 (pelo *Administration of Justice Act*), e definitivamente, em 1948 (pelo *Criminal Justice Act*), o *Petty Jury* foi mantido em matéria criminal (crime de homicídio, entre outros), bem como para certas matérias em processo civil (embora não se recorra a ele). GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 214.

<sup>296</sup> Artigo 20, da *Magna Charta* de 1215: “A freeman shall not be amerced for a slight offense, except in accordance with the degree of the offense; and for a grave offense he shall be amerced in accordance with the gravity of the offense, yet saving always his ‘contentment’; and a merchant in the same way, saving his ‘merchandise’; and a villein shall be amerced in the same way, saving his ‘wainage’ if they have fallen into our mercy: and none of the aforesaid ameracements shall be imposed except by the oath of honest men of the neighborhood.” Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

<sup>297</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 106-107.

<sup>298</sup> De acordo com GILISSEN, o acusado poderia recusar o *Trial by Jury*, mas, como consequência, seria detido em uma prisão para sofrer uma forte e dura punição (*peine forte et dure*), que consistia em dormir nu com um peso sobre o corpo, se alimentando somente com pão bolorento e água suja. GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 214.

<sup>299</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 107.

preciso, portanto, que se produzissem provas para se conhecer os fatos, razão pela qual o júri deveria ouvir testemunhas (*oral evidence*), e julgar somente aquilo que tivesse sido provado.<sup>300</sup> A acusação restou confiada a qualquer habitante do reino (acusação popular), pois se acreditava (por ficção) que qualquer conduta criminal atingiria a figura do rei.<sup>301</sup>

O julgamento, em geral, era realizado em locais públicos o que, como observa COUTINHO, do ponto de vista político, foi uma opção e manobra genial de Henrique II, uma vez que se o povo condenasse ou absolvesse o acusado, era resposta do rei, que estaria sempre do lado aparentemente correto, não cometendo nenhum erro (isso deve ter colaborado com a ideia de que o rei não erra – *the king can do no wrong*).<sup>302</sup>

Enquanto as regras do processo (ou o como proceder) eram gerais e produziam um sistema comum, o direito material era local e manifestado muito mais pelos costumes do que pelas leis, conforme já tratado. O vital era que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam e, depois, com base naquilo que as partes traziam para o processo, que se mostrava como um jogo dialético entre elas e seus argumentos.<sup>303</sup>

Conforme expõe FIGUEIREDO DIAS, foi na Inglaterra que o sistema acusatório, incentivado pela ideologia liberal que se desprendia já da *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra (1215), e que foi intensificado pelo *Bill of Rights* (1689), ganhou a sua melhor e mais ardente forma, de modo que se conserva até hoje imodificado.<sup>304 305</sup>

Assim, o processo penal inglês apareceu como um autêntico processo de partes, pois nele o contraditório era pleno, o juiz era passivo, pois estava longe da produção de provas, e a obtenção do conhecimento se dava pelas provas produzidas pelas partes. O réu, antes de acusado, era um cidadão, portador de direitos e garantias individuais inafastáveis. Aí o processo surge como uma discussão que se estabelece entre as partes perante o olhar imparcial do juiz, ao qual cabe somente dirigir a

---

<sup>300</sup> GILISSEN, John. *Introdução...* Op. cit., p. 214.

<sup>301</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 90.

<sup>302</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 107.

<sup>303</sup> Idem.

<sup>304</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 66.

<sup>305</sup> Entretanto, vale lembrar que atualmente não há sistemas puros, nas suas formas clássicas, mas sim modelos mistos.

audiência e proferir a decisão final, com base nas provas carreadas pela acusação e pela defesa.<sup>306</sup>

Dessa forma, diferentemente da estrutura inquisitória, a acusatória é baseada no modelo do *actum trium personarum*, uma vez que a figura do acusador passa a ser dissociada da figura do julgador, apresentando uma clara separação das atividades processuais (acusar e julgar). Esta estrutura exige um juiz espectador e não um juiz ator, de modo que a gestão das provas deve estar concentrada (sempre) nas mãos das partes e nunca do juiz (eis a principal característica).

Ademais, no sistema acusatório o processo é eminentemente oral, público e contraditório, possibilitando às partes (acusação e defesa) igualdade de condições na colheita das provas, assegurando ao acusado o direito à ampla defesa, e impossibilitando a atividade probatória pelo juiz, que é mantido, de regra, como um terceiro imparcial.<sup>307</sup>

Consoante expõe LOPES JUNIOR:

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as conseqüências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro.<sup>308</sup>

Como enumera BARREIROS, as principais características do sistema acusatório são: o órgão julgador é formado por uma Assembleia de jurados populares; as partes possuem igualdade de condições; o magistrado é árbitro, não tendo iniciativa de investigação; a acusação nos delitos públicos se dá através de ação popular; aquela dos delitos privados compete ao ofendido; o processo é oral, público e contraditório; a

---

<sup>306</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 65, 247.

<sup>307</sup> Elementar que frente à imposta inércia (probatória) do juiz no processo, “se produz um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais de Direito que atuam no processo penal.” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 96.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 95.

prova é avaliada pela livre convicção; a sentença faz coisa julgada; e a liberdade do acusado é regra.<sup>309</sup>

Um processo com tal estrutura se encontra mais afastado de possíveis ingerências e manipulações, pois ele se torna uma ordenação limitadora do poder estatal em favor do indivíduo, numa espécie de Magna Charta dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. O Estado, ao proteger o cidadão, protege a si próprio contra a hipertrofia do poder e os abusos que dele decorrem.<sup>310</sup>

#### 1.4 LAICIZAÇÃO DO INQUISITORIALISMO E CRIAÇÃO DO MODELO MISTO, NAPOLEÔNICO OU REFORMADO

O modelo misto, napoleônico ou reformado de processo surgiu na França, com o *Code d'Instruction Criminelle* (Código Napoleônico), de 17 de novembro de 1808, que passou a vigorar em 1º de janeiro de 1811.<sup>311</sup> Até então, o sistema que prevalecia em grande parte da Europa<sup>312</sup> era o inquisitório, o que correspondia ao caráter autoritário dos Estados governados.<sup>313</sup>

Não obstante, após alguns séculos de prevalência do sistema inquisitório no continente europeu, que, em suas diversas formas, foi dominante por mais de cinco séculos<sup>314</sup>, e diante das atrocidades por ele perpetradas (em particular a prática da tortura), bem como das regras acusatórias aplicadas na Inglaterra, iniciou-se uma série de questionamentos e denúncias quanto à legitimidade e ao caráter repressivo do processo inquisitorial.<sup>315</sup>

---

<sup>309</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 12.

<sup>310</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito...* Op. cit., p. 64-65.

<sup>311</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 37.

<sup>312</sup> Conforme já tratado, na Inglaterra o sistema inquisitório não teve êxito, uma vez que lá se manteve a tradição acusatória.

<sup>313</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 35.

<sup>314</sup> ILLUMINATI, Giulio. Il sistema accusatorio in Italia. In: CORSO, Piermaria; PERONI, Francesco. *Studi in onore di Mario Pisani*. v. 1. Modena: CELT, 2010, p. 427-450, p. 432.

<sup>315</sup> Diversos foram os autores que contribuíram para a nova mentalidade (Montesquieu; Beccaria; Verri; etc.). Conforme expõe Montesquieu, “O tribunal da Inquisição, formado por monges cristãos com base na ideia do tribunal da penitência, é contrário a toda boa ordem. Encontrou em todo lugar uma revolta geral, e teria cedido diante das contradições se aqueles que queriam estabelecê-lo não tivessem tirado vantagem destas contradições. Esse tribunal é insuportável em todos os governos. Na monarquia, só consegue criar delatores e traidores; nas repúblicas, só pode formar pessoas

Tal situação ocorreu gradativamente a partir do século XV, com o avanço da ciência que, rompendo com a cultura eclesiástica, objetivava retirar da esfera civil o domínio da religião (processo de secularização da ciência), sobretudo da Igreja Católica, a qual por muito tempo monopolizou a produção científica<sup>316</sup> (os homens da ciência eram quase exclusivamente homens da Igreja<sup>317</sup>) e disseminou o conhecimento que lhe era conveniente.

Assim, com a busca pela laicização do conhecimento e com as pesquisas científicas modernas e suas grandes descobertas, o saber (sacralizado) até então professado entrou em crise<sup>318</sup>, de modo que a “a ciência apareceu como destituída de fé, herética ou errada.”<sup>319</sup> Com isso, segundo DUSSEL, os homens da ciência viram-se obrigados a cometer um dos erros inevitáveis: cair no *concordismo*, forçando a adequação da Bíblia e a tradição com as descobertas científicas; ou se desviar da secularização para o *secularismo*, opondo-se à Igreja ou à muitos de seus teólogos.<sup>320</sup>

O *secularismo* determinava a negação absoluta da teologia em favor da ciência, o que estabeleceria a ideia de um mundo essencialmente profano e dessacralizado, de modo que os seus adeptos passariam a ser vistos como hereges. Não

desonestas; no Estado despótico, é tão destruidor quanto ele.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 510-511. BECCARIA relatou o abuso da tortura do réu no processo, criticou a pena de morte, defendeu a publicidade do julgamento, criticou as acusações secretas, defendeu que a pena deveria ser proporcional ao crime, etc. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002, p. 15-143. VERRI denunciou os horrores da tortura, relatou os absurdos do processo inquisitório, etc. VERRI, Pietro. *Observações...* Op. cit., 3-130.

<sup>316</sup> CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. [S.l.], v. 42, n. 0, p. 35-56, 2005, p. 42-43.

<sup>317</sup> DUSSEL, Enrique D. *Caminhos...* Op. cit., p. 213.

<sup>318</sup> FREUD expõe que o narcisismo universal (amor próprio da humanidade) sofreu três grandes golpes por parte das pesquisas científicas, os quais causaram feridas narcísicas na cultura ocidental. O primeiro golpe foi o *cosmológico*, quando Copérnico (século XVI) retirou a Terra do centro do Universo, afirmando a impossibilidade deste ter um centro; o segundo golpe foi o *biológico*, quando Darwin afirmou que o homem não era um ser diferente ou superior aos animais, pois ele próprio tinha ascendência animal; e o terceiro e mais doloroso golpe foi o *psicológico*, no qual demonstrou-se que a consciência não era nem soberana, nem a única protagonista na estrutura psíquica, e que o ego não era o senhor da sua própria casa, pois as pulsões sexuais não podiam ser inteiramente domadas, bem como que os processos mentais eram inconscientes, e apenas atingiam e se submetiam ao ego por meio de percepções incompletas. FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas: uma neurose infantil e outros trabalhos*. v. XVII. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 149-153.

<sup>319</sup> DUSSEL, Enrique D. *Caminhos...* Op. cit., p. 213.

<sup>320</sup> Idem.

muito diferente disso, o *concordismo*, ao passar pelo *panteísmo*, *deísmo* e *ateísmo*<sup>321</sup>, levaria o cientista, inevitavelmente, à negação da existência de Deus, uma vez que ele desapareceria do horizonte cognoscível. Como observa DUSSEL, foi essa incompreensão que deu origem à ciência moderna que, primeiramente cresceu junto com a Igreja, mas que gradativamente foi buscando a autonomia que necessitava para o seu desenvolvimento e que lhe era negada. Porém, essa antinomia entre a ciência e a religião acabou transformando a saudável e positiva secularização em um *secularismo* anti-cristão, apresentando uma cultura *etsi Deus non daretur*.<sup>322</sup>

Com efeito, conforme expõe CARVALHO, “embora as ‘ciências’ tenham antecipado o questionamento da legitimidade dos princípios da fé, juridicamente só a partir do século XVII inicia-se o processo de desconstrução das verdades reveladas pelo clero”<sup>323</sup>, pois o saber jurídico passou a “desconfiar da generalização das imputações do crime de heresia, impulsionando o movimento de ruptura com o sistema penal medieval.”<sup>324</sup>

Assim, com a laicização do Estado e do Direito, o crime passou a ser visto não mais como uma falta moral ou religiosa (infração à lei natural, moral, religiosa), mas sim como uma ruptura com a lei (infração à lei civil), explicitamente estabelecida pelo Estado no interior de uma sociedade. Ou seja, para que haja crime, deve haver antes uma lei efetivamente formulada, pois antes de existir uma lei, não pode existir um crime.<sup>325</sup>

Sem embargo, no Antigo Regime vigorava na França as *Ordonnance Criminelle* de 1670, do rei Luís XIV, que foi registrada pelo Parlamento de Paris em 26 de agosto de 1670 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1671. Como observa CORDERO, vale a pena expô-la, uma vez que ela sobreviveu ao colapso da monarquia, penetrando no círculo europeu e expandindo-se pelo mundo. Segundo ele,

---

<sup>321</sup> Em linhas gerais, *panteísmo* “é a doutrina segundo a qual Deus é a natureza do mundo identificando a causalidade divina com a causalidade natural”; *deísmo* é a “doutrina de uma religião natural ou racional não fundada na revelação histórica, mas na manifestação natural da divindade à razão do homem”; e *ateísmo* é “a negação da causalidade de Deus”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário...* Op. cit., p. 742, 238, 87.

<sup>322</sup> DUSSEL, Enrique D. *Caminhos...* Op. cit., p. 213-226.

<sup>323</sup> CARVALHO, Salo de. *Revisita...* Op. cit., p. 44-45.

<sup>324</sup> Idem.

<sup>325</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade...* Op. cit., p. 80.

não era aquele milagre que pregavam os seus adeptos (insensíveis para com a realidade do regime), mas sim um sofisticado monumento técnico<sup>326</sup>, composto pelos homens do rei (*hommes du roi*), conselheiros de Estado (*conseillers d'Etat*) e mestres de consultas (*maîtres de requêtes*).<sup>327 328</sup>

Em que pese aparente evolução trazida pelas *Ordonnance*, pois uniformizou o direito, limitou o uso da tortura<sup>329</sup>, instituiu um processo de partes, vinculou a condenação à reapreciação pelo Tribunal, quando tratasse de pena corporal, galés, banimento perpétuo ou confissão pública, entre outros<sup>330</sup>, ela não colocou fim ao sistema processual até então existente, uma vez que manteve a base estrutural precedente. Ela determinou a laicização do inquisitorialismo e a instrumentalização de um processo inquisitório com a presença de partes, mas não o declínio do sistema.<sup>331</sup>

Para ESMEIN, as *Ordonnance* de 1670 não inovou a estrutura processual de maneira substancial porque os princípios nela consagrados existiam antes mesmo da sua edição. Porém, a sua influência foi muito grande, tendo em vista que constituiu um código real, um direito uniforme e imobilizado, em um país de extrema importância, onde preponderava a incerteza na administração da justiça, multiplicavam-se os abusos, inobservavam-se as formas, cresciam as diversidades na jurisprudência, etc.<sup>332</sup>

Em linhas gerais, os princípios canônicos-autoritários, característicos do sistema inquisitório, foram introduzidos na França ao longo de uma evolução de três séculos<sup>333</sup>, e tiveram como base as *Ordonnance* de Luís XII (1498); de Francisco I

<sup>326</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 54-55.

<sup>327</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 29.

<sup>328</sup> Artigo 8º, título III, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “S’il n’y a point de partie civile, les procès seront poursuivis à la diligence, et sous le nom de nos procureurs ou des procureurs des justices seigneuriales.”

<sup>329</sup> Previu que as decisões que permitissem o uso da tortura não poderiam ser executadas antes de serem confirmadas pelo Tribunal. Artigo 7º, título XIX, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les sentences de condamnation à la question ne pourront être exécutées qu’elles n’aient été confirmées par arrêt de nos cours.”

<sup>330</sup> Artigo 6º, título XXVI, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Si la sentence rendue par le juge des lieux porte condamnation de peine corporelle, de galères, de bannissement à perpétuité, ou d’amende honorable, soit qu’il y en ait appel ou non, l’accusé et son procès seront envoyés ensemble, et sûrement en nos cours. Défendons aux greffiers de les envoyer séparément, à peine d’interdiction, et de 500 livres d’amende.”

<sup>331</sup> CARVALHO, Salo de. *Revisita...* Op. cit., p. 36.

<sup>332</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle em France*. Paris: Larose et Forcel, 1882. p. 329-330.

<sup>333</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 33.

(agosto de 1536 e 1539); de Francisco II (janeiro de 1560); e de Henrique III (maio de 1579), sendo posteriormente codificados por Luís XIV em 1670, quando o sistema atingiu o seu auge e o pesadelo inquisitorial ascendeu à pureza metafísica.<sup>334</sup>

O sucesso das *Ordonnance* de 1670 pode ser atribuído, segundo ESMEIN, ao Conselheiro de Estado Henry Pussort (figura central e dominante na equipe legislativa) e a seu sobrinho, o Ministro Jean-Batiste Colbert. Ambos possuíam posturas extremamente repressivas e, para além de convencerem o rei de seus planos<sup>335</sup>, venceram os membros contrários às suas posições durante os trabalhos de votação, como era o caso do presidente do Parlamento de Paris Guillaume de Lamoignon<sup>336</sup> (também figura importante na equipe) que, diferentemente deles, possuía um razoável garantismo.<sup>337</sup>

O procedimento criminal nas *Ordonnance* de 1670 possuía diversas fases: propositura da ação; inquirição geral (instrução preparatória, que era secreta e destinada a angariar provas para fundamentar a inquirição especial); inquirição especial (instrução definitiva, que aconteceria quando existisse prova incriminadora contra pessoa determinada, que estava sujeita à prisão imediata); juízos interlocutórios (v.g. decisão que impunha à tortura o acusado, nos casos de fortes indícios e possibilidades de pena capital); juízo definitivo (após a produção da prova, onde o principal se baseava no interrogatório do acusado, remetia-se o processo a juízo e decidia-se sobre a sua continuação); e apelo.<sup>338 339</sup>

Como expõe CORDERO havia três órgãos: Ministério Público (composto pelos procuradores do rei), Instrutor (juiz) e Corte. Ao primeiro competia a ação, bem

<sup>334</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 29-38.

<sup>335</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire...* Op. cit., p. 177-211.

<sup>336</sup> Como expõe ESMEIN, Lamoignon demonstrou dois aspectos distintos: por um lado, era contra os rigores desse terrível procedimento, protestando contra a tortura, contra o juramento imposto ao acusado, contra a punição de testemunha que viesse a se retratar, etc.; por outro lado, manteve o espírito e o respeito à tradição, uma vez que defendeu as justiças senhoriais, foi contra a disposição que exigia que os julgamentos em primeira instância fossem feitos por pelo menos três juízes e em última instância por pelo menos sete, etc. Ibidem, p. 209.

<sup>337</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo...* Op. cit., p. 109-111.

<sup>338</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 33; ALESSI, Giorgia. *Il processo...* Op. cit., p. 109.

<sup>339</sup> De acordo com CORDERO havia quatro fases: “information, istruzione, visite du procès ad opera del collegio e relativa decisione, supplemento istruttorio costituito da esame in tormentis ed eventuali prove su faits justificatifs o fatti adottati dalla parte civile (...).” CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 59.

como a se manifestar nos momentos culminantes, salvo na atuação *ex officio*. Existia um prelúdio chamado informação (*information*), que anteriormente era delegado aos notários (*notai*), escrivãos (*cancelliere*), sargentos (*sergenti*) e oficiais de justiça (*uscieri*), mas agora era realizado pelo juiz. Os testemunhos adquiridos não constituíam prova, embora tivessem sido colhidos em ata (*verbali*) e as testemunhas jurado.<sup>340</sup>

Um ato típico da informação era a leitura pelos secretários (*monitoires*), no púlpito da Igreja e fixados na porta desta, que qualquer pessoa que tivesse conhecimento de um caso, deveria informar ao pároco e ele o transmitiria ao órgão competente, em envelope lacrado. Caso contrário, aquele que o não fizesse incorreria em penas eclesiásticas. Esse canal secreto era utilizado para a descoberta de eventuais testemunhas.<sup>341</sup>

De acordo com HÉLIE existiam três modos para exercer a ação penal: a denúncia (*dénonciation* ao *procureur du roi* ou, nas cortes senhoriais, ao *procureur fiscal*), feita por qualquer cidadão que tivesse conhecimento de um crime; a querela (*plainte*), feita pela parte pública (crimes puníveis com pena aflictiva ou infamante, baseada nos interesses de ordem social) ou pela parte civil (crimes que a tenham prejudicado, baseada nos interesses privados) que, separadas ou simultaneamente, eram levadas perante o juiz e, necessariamente, colocadas em movimento; ou, de ofício pelo juiz (*poursuite d'office*)<sup>342</sup>, uma vez que qualquer juiz era considerado procurador-geral. Neste caso, o juiz instrutor poderia iniciar a instrução preparatória (*information*) sem qualquer comunicação ao Ministério Público.<sup>343</sup>

Em geral, a ação penal era exercida pelos procuradores do rei (figuras centrais no aparato), sendo facultado ao particular, tão somente meios necessários para requerer indenização por danos civis sofridos. O processo iniciava com base na denúncia, na querela ou na atividade oficiosa do juiz. Estas abriam a fase de instrução preparatória, que era confiada ao juiz instrutor.

---

<sup>340</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>341</sup> Idem.

<sup>342</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité d'instruction criminelle ou theorie du Code d'Instruction Criminelle*. v. 1. Bruxelas: Bruylant – Christophe et Compagnie, 1863, p. 158.

<sup>343</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo...* Op. cit., p. 109.

Essa fase era composta pela informação (que serviria para determinar se alguém seria perseguido) e pelos interrogatórios. Nela eram coletados e analisados os relatórios dos funcionários menores ou dos médicos e peritos, bem como interrogadas as testemunhas (secretamente, separadamente e sob juramento), sem o conhecimento do acusado, que saberia do processo apenas no momento do seu interrogatório.<sup>344</sup> A instrução era judicial, escrita, secreta, e não comportava defesa<sup>345</sup>; e as causas penais tinham preferência sobre todas as outras<sup>346</sup>.

Destarte, com base na informação o juiz instrutor decidiria se alguém deveria ser perseguido, após as conclusões do Ministério Público. Quando não houvesse lugar ao processo, nos casos puníveis com pena pecuniária, reenviar-se-ia à audiência (*renvoi à l'audience*). Caso contrário, o juiz emitiria um decreto (o qual constituiria uma imputação), que poderiam ser três: *assigné pour être ouï*; *ajourné à comparoir en personne*; ou *prise de corps*.<sup>347</sup> Os dois primeiros eram mandados de comparecimento, sendo o primeiro menos severo que o segundo, pois não suspendia o imputado-funcionário do trabalho; o terceiro era um mandado de prisão.<sup>348</sup>

Se o imputado, quando chamado, não comparecesse e não apresentasse impedimentos admissíveis, no caso de decreto *assigné pour être ouï*, convertia-se em *ajourné à comparoir en personne*, e no caso deste, em *prise de corps*.<sup>349</sup> Se o imputado comparecesse, a captura seria evitada (enquanto não houvesse acusação mais grave), a menos que, por deliberação secreta, algum outro juiz ordenasse a prisão.<sup>350</sup> Como

---

<sup>344</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 29-31; ALESSI, Giorgia. *Il processo...* Op. cit., p. 109.

<sup>345</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 33.

<sup>346</sup> Artigo 1º, título XXV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Enjoignons à tous juges, même à nos cours, de travailler à l’expédition des affaires criminelles, par préférence à toutes autres.”

<sup>347</sup> Artigo 2º, título X, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Selon la qualité des crimes, des preuves, et des personnes, sera ordonné que la partie sera assignée pour être ouïe, ajournée à comparoir en personne, ou prise au corps.”

<sup>348</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit. p. 55; CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 29-30.

<sup>349</sup> Artigo 3º, título X, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “L’assignation pour être ouï sera convertie en décret d’ajournement personnel, si la partie ne compare”; e artido 4º, do mesmo título: “L’ajournement personnel sera converti en décret de prise de corps, si l’accusé ne compare pas dans le délai qui sera réglé par le décret d’ajournement personnel selon la distance des lieux, ainsi qu’aux ajournements en matière civile.”

<sup>350</sup> Artigo 7º, título X, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Celui contre lequel il y aura ordonnance d’assigné pour être ouï, ou décret d’ajournement personnel, ne pourra être arrêté

assevera CORDERO, esta armadilha era muito característica do estilo inquisitório, e era permitida apenas às cortes soberanas.<sup>351</sup>

Os decretos pressupunham uma informação (*information*), porém, com duas exceções: nos casos de *plainte* dos procuradores contra os vagabundos e, naqueles de *plainte* dos patrões contra os empregados, nos crimes e delitos domésticos.<sup>352 353</sup>

O interrogatório do acusado deveria acontecer no momento da prisão, e conduzido no máximo nas vinte e quatro horas seguintes pelo próprio juiz<sup>354</sup>. Conforme observa HÉLIE, o interrogatório feito desta forma, além de ser mais eficaz, não concederia ao acusado tempo e paz para ajustar suas respostas e preparar maneiras de fugir da verdade, ficando mais fácil a obtenção da confissão.<sup>355</sup>

O ato era secreto<sup>356</sup> e cada acusado era interrogado separadamente, sem qualquer assistência<sup>357</sup>. O Ministério Público ou a parte civil poderiam apenas sugerir nos seus memoriais perguntas úteis ao juiz<sup>358</sup>, mas não poderiam estar presentes no ato. O acusado, antes de ser questionado e responder as perguntas, deveria jurar dizer a

prisonnier, s'il ne survient de nouvelles charges, ou que par délibération secrète de nos cours, il ait été résolu qu'en comparaisant il sera arrêté, ce qui ne pourra être ordonné par aucuns autres juges."

<sup>351</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit. p. 55.

<sup>352</sup> Idem, *ibidem*, p. 56.

<sup>353</sup> Artigo 8º, título X, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: "Pourra être décerné prise de corps sur la seule notoriété pour crime de duel, sur la plainte de nos procureurs contre les vagabonds, et sur celles des maîtres pour crimes et délits domestiques."

<sup>354</sup> Artigo 1º, título XIV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: "Les prisonniers pour crimes seront interrogés incessamment, et les interrogatoires commencés au plus tard dans les vingt-quatre heures après leur emprisonnement, à peine de tous dépens, dommages et intérêts contre le juge qui doit faire l'interrogatoire; et à faute par lui d'y satisfaire, il y sera procédé par un autre officier, suivant l'ordre du tableau"; e artigo 2º, do mesmo título: "Le juge sera tenu vaquer en personne à l'interrogatoire, qui ne pourra en aucun cas être fait par le greffier, à peine de nullité et d'interdiction contre le juge et le greffier, et de 500 livres d'amende envers nous contre chacun d'eux, dont ils ne pourront être déchargés."

<sup>355</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 160.

<sup>356</sup> Artigo 6º, título XIV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: "Encore qu'il y ait plusieurs accusés, ils seront interrogés séparément, sans assistance d'autre personne que du juge et du greffier"; e artigo 5º, do mesmo título: "Pourront néanmoins les accusés pris en flagrant délit, être interrogés dans le premier lieu qui sera trouvé commode."

<sup>357</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 160.

<sup>358</sup> Artigo 3º, título XIV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: "Nos procureurs, ceux des seigneurs, et les parties civiles, pourront donner des mémoires au juge pour interroger l'accusé, tant sur les faits portés par l'information, qu'autres, pour s'en servir par le juge, ainsi qu'il avisera."

verdade (sob pena de nulidade)<sup>359</sup>, sem a assistência de um defensor (essa disposição estava prevista não só na fase de investigação, mas em todo o processo).<sup>360</sup>

Contudo, havia duas exceções a esta regra, que permitiam a concessão discricionária de entrevista com defensor<sup>361</sup> após o interrogatório: uma se referia aos crimes de peculato, concussão, suborno, falência fraudulenta, delitos financeiros, falsidade documental, etc., e a outra em casos de crimes não capitais.<sup>362 363</sup>

Importante destacar que a disposição que previa o juramento foi calorosamente debatida e contestada durante a elaboração das *Ordonnance*. Lamoignon propôs a abolição do juramento, dizendo que ao transformar a mentira em perjúrio, forçava-se o acusado ao cometimento de um novo delito.<sup>364</sup> Alegou também que o juramento não foi obrigado por nenhuma lei anterior, e que ele colocava o homem em conflito com duas obrigações sagradas: uma natural, de preservação da vida, e outra religiosa, que exigia que se dissesse a verdade.<sup>365</sup>

Pussort e Talon<sup>366</sup> rebateram Lamoignon, e alegaram que o juramento já era previsto em legislação antecedente, pois, embora não fosse exigido no interrogatório, o era no confronto com as testemunhas.<sup>367</sup> Ao defender o juramento, Pussort disse que ele era nascido de um uso antigo, e que na prática bloqueava os reflexos defensivos habituais, estimulando a autoincriminação. As questões foram submetidas ao rei e,

---

<sup>359</sup> Artigo 7º, título XIV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “L’accusé prêtera le serment avant d’être interrogé, et en sera fait mention, à peine de nullité.”

<sup>360</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 161.

<sup>361</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 56.

<sup>362</sup> Artigo 8º, título XIV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les accusés, de quelque qualité qu’ils soient, seront tenus de répondre par leur bouche, sans le ministère de conseil qui ne pourra leur être donné, même après la confrontation, nonobstant tous usages contraires, que nous abrogeons, si ce n’est pour crime de péculat, concussion, banqueroute frauduleuse, vol de commis ou associés en affaires de finance ou de banque, fausseté de pièces, suppositions de part, et autres crimes où il s’agira de l’état des personnes, à l’égard desquelles les juges pourront ordonner, si la matière le requiert, que les accusés après l’interrogatoire communiqueront avec leur conseil ou leurs commis. Laissons au devoir et à la religion des juges, d’examiner avant le jugement s’il n’y a point de nullité dans la procédure.”

<sup>363</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 56.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>365</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 160-161.

<sup>366</sup> Primeiro advogado geral do Parlamento. CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 31.

<sup>367</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 160-161.

segundo CORDERO, prevaleceu a opinião de Pussort. Assim, o juramento foi mantido e as *Ordonnance* converteu o que era prática em lei.<sup>368</sup>

No interrogatório, quando o acusado permanecesse em silêncio e, após ser advertido três vezes pelo juiz, recusasse-se a responder os questionamentos, não poderia mais falar sobre os fatos omitidos. Todavia, a lei possibilitava a concessão discricionária pelo juiz de um prazo para que o acusado falasse, o qual não poderia ultrapassar 24 horas.<sup>369</sup> De acordo com CORDERO, “diversamente da regra civilística, o silêncio voluntário não equivale a confissão; constitui apenas um indício (...)”<sup>370</sup>

Concluídos os interrogatórios, as atas (*verbali*) eram encaminhadas ao Ministério Público e a eventual parte civil, para suas conclusões.<sup>371</sup> Em seguida, a Corte deliberava<sup>372</sup> e, dependendo da gravidade dos fatos, poderia converter o processo em ordinário ou extraordinário, sendo iniciada uma nova fase. O processo ordinário era modulado sobre as formas do processo civil e ocorreria quando fosse aplicável pena pecuniária. O acusado era posto em liberdade, após o pagamento de fiança, e era julgado na audiência.<sup>373</sup> O processo extraordinário ocorreria nos casos em que fosse imposta pena mais grave (corporal ou infamante).<sup>374 375</sup>

---

<sup>368</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 48.

<sup>369</sup> Artigo 8º, título XVIII, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Le juge lui fera sur-le-champ trois interpellations de répondre, à chacune desquelles il lui déclarera qu’autrement son procès lui sera fait comme à un muet volontaire, et qu’après il ne sera plus reçu à répondre sur ce qui aura été fait en sa présence, pendant son refus de répondre. Pourra néanmoins le juge, s’il le trouve à propos, donner un délai pour répondre, qui ne pourra être plus longue de vingt-quatre heures.”

<sup>370</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 31. [Tradução livre de: “(...) diversamente dalla regola civilistica, il mutismo volontario non equivale a confessione; forma soltanto un indizio (...).”]

<sup>371</sup> Artigo 17, título XIV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les interrogatoires seront incessamment communiqués à nos procureurs ou à ceux des seigneurs, pour prendre droit par eux, ou requérir ce qu’ils aviseront”; e artigo 18, do mesmo título: “Sera aussi donné communication des interrogatoires à la partie civile, en toutes sortes de crimes.”

<sup>372</sup> Como assinala CORDERO, *l’arrêt* de 26 de agosto de 1733 excluiu a decisão monocrática, pois estes atos excediam a competência do juiz instrutor. CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 31.

<sup>373</sup> ALESSI, Giorgia. *Il processo...* Op. cit., p. 110.

<sup>374</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 31.

<sup>375</sup> Artigo 1º, título XX, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les juges pourront ordonner qu’un procès commencé par voie civile sera poursuivi extraordinairement s’il connaissent qu’il peut y avoir lieu à quelque peine corporelle”; artigo 2º, do mesmo título: “En instruisant les procès ordinaires, ils pourront s’il y échoit décerner décret de prise de corps ou d’ajournement personnel, suivant la qualité de la preuve, et ordonner l’instruction à l’extraordinaire”; artigo 3º, do mesmo título: “S’il paraît, avant la confrontation des témoins, que l’affaire ne doit pas être poursuivie criminellement, les juges recevront les parties en procès ordinaire; et pour cet effet ordonneront que les informations

De acordo com CORDERO “assim termina a instrução preparatória, composta de informação e interrogatórios: récolements e confrontation constituem a definitiva, destinada a estabelecer se existe um crime e se o acusado é culpado; vem também disposta o peso da confissão (...)”<sup>376</sup>

Sem embargo, no processo extraordinário, as testemunhas já ouvidas e outras eventuais deveriam depor novamente (separadamente e sob juramento)<sup>377</sup>, porém agora de maneira formal (*récolements*), podendo o instrutor, após a leitura do anteriormente declarado, indagá-las se confirmariam tudo ou se mudariam algo. Posteriormente, eram confrontadas (*confrontation*) com o acusado<sup>378</sup> (que sofria semelhante *récolements*), e indagadas sobre a veracidade do alegado, sob pena de falso testemunho.<sup>379</sup> No seu interrogatório, o acusado poderia opor protestos aos depoimentos, fazer às testemunhas perguntas úteis para a defesa ou alegar, desde logo, a existência de fatos justificáveis, ignorados nas fases anteriores (v.g. legítima defesa, caso fortuito, enfermidade mental, etc.)<sup>380 381</sup>, indicando possíveis testemunhas, com as quais não teria contato.<sup>382</sup>

---

seront converties en enquêtes, et permis à l'accusé d'en faire de sa part dans les formes prescrites pour les enquetes”; e artigo 4º, do mesmo título: “Après la confrontation des témoins l'accusé ne pourra plus être reçu en procès ordinaire, mais sera prononcé définitivement sur son absolution ou sa condamnation.”

<sup>376</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 31-32. [Tradução livre de: “Così finisce l'istruzione preparatoria, composta da informazione e interrogatori: récolements e confrontations costituiscono la definitiva, intesa a stabilire se esista un delitto e l'imputato sia colpevole; viene disposta anche a carico del confesso (...).”]

<sup>377</sup> Artigo 5º, título XV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les témoins seront récolés séparément, et seront, après serment et lecture faite de leur déposition, interpellés de déclarer s'ils y veulent ajouter ont diminuer, et s'ils y persistent, sera écrit ce qu'ils y voudront ajouter ou diminuer, et lecture à eux faite du récolement, qui sera paraphé et signé dans toutes ses pages par le juge et par le témoin, s'il sait ou veut signer, sinon sera fait mention de son refus.”

<sup>378</sup> Artigo 1º, título XV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Si l'accusation mérite d'être instruite, le juge ordonnera que les témoins ouïs ès informations, et autres qui pourront être ouïs de nouveau, seront récolés eu leurs dépositions, et si besoin est, confrontés à l'accusé, et pour cet effet, assignés dans un délai compétent, suivant la distance des lieux, la qualité des personnes et de la matière.”

<sup>379</sup> Artigo 11, título XV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les témoins qui depuis le récolement rétracteront leurs dépositions ou les changeront dans des circonstances essentielles seront poursuivis et punis comme faux témoins”; e artigo 17, do mesmo título: “Les témoins seront enquis de la vérité des reproches, et ce que le témoin et l'accusé diront sera écrit.”;

<sup>380</sup> Artigo 10, título XV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Dans la visite du procès sera fait lecture de la déposition des témoins, qui sont à la décharge, quoi qu'ils n'aient été récolés, ni confrontés, pour y avoir égard par les juges”; artigo 14, do mesmo título: “Pour procéder à la confrontation du témoin, l'accusé sera mandé, et après le serment prêté par le témoin et par l'accusé en présence l'un de l'autre, le juge les interpellera de déclarer s'ils se connaissent”; artigo 16, do mesmo

Na sequência, as atas (*verbali*) passavam ao Ministério Público, a fim de que concluísse definitivamente, podendo este requerer: condenação do acusado a uma determinada pena; absolvição; impronúncia (*proscioglimento rebus sic stantibus*); sentença de tortura; ou, ordem de produção de provas sobre os fatos justificáveis. Tudo era escrito e secreto, e sem a exposição das razões em que se baseavam.<sup>383</sup> No final desta fase ocorreria um pequeno debate perante a Corte, uma espécie de interrogatório do acusado (*dernier interrogatoire*).<sup>384</sup>

Exaurido o interrogatório, a Corte poderia tomar duas possíveis decisões interlocutórias: uma que versasse sobre os fatos justificáveis que houvessem sido alegados tempestivamente; outra que impusesse tortura ao acusado, quando houvesse fortes indícios (*preuve considérable*) e quando fosse prevista pena de morte.<sup>385</sup>

Não obstante, eram previstos dois tipos de tortura: uma *préparatoire* (com finalidade instrutória), que ocorreria quando as provas não bastassem à pena de morte<sup>386</sup>, buscava a confissão forçada do acusado<sup>387</sup> e precedia o julgamento definitivo; outra *préalable*, que era aplicada ao condenado à pena de morte, objetivando que fossem revelados os possíveis mandantes ou cúmplices e ocorria após

título: “L’accusé sera ensuite interpellé par le juge de fournir sur-le-champ ses reproches contre le témoin, si aucuns il a, et averti qu’il n’y sera plus reçu après avoir entendu la lecture de sa déposition, dont sera fait mention”; e artigo 18, do mesmo título: “Après que l’accusé aura fourni ses reproches, ou déclaré qu’il n’en veut point fournir, lecture lui sera faite de la déposition et du récolement du témoin, avec interpellation de déclarer s’ils contiennent vérité, et si l’accusé est celui dont il a entendu parler dans ses dépositions et récolement, et, ce qui sera dit par l’accusé et le témoin, sera aussi rédigé par écrit.”

<sup>381</sup> Artigo 1º, título XXVIII, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Défendons à tous juges, même à nos cours, d’ordonner la preuve d’aucuns faits justificatifs, ni d’entendre aucuns témoins pour y parvenir, qu’après la visite du procès.”

<sup>382</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 57; CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 32.

<sup>383</sup> Artigo 1º, título XXIV, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Après que le récolement et la confrontation auront été parachevés, nos procureurs ou ceux des seigneurs prendront communication du procès, pour y donner leurs conclusions définitives, ce qu’ils seront tenus de faire incessamment”; e artigo 3º do mesmo título: “Les conclusions seront données par écrit et cachetées, et ne contiendront les raisons sur lesquelles elles sont fondées.”

<sup>384</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit. p. 57.

<sup>385</sup> Idem; CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit. p. 34-35; ALESSI, Giorgia. *Il processo...* Op. cit., p. 111.

<sup>386</sup> Artigo 1º, título XIX, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “S’il y a preuve considérable contre l’accusé d’un crime qui mérite peine de mort, et qui soit constant, tous juges pourront ordonner qu’il sera appliqué à la question, au cas que la preuve ne suit pas suffisante.”

<sup>387</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 58.

o julgamento definitivo.<sup>388</sup> Conforme expõe HÉLIE, a tortura *préalable* era uma pena acessória à pena de morte.<sup>389</sup> Ambas as torturas poderiam ser: ordinárias ou extraordinárias, esta mais longa e dolorosa que aquela.

A tortura *preparatoire* dividia-se em: sem reserva de provas (*question sans réserve de preuves*), advinda das *Ordonnance* de 1539, a qual dispunha que o acusado deveria ser liberado quando suportasse a tortura sem qualquer admissão, os indícios e as provas seriam purgados, e ele não poderia ser condenado a nenhuma pena; com reserva de provas (*question avec réserve de preuves*), era um meio de fortalecer as acusações e, ao contrário daquela, ainda que o acusado resistisse à tortura e não confessasse, estaria exposto à condenação (incluse prisão perpétua), exceto à pena de morte.<sup>390 391</sup>

Existiam diversas formas para torturar o acusado, que dependiam da localidade do órgão jurisdicional: no Parlamento de Paris os tornozelos e canelas eram esmagados nos brodequins ou o estômago dilatado com água; no Parlamento da Bretanha os pés eram colocados no fogo; no Parlamento de Rouen os polegares eram esmagados; no Parlamento de Besançon os braços e ombros eram deslocados em cordas (*l'estrapade*), e assim por diante.<sup>392</sup>

A decisão interlocutória em que a Corte impusesse a tortura ao acusado deveria ser composta de no mínimo três pessoas<sup>393</sup>, e deveria especificar a espécie de tortura à qual o acusado seria submetido: se ordinária ou extraordinária; se com

---

<sup>388</sup> Artigo 3º, título XIX, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Par le jugement de mort, il pourra être ordonné que le condamné sera préalablement appliqué à la question pour avoir révélation des complices.”

<sup>389</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 164-165.

<sup>390</sup> Artigo 2º, título XIX, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les juges pourront aussi arrêter que nonobstant la condamnation à la question, les preuves subsisteront en leur entier, pour pouvoir condamner l’accusé à toutes sortes de peines pécuniaires ou afflictives, excepté toutefois celle de mort, à laquelle l’accusé qui aura souffert la question sans rien avouer, ne pourra être condamné, si ce n’est qu’il survienne de nouvelles preuves depuis la question”; e artigo 13, título XXV do mesmo diploma legal: “Après la peine de mort naturelle, la plus rigoureuse est celle de la question avec la réserve des preuves en leur entier, des galères perpétuelles, du bannissement perpétuel, de la question sans réserve des preuves, des galères à temps, du fouet, de l’amende honorable, et du bannissement à temps.”

<sup>391</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 164-165; CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 58; CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 36.

<sup>392</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 165; CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 58.

<sup>393</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 58.

reserva de provas ou sem reserva de provas.<sup>394</sup> Esta decisão era necessariamente sujeita a recurso de apelação, de direito (*de droit*), ainda que nenhuma das partes tivesse solicitado, a ser apreciado pelo órgão de segundo grau competente, o qual poderia confirmar ou reformar a decisão. Quando confirmada, ela era imediatamente comunicada ao acusado.<sup>395</sup>

O ato de execução da decisão que impunha a tortura (*la question*) era supervisionado pelo relator, bem como assistido por outro juiz da Corte e um secretário. Antes do início da tortura, era perguntado ao acusado se ele queria confessar (sob juramento e ciente da tortura) e, caso não o fizesse, ela seria realizada. Durante o suplício, o juiz deveria novamente perguntar ao acusado se ele queria confessar, anotando seus gritos e sintomas visíveis, visando, segundo HÉLIE, escrever uma “história real”. Após a execução completa da tortura, ocorreria um terceiro interrogatório, o qual visava a ratificação da eventual confissão extraída. Porém, as *Ordonnance* dispunha que o acusado não poderia ser torturado novamente pelo mesmo crime (*non bis in idem*).<sup>396 397</sup>

Nas decisões recorríveis, era suficiente para a condenação um voto de diferença em primeira instância, e dois em segunda instância. Nos casos em que os juízes ficassem divididos igualmente entre a condenação e a absolvição, o acusado deveria ser absolvido; quanto à aplicação da pena, no caso de empate, deveria ser aplicada a pena menos severa.<sup>398</sup> Nos casos de condenação bastava que a Corte declarasse o acusado condenado pelo cometimento de determinado crime e pronunciasse a pena, cabendo, em alguns casos, recurso à superior instância<sup>399</sup>, onde tudo era finalizado com o reexame da sentença. Nas palavras de CORDERO, é

---

<sup>394</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 165.

<sup>395</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 36.

<sup>396</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 165; CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 58-59; CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 36.

<sup>397</sup> Artigo 12, título XIX, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Quelque nouvelle preuve qui survienne, l’accusé ne pourra être appliqué deux fois à la question pour un même fait.”

<sup>398</sup> Artigo 12, título 25, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “Les jugements, soit définitifs ou d’instruction passeront à l’avis le plus doux, si le plus sévère ne prévaut d’une voix, dans les procès qui se jugeront à la charge de l’appel, et de deux dans ceux qui se jugeront en dernier ressort.”

<sup>399</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 168-170.

“notável explorar esse sistema técnico onde tudo se encaixa, construído sobre o axioma que cada condenação faltante é um lamentável equívoco.”<sup>400</sup>

E assim, o sistema inquisitório religioso se transformou no inquisitório-laico, paradigma processual fundamental à centralização do poder real e posteriormente do Estado absolutista oitocentista.<sup>401</sup> Conforme expõe CORDERO, é falso que o modelo inquisitório equivalha a processo sem partes, pois nas *Ordonnance* de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação pertencia aos homens do rei.<sup>402 403</sup>

Para CARVALHO, as *Ordonnance* de 1670 e de 1682, apesar de constituírem um avanço no tocante à busca pela laicização do direito e do processo penal (pois instauraram um processo de partes, restringiram o uso da tortura, vinculando a condenação a reapreciação pelo Tribunal e minimizaram a criminalização da heresia), não romperam com a lógica inquisitorial, uma vez que a gestão da prova manteve-se concentrada nas mãos do juiz.<sup>404</sup>

Destarte, após a Revolução Francesa e diante do novo quadro político existente na Europa Ocidental, sentiu-se a necessidade de reforma e superação da estrutura processual vigente, uma vez que esta não condizia com os ideais trazidos pela revolução. Conforme expõe FERRAJOLI

A batalha cultural e política contra a irracionalidade e o arbítrio desse procedimento forma um dos motivos animadores de todo Iluminismo penal reformador. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri e a Pagano, todo o pensamento iluminista concordou com a denúncia da desumanidade da tortura e do caráter despótico da Inquisição, assim como com o redescobrimto dos valores garantistas da tradição acusatória (...).<sup>405</sup>

---

<sup>400</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 60. [Tradução livre de: “Cospicuo exploit tecnico questo sistema dove tout se tient, costruito sull' assioma che ogni mancata condanna sia un deplorable scasso.”]

<sup>401</sup> BARREIROS, José António. *Processo...* Op. cit., p. 32.

<sup>402</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 47.

<sup>403</sup> Artigo 8º, título III, das *Ordonnance Criminelle* de 1670: “S’il n’y a point de partie civile, les procès seront poursuivis à la diligence, et sous le nom de nos procureurs ou des procureurs des justices seigneuriales.”

<sup>404</sup> CARVALHO, Salo de. *Revisita...* Op. cit., p. 48-49.

<sup>405</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 521.

Para ILLUMINATI era “natural que a Revolução Francesa, inspirada pelo pensamento iluminista, levaria, pelo menos inicialmente, a adoção de um sistema acusatório, centrado em uma grande participação dos cidadãos nos órgãos judiciários, de acordo com a redescoberta da centralidade do indivíduo e do reconhecimento dos seus direitos fundamentais.”<sup>406</sup>

Assim, inspirado na experiência inglesa, adotou-se de início na França o sistema acusatório, pois era baseado na participação popular, no júri, no contraditório, na oralidade, na publicidade e na livre convicção do juízo. Todavia tal experiência não durou por muito tempo no continente europeu<sup>407</sup>, uma vez que foi rapidamente trocada por aquela de outrora.

Para BARREIROS, o caminho entre a Revolução Francesa e o Código Napoleônico foi historicamente tortuoso, pois as esperanças vindas com a revolução restaram frustradas pelo consulado bonapartista, que comprometeu as expectativas liberais em favor da tradição do Antigo Regime.<sup>408</sup>

Assim, o novo modelo foi desintegrado primeiramente com a edição do *Code des Délits et des Peines* de 1795 e depois, mais radicalmente, com o Código Napoleônico de 1808, uma vez que substituíram “a acusação perante o júri por um sumário escrito e secreto, conduzido de ofício pelo juiz de instrução, inserindo, assim, em um procedimento inquisitivo o já adquirido princípio da *intime conviction*.”<sup>409</sup>

Não obstante, as mudanças advindas com a Revolução, as quais apontaram para o sistema acusatório, iniciaram-se da seguinte forma: a Lei de 11 de agosto de 1789 suprimiu as justiças senhoriais; sucessivamente, a Lei de 8-9 de outubro de 1789 trouxe publicidade ao processo e o direito de defesa ao acusado<sup>410</sup>, que foram

---

<sup>406</sup> ILLUMINATI, Giulio. *Il sistema...* Op. cit., p. 432-433. [Tradução livre de: “È naturale che la rivoluzione francese, ispirandosi al pensiero illuminista, portasse, almeno inizialmente, all’adozione di un sistema accusatorio, imperniato su una larga partecipazione dei cittadini agli organi giudiziari, in coerenza con la ritrovata centralità dell’individuo e il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali.”]

<sup>407</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 521.

<sup>408</sup> BARREIROS, José Antonio. *Processo...* Op. cit., p. 36.

<sup>409</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 134.

<sup>410</sup> Em que pese os avanços em matéria processual introduzidos pelo referido decreto, conforme expõe ESMEIN, o legislador não pretendia introduzir tais garantias nos atos da instrução preliminar, uma vez que era permitida a prática de atos e informações secretas nesta fase. ESMEIN, Adhém. *Histoire...* Op. cit., p. 410-411.

confirmados pela Assembleia Constituinte, na Constituição de 03 de setembro de 1791<sup>411</sup>; a Lei de 16-24 de agosto de 1790 introduziu o júri em matéria criminal e deu publicidade a ele<sup>412</sup>; a Lei de 16-29 de setembro de 1791 reestruturou a organização judiciária e definiu a estrutura acusatória no processo penal<sup>413</sup>, importando e adaptando técnicas do processo inglês.<sup>414</sup> Segundo ESMEIN, após 120 anos de vigência, as *Ordonnance* de 1670 foi finalmente revogada.<sup>415</sup>

Nessa nova estrutura, a investigação do crime (*information*) ficava a cargo de um juiz de paz (*judge de paix*) do local da infração; após, os autos eram encaminhados ao juiz diretor do júri (*directeur du jury*), ao qual era atribuída a função de colher a prova (examinar os autos, interrogar o acusado, eventualmente arrolar novas testemunhas, etc), para que o júri de acusação (composto por 8 jurados) decidisse sobre a procedência ou não da acusação (*oui, il y a lieu* ou *non, il n'y a pas lieu*). Caso a decisão fosse positiva, o processo era remetido para julgamento por um novo júri, denominado júri de julgamento (composto por 12 jurados e quatro magistrados).<sup>416</sup>

Entretanto, essas leis logo foram substituídas pelo *Code des Délits et des Peines* (também conhecido como *Code de Brumaire*), de 25 de outubro de 1795, o qual tratou de questões eminentemente processuais e operou uma reversão substancial<sup>417</sup> na estrutura que vinha sendo implementada. O *Code des Délits et des Peines* marcou o retorno à estrutura inquisitória das *Ordonnance* de 1670, uma vez que

---

<sup>411</sup> Artigo IX, da *Constitution Française* de 1791: “(...) L’instruction sera faite publiquement, et l’on ne pourra refuser aux accusés le secours d’un conseil.”

<sup>412</sup> Artigo 15, da Lei de 16-24 de agosto de 1790: “La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle: l’instruction sera faite publiquement et aura la publicité qui sera déterminée.” HÉLIE, Fautin. *Traité d’instruction criminelle ou theorie du code d’instruction criminelle*. v. 3. Bruxelas: Bruylant – Christophe et Compagnie, 1869, p. 502.

<sup>413</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 592; CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 61.

<sup>414</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire...* Op. cit., p. 410.

<sup>415</sup> Como destaca ESMEIN “Au mois de septembre 1791 sera promulguée la loi qui organise sur des bases toutes nouvelles la procédure criminelle. L’Ordonnance de 1670 est dès lors abrogée; c’est l’heure de sa mort. Comme loi en vigueur elle avait vécu cent vingt ans; et si dès lors son texte n’appartient plus qu’à l’histoire, son influence, un instant complètement effacée, se fera plus tard énergiquement sentir sur les esprits.” ESMEIN, Adhémar. *Histoire...* Op. cit., p. 416.

<sup>416</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 61-62.

<sup>417</sup> Conforme expõe CORDERO “Sappiamo poco sull’esperimento tentato dal décret 16-29 settembre 1791, ma tutto lascia supporre che non abbia attecchito. Sono appena passati 4 anni quando il Code des délits et des peines, meglio noto quale ‘code brumaire’, dal giorno in cui la Convention lo vota (3 brumaio anno IV – 25 ottobre 1795), opera già cospicua inversione nella tendenza.” CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 65.

concedeu amplos poderes ao juiz presidente do júri para a descoberta da verdade, permitindo que ele utilizasse todos os seus esforços para a sua promoção.<sup>418</sup>

Além disso, como explica CORDERO, a Lei 22 Frimário, de 13 de dezembro de 1799 reconstruiu a figura do Ministério Público requerente, abolindo a acusador público eletivo e criando os comissários do governo<sup>419</sup>. Posteriormente, a Lei 7 Pluvioso, de 26 de janeiro de 1801, ajustou a recomposição do Ministério Público, dispondo que os comissários seriam estabelecidos um em cada distrito, após serem nomeados pelo primeiro Consul, e apenas por ele poderiam ser revogados. Assim, formou-se uma estrutura hierarquizada semelhante aos antigos procuradores do rei e procurador-geral, existentes nas *Ordonnance*.<sup>420</sup>

Nesse novo contexto, com a ascensão de Napoleão ao poder, em 9 de novembro de 1799 (18 Brumário), a recuperação do passado e, conseqüentemente, o regresso ao Antigo Regime ficou ainda mais evidente. Conforme expõe CORDERO, os cônsules Bonaparte, Cambacérès e Lebrun além de anunciarem o fim da revolução, submeteram a plebiscito uma nova Constituição, em 15 de dezembro (24 Frimário),

---

<sup>418</sup> Artigo 276, do *Code des délits et des peines*: “En vertu du pouvoir discrétionnaire dont il est investi, il peut prendre sur lui tout ce qu’il croit utile pour découvrir la vérité; et la loi charge son honneur et sa conscience d’employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation.”

<sup>419</sup> Artigo 63, da Lei 22 Frimário de 1799: “La fonction d’accusateur public près un tribunal criminel, est remplie par le commissaire du gouvernement.”

<sup>420</sup> “È l’ultimo atto della Convention, sciolta all’indomani (26 ottobre 1795) del voto sul code des délits et des peines, nel cui testo ancora incompiuto 599 articoli su 646 contengono procedura (Merlin de Douai l’ha allestito con un tour de force ritenuto miracoloso, in 18 mesi). Dal Direttorio al Consolato, anni turbolenti: sulla scena politica e nell’opinione pubblica è acuto il bisogno d’ordine; nel lavoro legislativo quest’atmosfera ispira un esplicito recupero del passato. L’art. 63 const. 22 frimaio anno VIII (13 dicembre 1799) ha ricomposto l’identità del pubblico ministero requirente, abolendo qual pubblico accusatore elettivo: davanti al jury d’accusation e nel dibattito interloquisce il commissaire du gouvernement; l’art. 35 l. 27 ventoso anno VIII (18 marzo 1800) dissemina l’ufficio in tanto sostituti quanti il governo ritenga conveniente istituire; l’art. 24 l. 7 pluvioso anno IX (26 gennaio 1801) ne istituisce uno in ogni arrondissement, nominato dal primo console e da lui revocabile; sostituti e commissario compongono una struttura gerarchica simmetrica ai vecchi procureurs du roi e procureur général.” CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 66-67. Nesse sentido, BARREIROS assevera que: “A vaga de criminalidade que se desenhou durante o Diretório, forçou a aplicabilidade de medidas de exceção, coartando-se alguns aspectos mais liberalizantes do sistema. Entre as medidas adotadas, registra-se a *Lei 7/Pluviose/ano IX*, que aumentou os poderes do ministério público quanto à detenção do suspeito (que não poderia exceder mais 24 horas do que as primitivamente autorizadas) e deve sobretudo referir-se a reorganização, feita pela mesma lei, da instrução preparatória, que foi confiada a um *juiz de instrução* – que tomou o lugar de diretor do júri, limitando-se o júri de acusação a pronunciar-se sobre o processo escrito e já não em face de um debate oral e contraditório.” BARREIROS, José Antonio. *Processo...* Op. cit., p. 37.

sob a bandeira dos poderes fortes e estáveis, produzindo uma metamorfose autoritária.<sup>421</sup>

Contudo, o retorno efetivo à estrutura inquisitória ocorreu com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 (Código Napolêônico), o qual foi rapidamente projetado por cinco comissários (Vieillard, Target, Oudart, Treilhard e Blondel) entre os meses de março a julho de 1801. O projeto continha 1169 artigos, que tratavam sobre direito penal e processo penal, porém, não trazia grandes mudanças, pois mantinha as instituições existentes e as formas até então vigentes.<sup>422</sup> De acordo com BARREIROS, o código reformado:

(...) traduzia, a nível político-jurídico uma solução de compromisso entre os sistemas, inquisitório do Antigo Regime, e o acusatório do “direito intermédio”, pois que manteve a filosofia inquisitória para a instrução preparatória – escrita, secreta, sem assistência de advogados mas, apesar de tudo, confiada ao juiz de instrução criado pelo Diretório – limitando a regra acusatória para a audiência de instrução e julgamento, que era pública, oral, contraditória e na qual a matéria de fato era decidida por um júri.<sup>423</sup>

Ao tratar a questão, CORDERO demonstra a junção entre o campo jurídico e o campo político, e destaca a prevalência do político sobre o jurídico na condução e na construção do modelo napoleônico de processo. Demonstra também o peso da posição e da decisão de Napoleão, bem como a influência de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès (seu grande conselheiro e futuro arquichanceler do Império), para a concretização desse novo modelo.

Assim, o novo código foi em sentido inverso ao pretendido sistema acusatório, uma vez que adotou a tradição inquisitória, porém de maneira mascarada. Conforme assevera COUTINHO, “antes do terror havia espaço para uma tentativa de reconhecimento da democracia processual, inimaginável com Napoleão, um ditador como qualquer outro que, entre outras coisas, influenciou diretamente na direção de um retorno à estrutura do *ancien régime* (o espírito inquisitório seduz gente de tal porte, em qualquer lugar e época).”<sup>424</sup>

<sup>421</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 57-58.

<sup>422</sup> ESMEIN, Adhémar. *Historie...* Op. cit., p. 482.

<sup>423</sup> BARREIROS, José Antonio. *Processo...* Op. cit., p. 38.

<sup>424</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 38.

Dito isso, é importante destacar que durante a votação do projeto de código, foram levantadas perante o Conselho de Estado algumas questões bastante relevantes, as quais ocasionariam sérias e diferentes consequências, tanto no campo político quanto no campo jurídico. Entre elas, a que causou maiores discussões foi a referente à manutenção ou não do júri<sup>425</sup>, que fez com o projeto ficasse parado por mais três anos.

Alguns membros eram contrários à manutenção do júri, pois entendiam que ele apresentava mais desvantagens do que benefícios.<sup>426</sup> Aix achava que as *Ordonnance* era a que mais se aproximava da perfeição; Muraire (primeiro presidente da Corte de Cassação) acreditava tratar-se de um órgão inútil, perigoso e contrário à índole da nação; Bourges disse que os tribunais penais, nos 120 em que vigoraram, prejudicaram menos que os júris em 12; Metz acreditava que deveriam dar credibilidade às suas leis, que eram melhores, e não àquelas dos países vizinhos.<sup>427</sup> Como anota CORDERO, “a muitos velhos, estabelecidos nas cortes de apelação, as *Ordonnance* aparece como uma maravilhosa máquina metafísica: adocicada pela defesa e combinada com o julgamento público”<sup>428</sup>.

Outros membros eram defensores do júri e pleiteavam a sua manutenção, pois acreditavam na natureza justa e protetiva dos seus julgamentos. Eram aqueles que não tinham abandonado os princípios da revolução (Berlier, Treilhard, Defermon, Cretet, Bérenger, Frochot, e Regnault)<sup>429</sup>, e em nome deles operavam.

Na seção legislativa de 4 de junho de 1804<sup>430</sup> (16 Pradial – ano XII), o júri, mais uma vez, estava na lista de questões principais.<sup>431</sup> Apesar das divergências existentes entre os membros, o Conselho resolveu, em princípio, pela manutenção do júri. Nesta seção, Napoleão interveio e adotou a ideia que de fossem levadas aos jurados as cópias da investigação preliminar (*information*) – registros policiais excluídos – sob o argumento de que enquanto a polícia instruía com a intenção de

<sup>425</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 59.

<sup>426</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire...* Op. cit., p. 507.

<sup>427</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 68-69.

<sup>428</sup> Idem. [Tradução livre de: “A molti vecchi, insediati nelle corti d’appello l’ordonnance appare come una meravigliosa macchina metafisica: addolcita dalla difesa e combinata al dibattimento pubblico.”]

<sup>429</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire...* Op. cit., p. 508-509.

<sup>430</sup> Seção composta por seis membros. CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 70.

<sup>431</sup> ESMEIN, Adhémar. *Histoire...* Op. cit., p. 506.

descobrir todas as circunstâncias do crime e todos os culpados, o juiz instrutor buscava somente a verdade dos fatos.<sup>432</sup> Como se pode perceber, Napoleão já demonstrava o interesse pela conservação da estrutura inquisitória, e buscava influenciar os membros na votação. Posteriormente, na seção de 5 de novembro do mesmo ano (15 Brumário), o Conselho adotou, em princípio, que a decisão que levasse ou não a julgamento continuaria a ser dada pelos jurados.<sup>433</sup>

Conforme observa CORDERO, em dezembro de 1804 Napoleão, de caso pensado e sob influência de Cambacérès, suspendeu os trabalhos de votação do código, pois visava o desaparecimento dos ideais e dos pensamentos liberais trazidos pela revolução, que se encontravam presentes na cabeça de muitos e poderiam atrapalhar seus planos. Tal situação permaneceu assim até janeiro de 1808.<sup>434</sup>

Na seção de 23 de janeiro de 1808, após alguns anos de repouso, os trabalhos foram retomados e, novamente, veio à tona a questão sobre a manutenção do júri ou o retorno à tradição do antigo procedimento francês.<sup>435</sup> Durante a discussão ocorrida na seção, Napoleão e Cambacérès demonstraram que não queriam o júri, e que pretendiam com ele acabar. Cambacérès, que era partidário das *Ordonnance* de 1670<sup>436</sup>, afirmou que não deveriam temer a adoção de algumas disposições nela previstas.<sup>437</sup>

---

<sup>432</sup> CORDERO expõe que “Nella prima seduta Napoleone ha interloquuto sull’uso dei verbali: <Sa Majesté adopte l’idée de mettre sous les yeux des jurés copie de l’information>, carte poliziesche escluse, <car la police instruit surtout dans la vue de découvrir tous les coupables et toutes les circonstances du crime>; tale habitus spiega perché sia <insidieuse>, mentre <le juge instructeur... n’a d’autre vue que d’arriver à la vérité des faits>.” CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 70.

<sup>433</sup> Idem.

<sup>434</sup> De acordo com CORDERO “Sa Majesté aspetta che sfumino i residui della simpatia ispirata da questa voix du pays.” Idem.

<sup>435</sup> Segundo expõe ESMEIN “Puis vient une longue interruption, et c’est seulement le 23 janvier 1808 que la discussion reprendra, pour aboutir cette fois à la présentation et au vote par le Corps législatif du Code d’instruction criminelle. Une question arrêta longtemps le Conseil d’Etat; c’est celle que nous avons toujours rencontrée depuis 1789, toutes les fois qu’on a discuté la législation criminelle: Conserverait-on la procédure par jurés ou reviendrait-on aux traditions de l’ancienne procédure française?” ESMEIN, Adhémar. *Histoire...* Op. cit., p. 506.

<sup>436</sup> Ibidem, p. 508.

<sup>437</sup> ESMEIN, citando LOCRÉ, destaca que Cambacérès disse em seu discurso: “On ne doit pas craindre de prendre quelques dispositions de l’Ordonnance de 1670... la privation de conseils et de défenseurs, l’interrogatoire sur la sellette, ne doivent certainement pas être rétablis, mais il n’en est pas de même du récolement dans lequel un témoin peut se corriger, de la confrontation où il est permis à l’accusé de reprocher les témoins et de discuter leurs dépositions. Avec quelques modifications, les

Naquela ocasião, Napoleão perguntou como vinham trabalhando os júris nos últimos anos e Cambacérès respondeu que iam mal, uma vez que os crimes haviam aumentado, porque as condenações não eram muitas.<sup>438</sup> Essa afirmação causou grande discussão e divergências entre os presentes.

Dois membros da comissão (Treilhard e Bérenger) discordaram de Cambacérès, dizendo que os crimes haviam diminuído e que não havia nenhuma condenação injusta. Cambacérès, por sua vez, contestou, dizendo que as condenações não estavam dentro da índole da nação. Treilhard interveio novamente, e considerou que o projeto poderia prejudicar a publicidade dos debates, que era a maior garantia, e que uma instrução escrita dela não daria conta, e nada seria pior que um processo secreto. Assim, após todas essas divergências, o Conselho decidiu, a princípio, pela manutenção do júri, porém com uma objeção, de que o conhecimento de certos crimes ficaria reservado aos tribunais particulares.<sup>439</sup>

Todavia, na seção seguinte, em 2 de fevereiro, a questão volta à baila e é motivo de novas discussões entre os defensores e os opositores ao júri. Napoleão considerou a opinião que dispunha sobre a importância do rodízio de jurados, uma vez que a habitualidade poderia torná-los insensíveis e enfraquecer as garantidas concedidas ao imputado. Deste modo, após muitas diferenças (Napoleão queria acabar com o júri, mas outros membros, fiéis aos princípios da Revolução, não aceitaram) foi abolido o júri de acusação e mantido o júri de julgamento.<sup>440</sup>

Não obstante, os rastros inquisitórios das *Ordonnance* ainda se faziam presentes na discussão a respeito da instrução. Alguns queriam deixar o poder de instrução nas mãos do mesmo órgão que realizava a acusação, outros não. Após muita discussão, no discurso final preparado por Cambacérès, o Ministério Público permaneceu com o poder instrutório limitado aos atos urgentes, em casos de prisão em flagrante.<sup>441</sup>

---

articles de l'Ordonnance de 1670 sur ce sujet peuvent être utilement employés dans notre législation nouvelle." Idem.

<sup>438</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 70.

<sup>439</sup> Idem.

<sup>440</sup> Idem, ibidem, p. 71.

<sup>441</sup> Idem.

O novo modelo passou a adotar elementos típicos dos sistemas inquisitório e acusatório, compreendendo duas fases distintas e separadas, sendo uma de instrução e outra de julgamento.<sup>442</sup> A primeira fase da persecução era de investigação preliminar, e ficava a cargo do juiz instrutor<sup>443</sup>, pois era destinada à busca e produção de provas sobre o crime e seus agentes. Tratava-se de fase inquisitorial, uma vez que era escrita, secreta, não contraditória e sem a participação do imputado. A segunda fase da persecução era perante o júri, na qual se procedia à apuração das responsabilidades dos agentes relativamente aos fatos praticados. Esta fase possuía características acusatórias, pois comportava a publicidade, a oralidade e a contraditoriedade.<sup>444</sup>

Na primeira fase da persecução, conforme anota CORDERO, a única diferença deste procedimento em relação às *Ordonnance* é que nele se admitiam testemunhas de defesa, que como todas as outras testemunhas, eram ouvidas separadamente e sem a presença do imputado<sup>445</sup>, o qual não possuía nenhum direito de saber o que estava acontecendo.<sup>446</sup>

Com a conclusão da investigação, o juiz instrutor, após ter comunicado o Ministério Público, remetia os autos à Câmara do Conselho (*chambre du conseil*), composta de pelo menos três juízes, sendo ele um<sup>447</sup>, os quais, entendendo não existir provas suficientes para a imputação, ou que o fato não constituía crime ou contravenção, declaravam não haver lugar a acusação (*n'y a pas lieu*) e, estando o imputado detido, seria colocado em liberdade.<sup>448</sup> Para CORDERO, trata-se de uma

---

<sup>442</sup> BARREIROS, José Antonio. *Processo...* Op. cit., p. 14.

<sup>443</sup> Consoante expõe BACHMAIER WINTER, o juiz da instrução seria herdeiro direto do juiz inquisidor, com a mesma função (obtenção de provas para o esclarecimento dos fatos), porém com métodos diversos. BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio...* Op. cit., p. 25.

<sup>444</sup> BARREIROS, José Antonio. *Processo...* Op. cit., p. 14.

<sup>445</sup> Artigo 73, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: "Ils seront entendus séparément, et hors de la présence du prévenu, par le juge d'instruction, assisté de son greffier."

<sup>446</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 71.

<sup>447</sup> Artigo 127, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: "Le juge d'instruction sera tenu de rendre compte, au moins une fois par semaine, des affaires dont l'instruction lui est dévolue. Le compte sera rendu à la chambre du conseil, composée de trois juges au moins, y compris le juge d'instruction: communication préalablement donnée au procureur impérial, pour être par lui requis ce qu'il appartiendra."

<sup>448</sup> Artigo 128, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: "Si les juges sont d'avis que le fait ne présente ni crime, ni délit, ni contravention, ou qu'il n'existe aucune charge contre l'inculpé, il sera déclaré qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, et si l'inculpé avait été arrêté, il sera mis en liberté."

fórmula inexata, uma acusação abortada na impronúncia instrutória, existindo, assim, um inculpado.<sup>449</sup>

Todavia, se no seu relatório o juiz instrutor, ou qualquer dos juízes da Câmara do Conselho, entendessem que o fato era passível de ser punido com penas aflagrantes ou infamantes, havendo lugar a acusação (*oui, il y a lieu*), remetiam os autos ao Procurador-Geral para que este, junto à Corte Imperial (*chambre d'accusation*), procedesse à acusação.<sup>450</sup> Assim, se tratando de fato definido como crime e entendendo existir fundamento suficiente para a acusação, caberia à Corte Imperial decidir se o imputado seria ou não submetido à Corte de Assises (*court d'assises*) ou à Corte Especial, a qual teria competência.<sup>451 452</sup>

Porém, antes de decidir, a Corte poderia deliberar sobre o contido nos autos, executar algum ato ou solicitar alguma diligência<sup>453</sup>, não sendo permitida a intervenção da parte, do acusado ou das testemunhas.<sup>454</sup> Caso a Corte percebesse que não existiam provas do crime ou indícios da culpabilidade do imputado, ordenaria que ele fosse colocado imediatamente em liberdade, caso não estivesse preso por outro motivo.<sup>455</sup> Nesse caso, como observa CORDERO, a lei não contemplava a

---

<sup>449</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 71.

<sup>450</sup> Artigo 133, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Si, sur le rapport fait à la chambre du conseil par le juge d’instruction, les juges ou l’un d’eux estiment que le fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes, et que la prévention contre l’inculpé est suffisamment établie, les pièces d’instruction, le procès-verbal constatant le corps du délit, et un état des pièces servant à conviction, seront transmises sans délai, par le procureur impérial, au procureur général de la cour impériale, pour être procédé ainsi qu’il sera dit au titre des Mises en accusation. Les pièces de conviction resteront au tribunal d’instruction, sauf ce qui sera dit aux articles 248 et 291.”

<sup>451</sup> Artigo 231, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Si le fait est qualifié crime par la loi, et que la cour trouve des charges suffisantes pour motiver la mise en accusation, elle ordonnera le renvoi du prévenu soit aux assises, soit à la cour spéciale, dans le cas où cette cour serait compétente, d’après les règles établies au titre VI du présent livre. Si le délit a été mal qualifié dans l’ordonnance de prise de corps, la cour l’annulera et en décrètera une nouvelle. Si la cour en prononçant l’accusation du prévenu, statue sur une opposition à sa mise en liberté, elle annulera l’ordonnance des premiers juges, et décrètera une ordonnance de prise de corps.”

<sup>452</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 72.

<sup>453</sup> Artigo 235, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Dans toutes les affaires, les cours impériales, tant qu’elles n’auront pas décidé s’il y a lieu de prononcer la mise en accusation, pourront d’office, soit qu’il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer, et statuer ensuite ce qu’il appartiendra.”

<sup>454</sup> Artigo 223, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “La partie civile, le prévenu, les témoins, ne paraîtront point.”

<sup>455</sup> Artigo 229, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Si la cour n’aperçoit aucune trace d’un délit prévu par la loi, ou si elle ne trouve pas des indices suffisants de culpabilité, elle ordonnera

possibilidade de impronúncia, como previa o artigo 128 do *Code d'Instruction Criminelle*.<sup>456</sup>

Não obstante, se a Corte decidisse, através da decisão de reenvio (*arrêt de renvoi*), submeter o caso a julgamento, daria ciência desta e da acusação ao imputado<sup>457</sup> e, dentro de vinte e quatro horas, o transferiria para o edifício da justiça localizado junto à corte na qual seria julgado<sup>458</sup>. Então, nas vinte e quatro horas seguintes, o imputado seria interrogado pelo presidente do tribunal<sup>459</sup>, o qual lhe advertiria para que nomeasse um defensor e, caso não o fizesse, designar-lhe-ia um, sob pena de nulidade de todos os atos subsequentes<sup>460</sup>.

E assim iniciava-se perante a Corte de Assises, na presença dos jurados, a segunda fase da persecução, que era pública, oral e contraditória, uma vez que havia participação da defesa.<sup>461</sup> Neste momento surgiam as características da tradição acusatória, pois, até então, prevaleciam aquelas da tradição inquisitória. Como expõe CORDERO “somente agora caem as cortinas do segredo: o defensor poderá se comunicar com o acusado após seu interrogatório; consultar os autos (art. 202) e, (...) poderá requerer cópias (...)”<sup>462</sup> relevantes para a defesa.<sup>463</sup>

la mise en liberté du prévenu; ce qui sera exécuté sur-le-champ, s'il n'est retenu pour autre cause. Dans le même cas, lorsque la cour statuera sur une opposition à la mise en liberté du prévenu prononcée par les premiers juges, elle confirmera leur ordonnance; ce qui sera exécuté comme il est dit au précédent paragraphe.”

<sup>456</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 72.

<sup>457</sup> Artigo 242, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “L'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation seront signifiés à l'accusé, et il lui sera laissé copie du tout.”

<sup>458</sup> Artigo 243, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Dans les vingt-quatre heures qui suivront cette signification, l'accusé sera transféré de la Maison d'arrêt, dans la maison de justice établie près la cour où il doit être jugé.”

<sup>459</sup> Artigo 293, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Vingt-quatre heures au plus tard après la remise des pièces au greffe et l'arrivée de l'accusé dans la maison de justice, celui-ci sera interrogé par le président de la cour d'assises, ou par le juge qu'il aura délégué.”

<sup>460</sup> Artigo 294, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “L'accusé sera interpellé de déclarer le choix qu'il aura fait d'un conseil pour l'aider dans sa défense; sinon le juge lui en désignera un sur-le-champ, à peine de nullité de tout ce qui suivra. Cette désignation sera comme non avenue, et la nullité ne sera pas prononcée si l'accusé choisit un conseil.”

<sup>461</sup> ILLUMINATI, Giulio. *Il sistema...* Op. cit., p. 433.

<sup>462</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 72. [Tradução livre de: “Solo adesso cadono le cortine del segreto: il difensore <potrà comunicare con l'accusato dopo il suo interrogatorio>; consulta gli atti (art. 202) e, (...) può chiederne copia (...).”]

<sup>463</sup> Artigo 305, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Les conseils des accusés pourront prendre ou faire prendre, à leurs frais, copie de telles pièces du procès qu'ils jugeront utiles à leur défense.”

Todavia, o contraditório era limitado e o caráter acusatório era mais aparente do que real<sup>464</sup>, pois, diferentemente do *Code des Délits et des Peines*, que não permitia a leitura aos jurados de nenhum depoimento de testemunhas não presentes na sala de julgamento<sup>465</sup>, o *Code d’Instruction Criminelle* ao não prever essa regra, possibilitava a utilização generalizada destes depoimentos<sup>466</sup> e, conseqüentemente, dos demais elementos produzidos na fase inquisitorial.

Sem a regra de proibição, os documentos escritos produzidos na investigação eram amplamente utilizados na fase de julgamento e incidiam sobre a decisão<sup>467</sup>, uma vez que os jurados para julgar possuíam a íntima convicção e não precisavam fundamentar sua decisão.<sup>468</sup> Ou seja, os depoimentos colhidos durante a fase preliminar, de forma unilateral e com métodos inquisitórios, assumiam valor

---

<sup>464</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 66; ILLUMINATI, Giulio. *Il sistema...* Op. cit., p. 433-434.

<sup>465</sup> Artigo 365, do *Code des Délits et des Peines*: “Il ne peut être lu aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l’auditoire.”

<sup>466</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 66.

<sup>467</sup> CORDERO expõe que “I verbali degli atti istruttori pesano sulla decisione: non esiste più una formula corrispondente all’art. 365 code des délits et des peines, secondo cui <il ne peut être lu aux jurés aucune déposition écrite de témoins non présents à l’auditoire>; <les témoins déposeront oralement>, dispone l’art. 317, ma nel seguente é stabilito che siano annotati <additions, changemens ou variations> dalle <précédentes déclarations>; e sappiamo dall’art. 341 come tutte <les pièces> vengano consegnate ai giurati, escluse soltanto <les déclarations écrites des témoins>; fra le carte messe sotto gli occhi della giuria, quindi, figurano anche i verbali degli interrogatori.” CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 72-73.

<sup>468</sup> Artigo 342, do *Code d’Instruction Criminelle* de 1808: “Les questions étant posées et remises aux jurés, ils se rendront dans leur chambre pour y délibérer. Leur chef sera le premier juré sorti par le sort, ou celui qui sera désigné par eux et du consentement de ce dernier. Avant de commencer la délibération, le chef des jurés leur fera lecture de l’instruction suivante, qui sera, en outre, affichée en gros caractères dans le lieu le plus apparent de leur chambre: ‘La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus: elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve: elle leur prescrit de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l’accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas connue suffisamment établie, toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d’indices; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: Avez-vous une intime conviction? Ce qu’il est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c’est que toute la délibération du jury porte sur l’acte d’accusation; c’est aux faits qui le constituent et qui en dépendent, qu’ils doivent uniquement s’attacher; et ils manquent à leur premier devoir, lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils considèrent les suites que pourra avoir, par rapport à l’accusé, la déclaration qu’ils ont à faire. Leur mission n’a pas pour objet la poursuite ni la punition des délits; ils ne sont appelés que pour décider si l’accusé est ou non coupable du crime qu’on lui impute.’ ”

determinante no julgamento do processo<sup>469</sup>, pois acabavam influenciando os jurados na hora de decidir, maculando o pretensu viés acusatório desta fase.

Conforme expõe HÉLIE, os escritos (*les écrits*) eram uma forma de evidência a ser apreciada pelo juiz presidente, que não estava a eles vinculado. Estes (que poderiam ser produzidos também no debate) eram revisados e discutidos pelas partes, e traziam à tona todos os elementos de prova, não possuindo, todavia, poder legal. Independentemente da sua natureza e até mesmo, da sua autenticidade, eram dirigidos a desenvolver a convicção do julgador. Assim, ainda que o debate fosse eminentemente oral, os elementos escritos não seriam excluídos, desde que fossem livremente examinados e discutidos pelas partes.<sup>470</sup>

Nesse entendimento, poderiam ser lidos aos jurados diversos documentos escritos, dentre eles: a decisão que submetia o acusado ao julgamento (decisão de reenvio) e a acusação<sup>471</sup>; o interrogatório de um co-réu falecido ou retirado do julgamento pela Corte Imperial (*chambre d'accusation*), uma vez que não estaria lá para prestar novas declarações; perícias que tivessem sido anteriormente produzidas; depoimentos escritos das testemunhas, uma vez que o artigo 341 estabelecia a entrega de todas as peças da instrução preliminar para os jurados, e ainda que previsse a exclusão das declarações escritas das testemunhas<sup>472</sup>, não acarretaria nulidade o seu

---

<sup>469</sup> ILLUMINATI, Giulio. *Il sistema...* Op. cit., p. 434.

<sup>470</sup> Ao tratar sobre a produção e a leitura de peças durante o debate, HÉLIE anota que: “(...) dans notre législation moderne, les écrits sont un moyen de preuve que le juge apprécie sans être lié par eux; ils peuvent être produits dans le débat; ils sont examinés et discutés par les parties; ils apportent dans la cause tous les éléments de preuve qu’ils contiennent; mais ils n’ont aucune puissance légale; et quel que soit leur caractère, quelle que soit même leur authenticité, ils n’enchaînent point la conviction du juge. L’instruction qui se fait à l’audience est essentiellement orale. Mais le caractère de l’instruction ne fait jamais obstacle à ce que l’un des éléments de la preuve soit un écrit, un titre, une lettre, pourvu que cette pièce soit librement examinée et discutée par les parties, pourvu que cet examen fasse partie du débat oral. Il en est ainsi de l’examen des pièces de conviction, des expertises, des opérations de toute nature qui sont soumises au débat et n’en changent point le caractère.” HÉLIE, Fautin. *Traité...* v. 3. Op. cit., p. 574.

<sup>471</sup> Artigo 313, do *Code d’Instruction Criminelle* de 1808: “Immédiatement après, le président avertira l’accusé d’être attentif à ce qu’il va entendre. Il ordonnera au greffier de lire l’arrêt de la cour impériale portant renvoi à la cour d’assises, et l’acte d’accusation. Le greffier fera cette lecture à haute voix.”

<sup>472</sup> Artigo 341, do *Code d’Instruction Criminelle* de 1808: “Le président, après avoir posé les questions, les remettra aux jurés dans la personne du chef du jury; il leur remettra en même temps l’acte d’accusation, les procès-verbaux qui constatent le délit, et les pièces du procès, autres que les déclarations écrites des témoins. Il avertira les jurés que, si l’accusé est déclaré coupable du fait

descumprimento, tornando a regra inócua; cartas e escritos encontrados na casa do acusado; e outros documentos produzidos na fase anterior.<sup>473</sup>

Não bastasse isso, durante os depoimentos das testemunhas (prestados de forma oral<sup>474</sup>, após elas jurarem dizer a verdade, sob pena de nulidade), eram anotadas todas as adições e variações<sup>475</sup> que se produzissem em relação às declarações prestadas na instrução preliminar (perante o juiz instrutor), as quais também acabavam nas mãos dos jurados. Assim, por não abarcar todos os elementos contidos e utilizados nesta fase, o contraditório não prevalecia, restando meramente formal. Como observa CORDERO, “entre os papéis colocados sob os olhos do júri, portanto, figuram também os termos dos interrogatórios.”<sup>476</sup>

O presidente do júri era investido de autoridade discricionária, e podia tomar qualquer medida que entendesse necessária para a descoberta da verdade<sup>477</sup>, podendo,

principal à la simple majorité, ils doivent en faire mention en tête de leur déclaration. Il fera retirer l'accusé de l'auditoire.”

<sup>473</sup> HÉLIE assevera que “Quelles sont les pièces et écrits dont il peut être donné lecture dans le cours des débats? La jurisprudence a successivement reconnu qu'il peut être donné lecture: 1° des procès-verbaux constatant le délit; car si l'article 313 n'ordonne la lecture que de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, cet article n'est point limitatif, et d'ailleurs l'article 341, prescrit la remise de ces actes aux jurés; 2° des procès-verbaux constatant le délit, lors même qu'ils contiennent des déclarations de témoins, car l'article 341, qui défend la remise de ces déclarations aux jurés n'est pas prescrit à peine de nullité; 3° des interrogatoires d'un coprévenu décédé ou mis hors du procès par la chambre d'accusation; puisque ce ne sont pas là des déclarations de témoins; 4° des interrogatoires des parents qui-ne pourraient témoigner contre l'accusé, lorsqu'ils les ont subis à titre d'inculpés; 5° des déclarations écrites des témoins, dans les cas qui ont été ci-dessus spécifiés; 6° enfin des écrits divers qui, tels que des lettres missives trouvées au domicile de l'accusé, peuvent jeter du jour sur le fait incriminé, ou donner des renseignements sur la moralité de l'accusé ou sur celle des témoins.” HÉLIE, Fautin. *Traité...* v. 3. Op. cit., p. 574-575.

<sup>474</sup> Artigo 317, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Les témoins déposeront séparément l'un de l'autre, dans l'ordre établi par le procureur général. Avant de déposer, ils prêteront, à peine de nullité, le serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, et rien que la vérité. Le président leur demandera leur nom, prénoms, âge, profession, leur domicile ou résidence, s'ils connaissent l'accusé avant le fait mentionné dans l'acte d'accusation, s'ils sont parents ou alliés, soit de l'accusé, soit de la partie civile, et à quel degré; il leur demandera encore s'ils ne sont pas attachés au service de l'un ou de l'autre: cela fait, les témoins déposeront oralement.”

<sup>475</sup> Artigo 318, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Le président fera tenir note par le greffier, des additions, changements ou variations qui pourraient exister entre la déposition d'un témoin et ses précédentes déclarations. Le procureur général et l'accusé pourront requérir le président de faire tenir les notes de ces changements, additions et variations.”

<sup>476</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 73. [Tradução livre de: “(...) fra le carte messe sotto gli occhi della giuria, quindi, figurano anche i verbali degli interrogatori.”]

<sup>477</sup> Artigo 268, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il pourra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité; et la loi charge son honneur et sa conscience d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation.”

com isso, transmitir qualquer informação que entendesse útil aos jurados (uma vez que os atos realizados na fase preliminar estavam em suas mãos), bem como intimar novas testemunhas.<sup>478</sup> Desta forma, segundo CORDERO, a instrução secreta contaria mais que a encenação pública.<sup>479</sup>

Diante disso, e dos poderes conferidos ao presidente do júri, ele poderia fazer aquilo que quisesse, pois não implicaria nulidade o fato de serem entregues aos jurados as disposições escritas produzidas unilateralmente durante a fase instrutória, ainda que contrariamente ao disposto em lei. Como anota CORDERO, a proibição vinha iludida com uma transplantação dos conteúdos referentes aos atos da acusação, de modo que, se fosse do interesse de quem acusava, poderia afastar suas testemunhas do contraditório<sup>480</sup>, mantendo seus depoimentos anteriormente prestados acessíveis aos jurados.

Assim, o resultado era extremamente previsível: a fase processual, pretensamente acusatória, restava contaminada pelos elementos produzidos de forma monológica, secreta e solitária pelo juiz instrutor, na fase de instrução preliminar (etapa inquisitória).<sup>481</sup> KHALED JUNIOR. afirma que o caráter de possível garantia desse modelo de processo se perdia quase que inteiramente, pois:

(...) a manutenção de uma estrutura inquisitória na primeira fase fazia da segunda um espetáculo pseudoacusatório, no qual o que contava era a satisfação da ambição da verdade preconizada na etapa preliminar. Em última análise, a hipótese acusatória já vinha dada para o juiz, que partia da expectativa de preenchimento dessa “verdade”. Se os elementos colhidos na primeira etapa fossem postos em questão, ainda restava a opção de solicitação de novas diligências, conformando novamente uma sobreposição dos papéis de acusar e julgar.<sup>482</sup>

---

<sup>478</sup> Artigo 269, do *Code d’Instruction Criminelle* de 1808: “Il pourra, dans le cours des débats, appeler, même par mandat d’amener, et entendre toutes personnes, on se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraîtraient, d’après les nouveaux développements donnés à l’audience, soit par les accusés, soi, par les témoins, pouvoir répandre un jour utile sur le fait contesté. Les témoins ainsi appelés ne prêteront point serment, et leurs déclarations ne seront considérées que comme renseignements.”

<sup>479</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 67.

<sup>480</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 74.

<sup>481</sup> KHALED JUNIOR., Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 123.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 127-128.

Posteriormente, os doze jurados deliberavam sobre o fato principal e, na sequência, sobre cada uma das circunstâncias<sup>483</sup>, respondendo os quesitos formulados pelo presidente do júri.<sup>484</sup> A decisão dos jurados seria formada pela maioria, e caso houvesse igualdade de votos (empate), prevaleceria à opinião mais favorável ao acusado.<sup>485</sup> Quando o acusado fosse declarado culpado do fato principal, isto é, do fato constitutivo do crime (excluídas as demais circunstâncias, como as agravantes, excludentes, etc.) pela maioria simples dos jurados (sete votos contra cinco) deveriam votar também os cinco juízes togados. Neste caso, seriam somados os votos dos juízes com o dos jurados, bastando para a condenação (ou para a absolvição) a maioria simples (nove votos contra oito)<sup>486</sup>. Da decisão proferida pelo júri não caberia nenhum recurso.<sup>487 488</sup>

Na hipótese de condenação, se os cinco juízes togados entendessem (por unanimidade) que os jurados estavam errados sobre o mérito, poderiam suspender o julgamento, submetendo o caso à seção seguinte, composta por um novo corpo de jurados. Neste caso, a Corte estava obrigada a pronunciar a decisão imediatamente

---

<sup>483</sup> Artigo 344, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Les jurés délibéreront sur le fait principal, et ensuite sur chacune des circonstances.”

<sup>484</sup> Artigo 345, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Le chef du jury les interrogera d’après les questions posées, et chacun d’eux répondra ainsi qu’il suit: 1°. Si le juré pense que le fait n’est pas constant ou que l’accusé n’en est pas convaincu, il dira: ‘Non, l’accusé n’est pas coupable.’ En ce cas, le juré n’aura rien de plus à répondre. 2°. S’il pense que le fait est constant, et que l’accusé en est convaincu, il dira: ‘Oui l’accusé est coupable d’avoir commis le crime, avec toutes les circonstances comprises dans la position des questions.’ 3°. S’il pense que le fait est constant, que l’accusé en est convaincu, mais que la preuve n’existe qu’à l’égard de quelques-unes des circonstances, il dira: ‘Oui l’accusé est coupable d’avoir commis le crime avec telle circonstance, mais il n’est pas constant qu’il l’ait fait avec telle autre.’ 4°. S’il pense que le fait est constant, que l’accusé en est convaincu, mais qu’aucune des circonstances n’est prouvée, il dira: ‘Oui, l’accusé est coupable, mais sans aucune des circonstances.’ ”

<sup>485</sup> Artigo 347, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “La décision du jury se formera pour ou contre l’accusé, à la majorité, à peine de nullité. En cas d’égalité de voix, l’avis favorable à l’accusé prévaudra.”

<sup>486</sup> Artigo 351, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “Si néanmoins l’accusé n’est déclaré coupable du fait principal qu’à une simple majorité, les juges délibéreront entre eux sur le même point; et si l’avis de la minorité des jurés est adopté par la majorité des juges, de telle sorte qu’en réunissant le nombre des voix, ce nombre excède celui de la majorité des jurés et de la minorité des juges, l’avis favorable à l’accusé prévaudra.”

<sup>487</sup> Artigo 350, do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808: “La déclaration du jury ne pourra jamais être soumise à aucun recours.”

<sup>488</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 73.

após o julgamento, independentemente qual fosse o veredito (ainda que este fosse igual ao primeiro).<sup>489</sup>

Portanto, no modelo napoleônico ou reformado de processo, conforme expõe CORDERO:

Da instrução ao debate se passa da obscuridade à luz plena: lá um labirinto obscuro e secreto, inteiramente parcial e rodeado por interesses repressivos, como queria as Ordonnance; aqui tudo é publicidade, debates orais, livre defesa e plena acusação. Inquisição e espetáculo acusatório; mas como já temos notado é uma distribuição aparente: os termos instrutórios pesam sobre a decisão (...).<sup>490</sup>

Como se pode perceber, Napoleão pretendendo manter o poder e o controle dos processos, convenientemente, suprimiu a regra do artigo 365 do *Code des Délits et des Peines*, fazendo com que chegasse nas mãos dos jurados os elementos colhidos durante a investigação preliminar (fase inquisitorial). Com isso, possibilitou a utilização destes elementos durante o julgamento (fase acusatória) para efeitos de prova, pois a formação da convicção se dava pela íntima convicção, e os jurados não precisavam motivar ou fundamentar a decisão. Portanto, “parece não haver dúvidas que o sistema que daí surge é inquisitório por definição, uma vez que preserva a epistemologia inquisitória ainda que de forma velada.”<sup>491</sup>

Desse modo, o depoimento das testemunhas deixou de servir e ser valorado apenas no juízo de admissibilidade da acusação, passando a servir também para a condenação. Assim, “pode-se dizer que foi conservada a estrutura do processo inquisitório (excluída a tortura), com a inclusão de um apêndice denominado

---

<sup>489</sup> Artigo 352, do *Code d’Instruction Criminelle* de 1808: “Si, hors le cas prévu par le précédent article, les juges sont unanimement convaincus que les jurés, tout en observant les formes, se sont trompés sur le fond, la cour déclarera qu’il est sursis au jugement, et renverra l’affaire à la session suivante, pour être soumise à un nouveau jury, dont ne pourra faire partie aucun des premiers jurés. Nul n’aura le droit de provoquer cette mesure; la cour ne pourra l’ordonner que d’office, et immédiatement après que la déclaration du jury aura été prononcée publiquement et dans le cas où l’accusé aura été convaincu; jamais lorsqu’il n’aura pas été déclaré coupable. La cour sera tenue de prononcer immédiatement après la déclaration du second juré, même quando elle serait conforme à la première.”

<sup>490</sup> CORDERO, Franco. *Procedura...* Op. cit., p. 66. [Tradução livre de: “Dall’istruzione al dibattimento <on passe de l’obscurité au plein jour>: là un labirinto scritto e segreto, <tourné tout entier du côté> degli interessi repressivi, como voleva l’Ordonnance; <ici tout est publicité, débats oraux, libre défense et pleine discussion>. Inquisizione e spettacolo accusatorio, ma abbiamo già notato come sia un ‘partage’ aparente: i verbali istruttori pesano sulla decisione (...).”]

<sup>491</sup> KHALED JUNIOR., Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 126.

juízo; segundo a fórmula transmitida, o processo é composto de uma instrução, escrita e secreta, e de um juízo oral e público.<sup>492</sup>

Como anota CORDERO:

E assim, pela Lei de 17 de novembro de 1808, nasce o chamado processo misto, mostro de duas cabeças: nos labirintos escuros da instrução reina Luís XIV; segue uma cena disputada coram populo. Para alguns parece uma obra-prima: segundo os eufemismos, a informação preliminar que aparece nas ordonnance de 1670, é uma das mais preciosas conquistas da legislação; habilmente conduzida, ela protege os direitos dos cidadãos contra medidas imprudentes; ela prepara o juízo; ela protege a sabedoria; em suma, é o legado mais fecundo do Quatrocentos aos modernos. Jean Constantin, Charles Dumoulin, Pierre Ayrault, julgam-na menos bem: existe um abismo, nota o último, entre instrução secreta e pública; é fácil a portas fechadas ajustar ou diminuir, produzir brigas ou impressões (...).<sup>493</sup>

Em suma, as *Ordonnance Criminelle* de 1670 reapareceu reencarnada no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808<sup>494</sup>, e com ele caíram por terra os ideais vindos com a Revolução, uma vez que foram definitivamente aniquilados pelos mecanismos engendrados por Napoleão e Cambacérès. Este código restou de um aparato político movido pela vontade de poder, que manteve a gestão das provas concentrada nas mãos do juiz e possibilitou a utilização de elementos obtidos unilateralmente e sem contraditório na fase processual. Eis a fraude criada pelo modelo napoleônico de processo.

Não bastasse isso, o *Code d'Instruction Criminelle* e sua estrutura processual (denominada mista, mas que no fundo é eminentemente inquisitória), serviu de modelo para os demais códigos da Europa; foi base para as demais estruturas processuais do

---

<sup>492</sup> CORDERO, Franco. *La riforma...* Op. cit., p. 716. [Tradução livre de: “si può dire che sia stata conservata la struttura del processo inquisitorio (eccettuata la tortura), con l’innesto di un’appendice denominata ‘dibattimento’; secondo la formula tramandata, il processo si compone di un’istruzione, scritta e secreta, e di un dibattito orale e pubblico.”]

<sup>493</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 73. [Tradução livre de: “E così, dalla l. 17 novembre 1808, nasce il processo cosiddetto misto, mostro a due teste: nei labirinti bui dell’instruction regna Luigi XIV; segue una scena disputata coram populo. A qualcuno sembra un capolavoro: secondo gli eufemisti, <l’information préliminaire> quale appare nell’ordonnance 1670, <est une des plus précieuses conquêtes de la législation>; abilmente condotta, <elle protege les droits des citoyens contre des mesures imprudentes; elle prepare le jugement; elle en assure la sagesse>; insomma, è il lascito <le plus fécond> del Quattrocento ai moderni. Jean Constantin, Charles Dumoulin, Pierre Ayrault, la giudicavano meno bene: c’è un abisso, nota l’ultimo, dall’ <instruction secrète> alla palese; <il est facile à huis clos d’ajuster ou de diminuer, de faire brigues ou impressions> (...).]

<sup>494</sup> KHALED JUNIOR., Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 121.

mundo ocidental<sup>495</sup>, e se perpetuou no tempo, de modo que os rastros da inquisição se fazem presente em muitos países até os dias atuais, como o Brasil, para se ter apenas um exemplo.

Com efeito, em que pese parte da doutrina afirmar que o código napoleônico ou reformado trouxe um sistema processual misto, não se trata de um novo sistema, uma vez que ele é (ainda) baseado no sistema inquisitório<sup>496</sup>. A mudança foi puramente formal<sup>497</sup>, pois ele mantém o “*status quo*” e, portanto, a estrutura inquisitorial<sup>498</sup>.

Ademais, HÉLIE assevera que nenhuma das fontes do *Code d’Instruction Criminelle* são modernas, uma vez que muitas de suas disposições dizem respeito com legislações criadas pelas *Ordonnance* de 1539 e de 1670; que as principais formas de processo escrito retornam às regras do direito eclesiástico; que os princípios da instrução oral e pública são um regresso àqueles que vigoraram na França por dez séculos, sendo uma reprodução das formas de processo anterior ao século XVI e uma imitação das regras do processo grego e romano; e que as disposições recursais têm origem no direito feudal.<sup>499</sup>

Consoante ensina CORDERO, a noção de processo em dois tempos, ou seja, sistema bifásico, o qual tem um primeiro momento inquisitório e um segundo acusatório, ainda que possa seduzir alguns, repugna a razão, uma vez que é impossível conciliar dois opostos.<sup>500</sup>

Na realidade, como observa COUTINHO:

(...) o *sistema* napoleônico nada mais era – e é, para quem o adota – um *Sistema Misto*, ou seja, um Sistema *Inquisitorial* mesclado com elementos provenientes do Sistema Acusatório, sobretudo partes, acusação separada formalmente do órgão julgador e debates orais. Por ele

<sup>495</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito...* Op. cit., p. 522.

<sup>496</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *L’esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penale brasiliano*. Roma, 1988. 253 f. Tese (doutor em direito) – Scuola di Specializzazione in Diritto Penale e Criminologia, Università Degli Studi di Roma “La Sapienza”. p. 16. “(...) Il Code d’instruction criminelle (1808) ne è risultato, ma questo non ha scacciato lo spirit inquisitorio.”

<sup>497</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 39.

<sup>498</sup> Nas palavras de COUTINHO: “il sistema misto, mantiene lo “*status quo*” e quindi la struttura inquisitoria.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *L’esigenza...* Op. cit., p. 20.

<sup>499</sup> HÉLIE, Faustin. *Traité...* v. 1. Op. cit., p. 4.

<sup>500</sup> CORDERO, Franco. *La riforma...* Op. cit., p. 717.

(...) nazistas, fascistas, soviéticos e todos os regimes totalitários chamaram de “democráticos” seus sistemas processuais penais, em geral, tratando-os como “Sistemas Acusatórios”.<sup>501</sup>

Superada a análise da base estrutural do processo penal (aportes históricos e epistemológicos dos sistemas processuais penais), passa-se a análise das fontes históricas do processo penal no Brasil.

---

<sup>501</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 110.

## 2 FONTES HISTÓRICAS DO PROCESSO PENAL NO BRASIL

### 2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Assim como as estruturas processuais tratadas no capítulo anterior, para um estudo mais adequado do processo penal brasileiro, bem como para a compreensão da origem e finalidade dos seus institutos, necessário se faz o estudo de sua evolução histórica, bem como o conhecimento de suas fontes.<sup>502</sup>

Como visto anteriormente, o sistema inquisitório (a partir do século XVI) dominou o continente europeu, sendo um dos instrumentos de formação e consolidação do absolutismo dinástico, que prevaleceu na Europa até o final do século XVIII. Este sistema passou das justiças eclesiásticas para as justiças seculares, invadindo os tribunais régios permanentes, perpetuando-se nas justiças monárquicas europeias e na germânica Carolíngia; nas Ordenações francesas; nos estatutos e práticas dos principados italianos.<sup>503</sup>

Da mesma forma ocorreu com as Ordenações que vigoraram no reino de Portugal (a partir do século XV), pois lá, como nos demais países do continente europeu, implantou-se a centralização monárquica. Tal situação se deu, em grande parte, em virtude de reestruturações de ordem judiciária e processual, o que ocasionou o gradativo enfraquecimento das justiças senhoriais.<sup>504</sup>

De maneira geral, no Brasil, até a sua independência, grande parte da legislação penal e processual penal que vigorou estava prevista nas Ordenações portuguesas, especialmente naquelas do Livro V, das Ordenações Filipinas<sup>505</sup>, algumas

---

<sup>502</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 12.

<sup>503</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 111.

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>505</sup> As *Ordenações Afonsinas* e as *Ordenações Manuelinas* antecederam as *Ordenações Filipinas*. As *Ordenações Afonsinas* foram concluídas em 28 de julho de 1446 e publicadas (provavelmente) no mesmo ano ou, no ano seguinte, no reinado de D. Afonso V. Vieram a público por ordem de D. Pedro (tio de D. Afonso V), que assumiu a direção do país em virtude de seu sobrinho se ter tornado rei com apenas sete anos de idade. Foi uma das primeiras codificações da modernidade, e dispunha sobre diversas matérias necessárias para a administração de um Estado (v.g. direitos do rei; administração fiscal; jurisdição dos donatários régios; direito civil; forma do processo civil; cargos públicos; bens e privilégios da Igreja; delitos; penas; processo penal; etc.). Sofreu influência do Direito

leis extravagantes ou especiais (também portuguesas), e outras editadas no Brasil<sup>506</sup>, com a vinda da família real portuguesa, em 1808.<sup>507 508</sup>

---

Romano de Justiniano e do Direito Canônico e seu procedimento inquisitorial (quanto à doutrina, teve como modelo o *Corpus Juris*, e quanto ao método e disposição das matérias, teve como base as Decretais do Papa Gregório IX) e, em que pese sua importância, pelo pioneirismo e pela época de surgimento, pela colaboração para a evolução do Direito Português (em especial para as Ordenações Manuelinas e Filipinas), bem como por ter representado um efetivo combate à vingança privada, apresentou diversas imperfeições, contradições e falta de unidade. São exemplos disso a grande gama de infrações religiosas com pesadas penas; a desigualdade na aplicação das penas, pois os crimes de feitiçaria e encantos, de trato ilícito de cristãos com judia ou moura, furto de valor de marco de prata, eram punidos com a pena de morte, os nobres sofriam penas menores que os plebeus, etc. No tocante à indagação dos crimes, admitia-se: o modo de acusação do Direito Romano; as querelas, resultantes dos antigos costumes; e as inquirições devassas, do Direito Canônico, processadas por acusação, denúncia ou por inquirição de ofício. Na sequência, ocorria a citação do acusado, com as formalidades do juramento e a nomeação de testemunhas, salvo nos casos de inquirição de ofício, onde ocorreria a citação apenas após a oitiva das testemunhas. No interrogatório, o acusado poderia confessar e exigir que as testemunhas se tornassem judiciais, prestando depoimento na sua presença (*recolatio* e *confrontatio*) e, após as inquirições, era concedido ao acusado termo para a apresentação da sua defesa. No período das *Ordenações Manuelinas*, publicadas em 11 de março de 1521, no reinado de D. Manuel I, o processo penal se dava da seguinte forma: os processos iniciavam por querelas juradas, por denúncias ou por inquirições devassas. Para o recebimento de qualquer querela, era necessário o juramento do queixoso e o abono de uma testemunha conhecida. Os tabeliões, os inquiridores e outros oficiais da justiça eram auxiliares da justiça real. Logo após a querela, o julgador determinava a prisão do querelado, salvo nos casos de crimes de menor gravidade, os quais reclamavam uma prova sumária das arguições, no prazo de vinte dias. Havia a possibilidade de apelação tanto das sentenças quanto das decisões interlocutórias irreparáveis, como a imposição de tortura, por exemplo. No caso de sentença definitiva, se a apelação não fosse interposta pela parte, deveria ser interposta pelo juiz de ofício. Eram cominadas penalidades para os juízes que não observassem as Ordenações. Com o passar do tempo, foram elaboradas diversas outras leis (que foram compiladas por Duarte Nunes Leão), de modo que, no reinado de D. Sebastião, mais uma codificação se levou a efeito (conhecida como *Código Sebastião*, bem como Leis Extravagantes de Duarte Nunes Leão), para consolidar o triunfo da Legislação do *Corpus Juris* bem como do absolutismo real. Esse trabalho, após revisão de Lourenço da Silva e outros juriconsultos, foi aprovado pelo Alvará de 14 de fevereiro de 1569, entrando em vigor com força de lei. Esse código estava dividido em seis partes, tendo como lei mais importante a *Ordem do Juízo*, na qual se estabelecia a ordem que deviam seguir os processos em juízo. Todavia, como observa ALMEIDA, essa compilação não teve o mesmo alcance das primeiras. Após essa coleção, a legislação prosseguiu aumentando demasiadamente, tanto nos reinados de D. Sebastião e D. Henrique, quanto no reinado de D. Filipe I (Filipe II, da Espanha), o qual, além de promulgar dois importantes diplomas legais (a Lei de Reforma da Justiça e o Regimento da Relação do Porto) mandou organizar uma nova compilação, denominada *Ordenações Filipinas*, que foi definitivamente promulgada por seu filho, D. Filipe II (Filipe III, da Espanha). ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1870, p. XX-XXV; THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 67-76; PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., 54-62.

<sup>506</sup> A denominação do termo ‘leis’ era empregada em um sentido muito mais amplo do que aquele que é utilizado nos dias de hoje. Entendia-se por lei “qualquer manifestação da vontade do rei, destinada a introduzir modificações na ordem jurídica existente. As chamadas *leis extravagantes*, ou *especiais*, abrangiam as cartas régias, as cartas de lei ou cartas patentes, e, ao lado destas, os alvarás, os decretos, as resoluções, as portarias e os avisos. De todos, os mais importantes eram as cartas de lei e os alvarás, que se diferenciavam pela duração e pelo formulário.” *Ibidem*, p. 69.

No início, com a colonização do Brasil por Portugal, foi implantado o sistema de capitanias hereditárias, o qual inaugurou uma fase bastante definida na política adotada pela Coroa Portuguesa com relação ao Brasil. Com isso, as jurisdições civil e penal foram outorgadas aos donatários.<sup>509</sup>

As capitanias hereditárias foram um sistema de administração territorial, instituído pelo rei de Portugal (D. João III), entre os anos de 1534-1536, através do qual se dividiu o território brasileiro em donatarias (quinhões), que foram entregues para administração de particulares (sobretudo, de nobres que tinham relações com a Coroa Portuguesa), os quais foram chamados de donatários. Assim, dividiu-se o Brasil em quatorze capitanias, que foram doadas para doze donatários.

Este sistema objetivava, sobretudo, a colonização do Brasil e a prevenção de invasões estrangeiras. O rei entregava a terra aos donatários, para que estes a administrassem como província, e não como propriedade privada. Além de colonizar e

---

<sup>507</sup> Vigoraram também algumas disposições do Livro III, das Ordenações Filipinas. No tocante às leis que apresentavam conteúdo processual penal, editadas pelo Príncipe Regente D. Pedro, destacam-se: Alvará de 1º de abril de 1808 (criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça); Alvará de 22 de abril de 1808 (criou o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens); Alvará de 10 de maio de 1808 (regulou a Casa da Suplicação e deu providências a bem da administração da Justiça); Decreto de 22 de outubro de 1810 (concedeu perdão aos criminosos presos); Decreto de 06 de fevereiro de 1818 (concedeu perdão aos presos que se encontravam nas cadeias públicas do Reino do Brasil por causas criminais, exceto nos crimes enumerados); Alvará de 30 de março de 1818 (proibiu as sociedades secretas); Decreto de 30 de julho 1818 (dispunha sobre a execução da pena última); Decreto de 20 de março de 1821 (concedeu perdão a todos os réus, com algumas exceções); Lei de 19 de dezembro de 1821 (permitiu que nos acórdãos e sentenças de votos coletivos, os juízes assinassem vencidos, sendo os demais considerados responsáveis pelo julgado); Decreto de 23 de março de 1822 (estendeu ao Reino do Brasil o perdão concedido aos réus no Reino de Portugal em decorrência do juramento das bases da Constituição). Proclamada a independência, D. Pedro concedeu anistia geral para as passadas opiniões políticas, pelo Decreto de 18 de setembro de 1822; comutou a pena de morte aos réus que tinham mais de três anos de prisão, pelo Decreto de 26 de novembro de 1822; comutou a pena de degredo para a Índia e Costa d'África aos réus detidos nas cadeias, por outro Decreto na mesma data do anterior. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 83-84.

<sup>508</sup> Conforme expõe PIERANGELLI, o direito processual penal pátrio não sofreu nenhuma influência da organização judiciária holandesa quando do seu domínio em território brasileiro. *Ibidem*, p. 80. Neste sentido, THOMPSON assevera que “nenhuma importância prática teve o domínio holandês no terreno jurídico, por isso que, além de limitado no tempo e no espaço, foi a legislação trazida por Nassau varrida e olvidada após a expulsão do invasor, em razão da repugnância que causava ao nacionalismo nascente dos brasileiros.” THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço...* Op. cit., p. 101.

<sup>509</sup> AB'SABER, Aziz Nacib; et al. *A época colonial: do descobrimento à expansão territorial*. t. 1. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 109-110.

administrar a terra, aos donatários cabia arcar com os custos da colonização, governá-la, protegê-la, promover sua prosperidade e, simultaneamente, beneficiar a Coroa.

Os donatários poderiam explorar os recursos naturais da terra (v.g. madeira, minérios, animais, etc.), mas deveriam pagar impostos sobre determinadas atividades e produtos (v.g. ouro, pedras preciosas, etc.). Não poderiam dividir, escambar, doar ou alienar de qualquer modo a capitania ou a governança dela, pois ao rei era reservado o direito de conservá-las integras ou modificá-las segundo interesse do Estado ou da Colônia, bem como não poderiam lesar os direitos e interesses da população.<sup>510</sup>

O sistema era regido por dois documentos: a *carta de doação*, na qual o rei fazia a concessão da terra aos donatários; e o *foral*, que determinava os direitos e deveres destes. Os donatários tinham jurisdição e alçada (sem apelação ou agravo) em causas criminais, até a morte natural para os peões, gentios e escravos, e até dez anos de degredo e cem cruzados de pena, para pessoas de maior qualidade, e, nas causas cíveis (com apelação e agravo) quando os valores excedessem a cem mil réis. Possuíam, ainda, competência para o conhecimento das apelações e agravos de qualquer lugar da capitania; poderiam influir nas eleições dos juízes e demais oficiais dos conselhos das vilas, entre outras. Nos casos não especificados, vigoravam as leis do Reino.<sup>511</sup>

Alguns anos depois, em 1548, D. João III, visando realizar a centralização da administração colonial, instituiu o governo geral<sup>512</sup>, em virtude de não se ter alcançado o resultado esperado com as capitanias hereditárias. Em março de 1549, chegou à Bahia o primeiro governador geral, Tomé de Souza. Na sequência, foi criado o cargo de ouvidor geral, o qual deveria presidir a justiça e exercer as demais funções de governo.<sup>513</sup>

---

<sup>510</sup> Idem, *ibidem*, p. 111-115.

<sup>511</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920, p. 151-152.

<sup>512</sup> O governo geral deveria dar favor e ajuda às demais povoações, ministrar a justiça e prover nas coisas que cumpriam ao serviço do rei, aos negócios da fazenda régia e ao bem das partes, conforme dispunha a Carta Régia de 07 de janeiro de 1549. NACIONAL, Bibliotheca. *Documentos Históricos 1549-1559: provimentos seculares e ecclesiasticos*. v. XXXV. Rio de Janeiro, 1937, p. 3.

<sup>513</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 72; AB'SABER, Aziz Nacib; et al. *A época...* Op. cit., p. 125.

Ademais, com o Alvará de 05 de março de 1557, o rei passou a nomear ouvidores para as capitanias, limitando a competência dos donatários na administração da justiça, em especial para abranger os peões cristãos, bem como a condenação à pena de morte nos casos de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, admitindo-se, nestes casos, apelação.<sup>514</sup>

Os ouvidores nomeados possuíam, em geral, as seguintes atribuições: conhecer e sentenciar de todas as causas cíveis e criminais (nas suas competências), dando apelação, instrumentos de agravo e cartas testemunháveis para a Relação do Estado do Brasil, nos casos que não fossem da sua alçada; conhecer, em grau de apelação, das sentenças dos ouvidores das capitanias do seu distrito e dos juizes ordinários das vilas, lugares e povoações de sua ouvidoria; possuíam alçada nos feitos cíveis até vinte mil réis e nos feitos criminais para condenação em pena de açoites os escravos e em pena de degredo por quatro anos os peões que vivessem de soldadas; nos casos em que coubesse pena de morte ou corte de membro, e nos casos de traição, sodomia, furto, roubo de navio e quebra de segurança, poderiam condenar como quisessem (sem apelação ou agravo); nos demais casos dariam apelação e agravo para a Casa de Suplicação de Lisboa; passavam alvarás de fiança e cartas de seguro; tiravam as devassas, as quais os corregedores eram obrigados a tirar, nos termos das Ordenações, etc.<sup>515</sup>

Com efeito, a administração da justiça passou a sofrer inúmeras e profundas modificações com as leis extravagantes que se seguiram (algumas foram compiladas nas Ordenações Filipinas), o que foi mudando gradativamente a estrutura vigente. Em 07 de março de 1609, criou-se um tribunal de segunda instância em Salvador, denominado de Relação da Bahia<sup>516</sup>. No Rio de Janeiro e em Minas Gerais foram criadas duas novas ouvidorias; no Maranhão foi organizada uma nova administração de justiça, estabelecendo-se um novo regimento para o ouvidor geral, capitães-mores e ouvidores da capitania. Em 1751, criou-se a Relação do Rio de Janeiro, a qual ficou

---

<sup>514</sup> Idem.

<sup>515</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 152-153.

<sup>516</sup> Julgava (em definitivo) as sentenças ou decisões de primeira instância. Substituiu a Casa de Suplicação de Lisboa que, até então, julgava (em grau de recurso) os processos provenientes do Brasil. O Tribunal de Relação da Bahia foi suprimido em 1636, e reestabelecido em 1652, no reinado de D. João IV. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 73.

responsável pelas causas e requerimentos dos distritos do sul do Brasil, e assim por diante.<sup>517</sup>

Além disso, funcionaram no Brasil colonial as juntas de justiça, as quais possuíam competência para o conhecimento dos crimes de deserção, desobediência e traição militar, resistência às autoridades, sedição e rebelião. Esses tribunais eram constituídos por magistrados (auditores civis, escolhidos entre os bacharéis letrados e oficiais militares) nomeados pelos governadores gerais e capitães generais.<sup>518</sup>

## 2.2 ORDENAÇÕES DO REINO

As Ordenações Filipinas<sup>519</sup> foram promulgadas no reinado de D. Filipe II e entraram em vigor em 11 de janeiro de 1603.<sup>520</sup> Relativamente ao processo penal, em grande parte, ela repetiu o conteúdo das Ordenações anteriores. O juízo criminal era diverso do juízo cível (tratava das causas criminais), e tratava dos fatos que viessem a ofender a paz pública ou os direitos dos cidadãos. No que fosse adaptável, o processo criminal ordinário possuía a mesma ordem e formalidades do processo civil ordinário, com libelo, contrariedade, réplica, tréplica, provas, alegações finais e sentença.<sup>521</sup>

---

<sup>517</sup> Idem, *ibidem*, p. 75-76.

<sup>518</sup> Idem.

<sup>519</sup> Conforme expõe PIERANGELLI, das Ordenações, as Filipinas é a de maior importância para o Brasil, uma vez que teve aplicação direta nesse território, principalmente após a criação do Tribunal de Relação da Bahia. No campo processual penal, a sua execução se deu até o ano de 1832, quando foi promulgado o Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Não obstante, sua aplicação estava limitada às questões que não tivessem sido revogadas pela Constituição de 1824 e pelas leis que a antecederam ou a sucederam, até a entrada em vigor do Código de Processo. Nas palavras do autor, “as Ordenações Filipinas tiveram por fonte as Ordenações Manuelinas, a Coletânea de Duarte Nunes de Leão e a legislação extravagante posterior. Nela, apresenta-se claramente a preocupação de atualização, que se sobrepõe à de inovação. Preservou-se o espírito da legislação lusa, mas, aproveitou-se da oportunidade para a modernização da linguagem. Portanto, só em medida muito restrita a legislação espanhola influenciou nas Ordenações Filipinas. (...) A luta contra a vingança privada, que começou com o fortalecimento do poder real e que ganhara maior ênfase com as duas primeiras compilações, prosseguiu com as Ordenações Filipinas.” *Ibidem*, p. 62-63, 70. Neste sentido, THOMPSON assevera que “foram as Ordenações Filipinas o primeiro código a vigorar, de fato, no Brasil. (...) Dos meados do século XVIII em diante, existindo no país uma vida administrativa, política e social regularmente desenvolvida, passam as Ordenações Filipinas a vigorar com absoluta preponderância.” THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço...* Op. cit., p. 100-101.

<sup>520</sup> Após Portugal se ter libertado do domínio espanhol, o Rei D. João IV promulgou, em 1643, uma lei revalidando as Ordenações Filipinas. MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 113.

<sup>521</sup> Idem; PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 64.

De acordo com MARQUES, no que se refere ao procedimento penal (livro V<sup>522</sup> das Ordenações Filipinas), o sistema normativo que lá continha era cruel e despótico, no qual se juntavam um direito penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo, nas inquirições devassas.<sup>523 524</sup>

Os procedimentos eram divididos de acordo com os crimes, os quais eram classificados em *públicos* e *particulares*. Nos *públicos*, a acusação necessitava: a) da querela ou da denúncia; da caução das custas, emenda e satisfação; do corpo de delito; e da pronúncia; ou b) da devassa (como instrumento oficial do juiz); seguida da inquirição judicial das testemunhas (repergunta e confrontação); e, finalmente, da pronúncia. Nos *particulares*, a acusação necessitava: a) da querela; b) da inquirição sumária; c) do corpo de delito; e d) da pronúncia.<sup>525</sup>

A pronúncia era a sentença do juiz que declarava o acusado suspeito do delito, do qual foi objeto da devassa ou da querela, e que o colocava no número dos culpados. Tinha como base os indícios de autoria e o corpo de delito.<sup>526</sup> Ou seja, constatada a existência do crime e descoberta a autoria, existindo provas suficientes para a prisão do acusado, sobrevinha a pronúncia, seguindo o processo de acusação e julgamento e o

---

<sup>522</sup> Disponível no livro: PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Javoli, 1980, p. 17-163.

<sup>523</sup> Importante notar que, sob a influência das ideias liberais que se difundiam na Europa (antes da Revolução Francesa), tentou-se uma reforma do Livro V das Ordenações Filipinas, pelo Decreto de 31 de março de 1778, o qual criou uma junta para exame e mudança da legislação em vigor (trabalho concluído em 1789). Todavia, pelo Decreto de 03 de fevereiro de 1789, nomeou-se e constituiu-se uma comissão para rever e censurar o trabalho anteriormente apresentado, de modo que este não obteve efeito. MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 113, 116.

<sup>524</sup> Conforme expõe THOMPSON, “aos delitos, na maior parte, era cominada pena de morte. Ocorre, porém, que podia ser de quatro espécies, havendo uma distância bastante considerável entre a forma mais grave e a mais leve: 1ª – Morte cruel – a vida era tirada lentamente, em meio de suplícios. Por vezes, ficava ao alvedrio do juiz ou do executor a escolha do meio de tornar mais sofrido o passamento do réu, outras vezes constava a forma de execução do próprio texto legal, sendo preferido, nesse caso, o vivicombúrio. 2ª – Morte atroz – em que se acrescentavam certas circunstâncias agravantes à punição capital, tais como o confisco de bens, a queima do cadáver ou seu esquartejamento, a proscricção da memória, etc. 3ª – Morte simples – limitada à supressão da vida, sem outros acréscimos, executava-se através da degolação ou do enforcamento, este reservado para as classes baixas, pois considerado infamante. 4ª – Morte civil – eliminava a vida civil e os direitos de cidadania. Além de aparecer registrada autonomamente para alguns delitos, decorria *ipso jure* de outras punições, como da deportação (com o condenado proscrito ou desnaturado), da relegação (com o infrator desterrado) ou da prisão perpétua.” THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço...* Op. cit., p. 84-85.

<sup>525</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, 56-57.

<sup>526</sup> Idem.

procedimento dos recursos, nos termos do Título CXXIV, do Livro V, das Ordenações Filipinas.<sup>527</sup>

Enquanto as causas criminais públicas poderiam ser propostas por qualquer cidadão, as causas criminais particulares poderiam ser intentadas apenas pelo ofendido. O conhecimento dos fatos (crimes) chegava ao juízo por intermédio de *devassas* (ou inquirições); de *querelas*; e de *denúncias*.<sup>528</sup>

Ademais, eram também distintas as causas que comportavam acusação da justiça, nas quais o Ministério Público fazia as vezes do queixoso, substituindo-o, oferecendo o libelo e seguindo os demais termos da causa, daquelas que não comportavam acusação da justiça. Quase todos os casos de querela também eram casos de devassa<sup>529</sup>, pois poderia a parte preferir aquela ao invés desta.<sup>530</sup> Deveriam os juízes competentes, logo que tomassem conhecimento do fato delituoso, formar corpo de delito e abrir a inquirição devassa (sem determinação do autor do fato, mas para descobri-lo).<sup>531</sup>

As *devassas*<sup>532</sup> eram as inquirições feitas para obter informações sobre os delitos, sendo classificadas em devassas gerais e devassas especiais. As devassas gerais se davam sobre delitos incertos, e ocorriam anualmente, quando os juízes iniciavam em seus cargos. Também eram consideradas gerais as denominadas *janeirinhas* (ocorriam no mês de janeiro de cada ano), que eram aplicadas em determinados crimes. Após iniciadas, elas deveriam terminar no prazo de trinta dias; a

---

<sup>527</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 114; PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos...* Op. cit., p. 116-121.

<sup>528</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 65.

<sup>529</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 113.

<sup>530</sup> Em especial os casos de apostasia (abandono ou renúncia de uma crença religiosa); sacrilégio (ato de impiedade; profanação; afronta a pessoa sagrada ou venerável); lesa majestade (atentado contra a pessoa do rei); roubo de estrada; morte de homem (homicídio); incesto (união ou cópula ilícita entre parentes próximos); sodomia (prática sexual em que há penetração do ânus com o órgão genital masculino); lenocínio (crime de aliciação para fim desonesto, especialmente para comércio sexual ou prostituição); falsidade; bigamia (estado de quem tem dois consortes ao mesmo tempo); moeda falsa; testemunho falso; quebra de degredo (violação à pena de desterro); blasfêmias (insulto contra o que se considera sagrado); etc. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 145.

<sup>531</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 113.

<sup>532</sup> Tiveram sua origem no procedimento inquisitivo. *Ibidem*, p. 114.

competência era dos juízes de fora<sup>533</sup> e ordinários<sup>534</sup>, bem como dos corregedores nas suas respectivas corregedorias. As devassas especiais pressupunham a existência de um delito com autoria incerta, e deveriam começar dentro de oito dias após o sucesso (salvo nos casos de flagrante delito e de incêndio) e terminar no prazo de trinta dias; a competência era dos juízes do local do delito ou dos juízes e demais ministros comissionadas para tanto. As testemunhas inquiridas nas devassas não poderiam exceder a trinta, de regra.<sup>535</sup>

Ademais, as devassas não eram consideradas como inquirições judiciais (para efeito de julgamento) sem que houvesse reperguntas às testemunhas, uma vez que se procediam as devassas sem a citação da parte. Todavia, nos casos de prisão preventiva e naqueles em que o acusado dispensasse (formalmente) a reiteração, esta não seria necessária.<sup>536</sup>

A *querela* era a delação de um fato criminoso, feita por qualquer do povo (nos crimes públicos) ou pelo ofendido (nos crimes particulares) ao juízo competente, através da qual se lavrava o respectivo auto.<sup>537</sup> Como regra, era inadmissível acusação sem a querela preliminar, salvo em alguns casos de crimes particulares previstos na legislação. Poderiam querelar todos aqueles que não estivessem proibidos por lei (v.g. o impúbere, o furioso, a mulher casada sem autorização de seu marido, etc.).<sup>538</sup>

---

<sup>533</sup> No ano de 1696 foram nomeados os primeiros juízes de fora do Brasil, os quais foram designados para a Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro. Foram assim chamados porque deveriam ser de fora da terra ou do senado. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 75.

<sup>534</sup> Pertenciam à câmara e eram eleitos pelos vizinhos, possuindo jurisdição até a chegada dos juízes de fora. *Idem*.

<sup>535</sup> São exemplos de casos de devassas gerais: compra, venda ou empenho dos bens da Igreja; o indevido uso de Dom; blasfêmias; sortilégio (malefício de feiticheiro); lenocínio, sodomia e molície (libidinidade; sensualidade); tabulagem ou jogos proibidos; incesto de pessoas comprometidas ao casamento; etc. São exemplos de casos de devassas especiais: homicídios; fuga de preso; moeda falsa; cárcere privado; estupro; arrombamento de cadeia; aliciação; etc. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 143-144.

<sup>536</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 145.

<sup>537</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 145.

<sup>538</sup> A proibição poderia ser absoluta ou relativa (para certas pessoas e certos crimes). Eram proibidos de querelar nos crimes públicos e como pessoas do povo: I. Os Oficiais de Justiça, nos casos em que somente se pode seguir pena corporal; II. O inimigo capital; III. O Clérigo; IV. A mulher; V. O condenado a degredo perpétuo; VI. O infame; VII. O sócio do crime; VIII. O condenado em causa cível ou criminal, enquanto a sentença não fosse executada; IX. Aquele que pelo mesmo caso utilizou-se da ação cível. Somente poderiam querelar as partes ofendidas nos seguintes casos: I. De adultério; II. De feridas ou nódoas que não tenham resultado aleijão ou deformidade; III. De corte de árvores

As querelas deveriam conter: o juramento de calúnia<sup>539</sup>; os nomes do querelante (queixoso) e do querelado; o reconhecimento da pessoa do querelante<sup>540</sup>; a nomeação das testemunhas<sup>541</sup> (não poderiam exceder o número de três ou quatro<sup>542</sup>); a declaração do tempo e lugar do delito; e a caução (quando feita por pessoa do povo)<sup>543</sup>. Elas deveriam ser dadas: dentro de um ano da data do fato delituoso (prazo decadencial)<sup>544</sup>; e pessoalmente, exceto nos casos em que o querelante estivesse legalmente impedido de fazê-la (perigo de morte em virtude das feridas sofridas), admitindo-se, neste caso, a querela por procurador.<sup>545</sup>

Após o lançamento da querela, seguia-se ao sumário de querela (com audiência das testemunhas e juramento de calúnia), o qual era formalmente lançado. Na sequência, procedia-se ao corpo de delito (era a base de todo procedimento criminal), que se formava pela inspeção ocular, por conjecturas e pelos depoimentos das testemunhas. A falta do corpo de delito não poderia ser suprida pela confissão do acusado.<sup>546</sup>

A *denúncia* era a comunicação do cometimento de um crime público feita à justiça, para que o juiz procedesse de ofício. Era semelhante ao que se conhece hoje pelo nome de *notitia criminis*. Os denunciantes faziam a comunicação ao juiz sobre a existência de um crime ou de quem fosse o seu autor, mas sem tomar parte ativa no procedimento (não possuíam interesse próprio), que ficava a cargo da justiça.<sup>547</sup>

Caberia denúncia<sup>548</sup> apenas nos crimes que admitissem a devassa ou naqueles em que a lei expressamente a facultava (v.g. blasfêmia, onde era admitida a denúncia

frutíferas; IV. De furto de pomares e vinhas, que não excedesse a trezentos réis. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 65-66.

<sup>539</sup> Título CXVII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos...* Op. cit., p. 106.

<sup>540</sup> Título CXVII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. *Ibidem*, p. 107.

<sup>541</sup> Título CXVII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. *Ibidem*, p. 106.

<sup>542</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 67.

<sup>543</sup> Título CXVII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos...* Op. cit., p. 106.

<sup>544</sup> Título II, do Livro V, das Ordenações Filipinas. *Ibidem*, p. 18.

<sup>545</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 67.

<sup>546</sup> *Idem*.

<sup>547</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 68.

<sup>548</sup> Esta denúncia não se confunde com a denúncia fiscal, dada para percepção de sisas, coimas, impostos, comisso, etc. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 146.

secreta, por juramento), casos em que era exigida a fiança.<sup>549</sup> A denúncia tinha como única formalidade: o juramento.<sup>550</sup> Na hipótese do denunciado ser encontrado sem culpa, o denunciante seria condenado ao pagamento das custas.<sup>551</sup>

Os tormentos eram perguntas feitas pelo juiz aos acusados por crimes graves, visando compeli-los a falar a ‘verdade’ por meio da tortura (tratos do corpo).<sup>552</sup> Eles eram admitidos como meio de prova, observadas as seguintes regras: a) não poderia dar tormento a cavaleiros, fidalgos, doutores em cânones, leis ou medicina, juízes e vereadores<sup>553</sup>; b) era permitido apelar do tormento; c) o tormento poderia se dar por pequenos indícios em crime de lesa majestade; d) era permitido repetir o tormento nos casos em que houvesse evidentes indícios (ainda que o acusado negasse, mas o juiz não acreditasse), quando sobreviessem novos indícios, ou quando o acusado voltasse atrás após confessar<sup>554</sup>; e) dava-se tormento de até quarenta açoites ao escravo fugitivo para que falasse quem era o seu senhor (sem apelação nem agravo)<sup>555</sup>; f) dava-se tormento ao acusado de casar duas vezes, quando negasse o segundo matrimônio<sup>556</sup>; g) dava-se tormento ao malfeitor contra o qual existisse evidentes indícios, nos casos em que o corregedor da Corte assim o entendesse (com o acordo do regedor e de alguns desembargadores<sup>557</sup>); h) dava-se tormento ao acusado quando houvesse contra ele uma

---

<sup>549</sup> Nestes casos a denúncia se confundia com a querela (dada por qualquer do povo), pois dependia dos mesmos requisitos legais. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 68.

<sup>550</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 146.

<sup>551</sup> Título II, do Livro V, das Ordenações Filipinas. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos...* Op. cit., p. 18; PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 68.

<sup>552</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 147; ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios...* Op. cit., p. 57.

<sup>553</sup> Salvo nos casos de crime de lesa majestade; aleivosia (traição cometida por aquele em quem se deposita fé); falsidade; moeda falsa; testemunho falso; feitiçaria; sodomia; alcovitaria (ajudar em relações amorosas; aliciar); e furto, pelos quais seriam atormentados e punidos como qualquer outro do povo. Título CXXXIII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos...* Op. cit., p. 133.

<sup>554</sup> Título CXXXIII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. *Idem*.

<sup>555</sup> Título LXII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. *Ibidem*, p. 55.

<sup>556</sup> Caso o acusado não confessasse, após o tormento, seria degradado para a África (por quatro anos ou mais) pelo engano e injúria cometida. Título XIX, do Livro V das Ordenações Filipinas. *Ibidem*, p. 30.

<sup>557</sup> Título VII, do Livro I, das Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p27.htm>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2015.

só testemunha, a confissão extrajudicial, fama judicial ou fuga<sup>558</sup>; i) dava-se tormento na presença do julgador, do escrivão e do ministro<sup>559</sup>, somente.<sup>560</sup>

Os tormentos poderiam ser autorizados apenas pelos juízes, após acusação escrita. Caberia recurso da decisão judicial que autorizava o tormento (assim como a sentença). O juiz não poderia condenar o acusado que tivesse confessado no tormento, senão após a ratificação dessa confissão em juízo.<sup>561</sup>

Terminado o período de provas, procedia-se à publicação, ou ato judicial, pelo qual se renunciava às demais provas, e se disponibilizava os autos às partes. Na sequência vinham as alegações finais e, finalmente, a conclusão (sujeição da causa ao conhecimento do juiz) e a sentença (que deveria ser escrita e assinada por ele).<sup>562</sup>

Prevalecia o sistema de prova legal, no qual o juiz deveria decidir de acordo com o alegado e provado, ainda que pensasse de maneira diversa. Todavia, como afirma ALMEIDA JUNIOR, é forçoso reconhecer que, em matéria criminal, não seria difícil o juiz harmonizar os preceitos legais com os ditames de sua consciência, exceto em raríssimos casos.<sup>563</sup>

Ademais, o juiz não poderia aplicar penas ao seu arbítrio quando estas fossem certas e determinadas em lei<sup>564</sup>. Porém, caso não existisse essa previsão, poderia o juiz aplicá-las a seu arbítrio, devendo regulá-lo pela analogia de Direito.<sup>565</sup> Nestes casos, como observa MARQUES, “reinava a arbitrariedade na aplicação das penas (...)”<sup>566</sup>.

Fundamentava o julgamento a confissão, as testemunhas, os instrumentos, e os tormentos.<sup>567</sup> Proferida a sentença, era esta devidamente publicada. De maneira geral, toda sentença (interlocutória ou definitiva) era passível de embargos (ofensivos ou modificativos), os quais possuíam efeito suspensivo. Admitia-se, também, o recurso de

<sup>558</sup> Título CXXXIII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos...* Op. cit., p. 132.

<sup>559</sup> Título CXXXIII, do Livro V, das Ordenações Filipinas. *Ibidem*, p. 133.

<sup>560</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 114-115.

<sup>561</sup> Tal disposição estava prevista em uma lei de D. João I, a qual foi recepcionada pelas Ordenações Filipinas. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 147-149.

<sup>562</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 115.

<sup>563</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 150.

<sup>564</sup> Título CXXXVI, do Livro V, das Ordenações Filipinas. PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos...* Op. cit., p. 134.

<sup>565</sup> ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo...* Op. cit., p. 149.

<sup>566</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 115.

<sup>567</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios...* Op. cit., p. 57.

apelação (em todas as causas criminais) e, caso as partes não apelassem, cabia ao juiz fazê-lo (salvo algumas exceções). A execução da sentença incumbia ao mesmo juiz que a tivesse proferido, após a confirmação do Tribunal Superior.<sup>568</sup>

Havia também o processo sumário, pelo qual se não guardava nenhuma solenidade. Seguia-se apenas a ordem natural do júizo, tratando-se somente da ‘certeza’ do delito e do conhecimento do seu autor. Aplicava-se o processo sumário em alguns casos considerados graves (qualificados nas relações), como os homicídios voluntários, os roubos praticados nas ruas ou estradas, desafio, resistência, travessia de pão, e delitos capitais que possuíssem circunstâncias agravantes.<sup>569</sup>

Estando presente a *notitia criminis*, procedia-se à oitiva do acusado, reduzindo-se a termo todo o relatado. Na sequência, subiam os autos (conclusos) para prolação da sentença. Nos casos de processo sumário de casos capitais, não era necessário a citação da parte, assim como não era preciso que se fizessem judiciais as testemunhas.<sup>570</sup>

Com efeito, em 23 de maio de 1821, o Príncipe Regente D. Pedro expediu, no Brasil, um importante decreto, no qual determinou a rigorosa observância da legislação vigente; que ninguém fosse preso sem ordem escrita do juiz competente (salvo flagrante delito); que nenhum juiz decretasse ordem de prisão sem preceder formação de culpa por inquirição sumária de três testemunhas (duas das quais contestes); e que presos os pronunciados, fosse feito imediatamente o processo (dentro de quarenta e oito horas), iniciando-se pela confrontação dos acusados com as testemunhas, e deixando públicas e abertas todas as provas (para facilitar os meios de defesa).<sup>571</sup>

Pouco tempo depois, as Cortes portuguesas inspiradas pelo movimento liberal que se propagava na Europa, e, em virtude do caráter opressivo das devassas gerais,

---

<sup>568</sup> Caso a sentença condenasse à pena de morte, deveria ela ser logo comunicada ao acusado, para que ele se preparasse espiritualmente e pudesse dispor de parte de seus bens em obras pias. MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 115.

<sup>569</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>570</sup> *Idem*.

<sup>571</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios...* Op. cit., p. 58.

decretaram a extinção destas, pela Lei de 12 de novembro de 1821, substituindo-as pela querela do interessado ou pela denúncia de qualquer do povo.<sup>572</sup>

Destarte, em 18 de junho de 1822, D. Pedro I criou no Brasil o júri para os crimes de imprensa, e, pelo Aviso de 28 de agosto de 1822, mandou que os juízes criminais observassem o contido na Constituição portuguesa (de 10 de março de 1821). Em decorrência disso, ficaram estabelecidas as seguintes garantias: ninguém deveria ser preso sem culpa formada; nenhuma lei (penal, em especial) seria imposta sem absoluta necessidade; toda pena deveria ser proporcional ao crime; nenhuma pena deveria passar da pessoa do acusado; e, foram abolidas a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, a marca de ferro quente, o baraço e pregão, a tortura, e as demais penas infamantes.<sup>573</sup>

Não obstante, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império<sup>574</sup>, em 20 de outubro de 1823, decretou que as Ordenações, leis, regimentos, decretos, alvarás, e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal (pelos quais se governava até o dia 25 de abril de 1821) e todas as demais legislações promulgadas pelo Regente do Brasil (após esta data), ficariam totalmente em vigor enquanto não fosse organizado um novo código, ou, enquanto não fossem alteradas; e que os decretos publicados pelas Cortes portuguesas apenas ficariam válidos quando especificados em uma tabela anexada.<sup>575</sup>

Outra lei, de 20 de outubro de 1823, revogou e cassou o Alvará de 30 de março de 1818 (que proibia as sociedades secretas), e determinou que todos os processos pendentes (em virtude do referido Alvará) ficassem sem efeito, como se não

---

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>573</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 117.

<sup>574</sup> Foi instalada em 03 de maio de 1823 e dissolvida em 12 de novembro do mesmo ano, em virtude de desacordos políticos com o Imperador D. Pedro I, o qual nomeou um novo Conselho de Estado para a elaboração da Constituição, sob sua orientação ativa, direta e pessoal. Para alguns autores, a Constituição que daí resultou foi bem superior (tecnicamente, linguisticamente, etc.) àquela que vinha sendo elaborada pela Assembleia Constituinte que foi dissolvida pelo Imperador. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 85-87.

<sup>575</sup> São exemplos os seguintes decretos: 10 de maio de 1821 (declarou os bacharéis formados em leis ou cânones habilitados para as funções da magistratura sem dependência de leitura); 17 de maio de 1821 (extinguiu os juízes de comissão); 12 de novembro de 1821 (extinguiu as devassas gerais); 19 de dezembro de 1821 (mandou executar a lei que determinava que os juízes assinassem como vencidos); 14 de outubro de 1822 (estabelecia o respeito devido à casa do cidadão). *Ibidem*, p. 84-85.

tivessem existido. Ademais, merecem destaque as decisões do Governo de nº 58, de 26 de fevereiro de 1824, que recomendou a não concessão de alvarás de fiança a salteadores, e a de nº 63, de 08 de março de 1824, que mandou proceder contra os escrivães que postergassem o andamento dos processos de presos considerados miseráveis.<sup>576</sup>

Um novo cenário se instalava no país: ideias liberais surgiam no direito pátrio, a fim de substituir as perversas e opressoras práticas processuais do sistema inquisitório. Com a promulgação da Constituição Política do Império<sup>577</sup>, em 25 de março de 1824 se estabeleceu uma nova ordem processual (uma vez que ela trouxe preceitos e princípios garantidores), bastante distinta daquela até então vigente.<sup>578 579</sup>

De maneira geral, no que se refere ao processo penal, a Constituição Imperial previa: a publicidade das inquirições e demais atos processuais (após a pronúncia)<sup>580</sup>; a proibição de prisão sem culpa formada (salvo previsão expressa em lei)<sup>581</sup>; com culpa formada, ninguém poderia ser conduzido à prisão ou nela mantido se prestasse fiança idônea (nos casos previstos em lei e nos crimes com pena não superior a seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca)<sup>582</sup>; a proibição de execução da prisão sem ordem escrita da autoridade competente (salvo flagrante delito)<sup>583</sup>; e que ninguém seria sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita<sup>584</sup>.

Após a promulgação da Constituição, e até a promulgação do Código de Processo Criminal do Império, levou-se a cabo uma série de reformas legislativas, a fim de organizar a justiça e adequar as regras processuais com os princípios estabelecidos pela Magna Carta. Entre elas, destaca-se: a Decisão do Governo de nº

<sup>576</sup> Idem.

<sup>577</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>578</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 117.

<sup>579</sup> A Constituição do Império dispôs, em seu artigo 179, XVIII, sobre a necessidade imediata na organização de um Código Criminal, fundado nas bases da justiça e da equidade. Todavia, somente em 16 de dezembro de 1830 é que foi sancionado o Código Criminal do Império. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>580</sup> Artigo 159, da Constituição do Império.

<sup>581</sup> Artigo 179, VIII, da Constituição do Império.

<sup>582</sup> Artigo 179, IX, da Constituição do Império.

<sup>583</sup> Artigo 179, X, da Constituição do Império.

<sup>584</sup> Artigo 179, XI, da Constituição do Império.

78, de 31 de março de 1824, que determinou a necessidade de fundamentação das sentenças judiciais; a Decisão do Governo de nº 81, de 02 de abril de 1824, que declarou que o juiz da devassa não era competente para julgar o caso; o Decreto de 17 de abril de 1824, que regulamentou as causas criminais<sup>585</sup>; a Decisão do Governo de nº 242, de 17 de setembro de 1824, que determinou a fiel observância do disposto no artigo 161 da Constituição, que estabelecia a obrigatoriedade da tentativa de conciliação antes do início do processo; a Decisão do Governo de nº 160, de 21 de julho de 1825, que determinou a remessa ao Procurador Fiscal dos excessos de liberdade da imprensa (um exemplar do que fosse impresso na Corte); o Decreto de 11 de setembro de 1826, que declarou estar em vigor o Decreto de 22 de novembro de 1823, que regulamentava os abusos da liberdade de imprensa<sup>586</sup>; a Lei de 11 de setembro de 1826, que determinou que as sentenças de pena de morte não fossem executadas sem que antes fossem presentes ao Poder Moderador<sup>587</sup>; uma Lei de 15 de outubro de 1827, que criou, para cada região, um juiz de paz (eletivo pelo mesmo tempo e modo dos vereadores) e suplente, fixando a sua competência<sup>588</sup>; outra Lei de 15 de outubro de 1827, que fixou a responsabilidade dos ministros, secretários e conselheiros de Estado<sup>589</sup>; um Decreto de 15 de novembro de 1827, que declarou quem deveria substituir o promotor do juízo de jurados na sua falta<sup>590</sup>; outro Decreto de 15 de novembro de 1827, que declarou a obrigatoriedade do recurso de graça nas sentenças que impusessem pena de morte<sup>591</sup>; a Lei de 30 de agosto de 1828, que declarou os casos em que se poderia proceder à prisão por delitos sem culpa

---

<sup>585</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1824-1899/decreto-38581-17-abril-1824-567119-publicacaooriginal-90529-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38581-17-abril-1824-567119-publicacaooriginal-90529-pe.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>586</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1824-1899/decreto-38604-11-setembro-1826-567179-publicacaooriginal-90581-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38604-11-setembro-1826-567179-publicacaooriginal-90581-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>587</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38603-11-setembro-1826-567177-publicacaooriginal-90579-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38603-11-setembro-1826-567177-publicacaooriginal-90579-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>588</sup> Artigos 1º, 2º e 3º, da Lei de 15 de outubro de 1827. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>589</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38389-15-outubro-1827-566674-publicacaooriginal-90212-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38389-15-outubro-1827-566674-publicacaooriginal-90212-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>590</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1824-1899/decreto-38437-15-novembro-1827-566770-publicacaooriginal-90261-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38437-15-novembro-1827-566770-publicacaooriginal-90261-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>591</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1824-1899/decreto-38432-15-novembro-1827-566760-publicacaooriginal-90256-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38432-15-novembro-1827-566760-publicacaooriginal-90256-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

formada<sup>592</sup>; a Lei de 18 de setembro 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça, e declarou suas atribuições<sup>593</sup>; o Decreto de 12 de setembro de 1828, que regulou as sessões dos juizes de fato, para as causas de liberdade de imprensa<sup>594</sup>; a Lei de 23 de setembro de 1828, que prescreveu as formalidades que deveriam ser observadas nos processos criminais e a maneira pela qual deveriam ser instruídos e preparados os que fossem julgados nas juntas de justiça<sup>595</sup>; o Decreto de 24 de setembro de 1828, que deu providências acerca da substituição dos membros das juntas de justiça das províncias, e mandou que das sentenças de pena de morte se apelasse *ex-officio* para a Relação do Distrito<sup>596</sup>; a Decisão do Governo de nº 148, de 06 de outubro de 1828, que proibiu o conhecimento de crimes incertos por meio de devassa; a Lei de 22 de setembro de 1829, que estabeleceu a forma que deveria ser observada nos processos de réus pronunciados que se escondessem ou se ausentassem<sup>597</sup>; a Lei de 11 de setembro de 1830, que estabeleceu que os presos ou afiançados, pudessem ser citados e demandados por qualquer feito cível<sup>598</sup>; a Lei de 20 de setembro de 1830, que dispôs sobre o abuso da liberdade da imprensa<sup>599</sup>; o Decreto de 11 de setembro de 1830, que ordenou a eleição de juizes de paz em todas as capelas filiais curadas; a Lei de 06 de junho de 1831, que deu providências para a administração da justiça e punição dos criminosos<sup>600</sup>; a Lei de 07 de setembro de 1831, que declarou livres todos os escravos vindos de fora do Império e impôs penas aos importadores destes<sup>601</sup>; o Decreto de 12

---

<sup>592</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38200-30-agosto-1828-566174-publicacaooriginal-89808-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38200-30-agosto-1828-566174-publicacaooriginal-89808-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>593</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38214-18-setembro-1828-566202-publicacaooriginal-89822-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>594</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1824-1899/decreto-38209-12-setembro-1828-566192-publicacaooriginal-89817-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38209-12-setembro-1828-566192-publicacaooriginal-89817-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>595</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38220-23-setembro-1828-566246-publicacaooriginal-89873-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38220-23-setembro-1828-566246-publicacaooriginal-89873-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>596</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1824-1899/decreto-38222-24-setembro-1828-566250-publicacaooriginal-89875-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38222-24-setembro-1828-566250-publicacaooriginal-89875-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>597</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38031-22-setembro-1829-565772-publicacaooriginal-89500-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38031-22-setembro-1829-565772-publicacaooriginal-89500-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>598</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37981-11-setembro-1830-565640-publicacaooriginal-89389-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37981-11-setembro-1830-565640-publicacaooriginal-89389-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>599</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>600</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37207-6-junho-1831-563560-publicacaooriginal-87651-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37207-6-junho-1831-563560-publicacaooriginal-87651-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>601</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

de abril de 1832, que regulamentou a execução da Lei de 7 de novembro de 1831, que dispunha sobre o tráfico de escravos<sup>602</sup>; entre outras.<sup>603</sup>

Com efeito, após essa intensa atividade legislativa e reformadora, promulgou-se, no dia 29 de novembro de 1832, o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, denominado Código de Processo Criminal de Primeira Instância.<sup>604 605</sup> Ele constituiu o diploma legal mais expressivo e culminante da reação às leis opressoras da monarquia portuguesa e foi síntese dos anseios humanitários e liberais que pulsavam no seio do povo e da nação<sup>606</sup>, assim como ocorreu na França, logo após a Revolução Francesa.

### 2.3 CÓDIGO DE PROCESSO CRIMINAL DO IMPÉRIO

De acordo com PIERANGELLI, o Código de Processo Criminal de 1832 não teve influência do Código Napolêônico, pois os pensamentos iluministas da época se fizeram presentes em seu texto, deixando-o muito mais liberal que o francês. Porém, é importante notar que o legislador de 1832 ficou no meio termo entre o procedimento acusatório, adotado na Inglaterra, e o procedimento misto, vigente na França.<sup>607</sup>

O Código foi dividido em duas partes: a primeira instituiu normas de organização judiciária, e a segunda regulava a forma do processo. Na primeira se conservou a divisão territorial do país em distritos, termos e comarcas. Nos distritos havia um juiz de paz, um escrivão, inspetores de quarteirão e oficiais de justiça; nos termos havia um conselho de jurados, um juiz municipal, um promotor público, um escrivão das execuções e oficiais de justiça; e nas comarcas havia um (ou mais) juiz de direito (conforme a população).<sup>608 609</sup>

---

<sup>602</sup> <Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret\\_sn/1824-1899/decreto-37370-12-abril-1832-563951-publicacaooriginal-88005-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-37370-12-abril-1832-563951-publicacaooriginal-88005-pe.html)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>603</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 92-93.

<sup>604</sup> Idem.

<sup>605</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>606</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 117.

<sup>607</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 99, 103.

<sup>608</sup> Os *juízes de paz* eram eleitos pelo povo na mesma ocasião que os vereadores; eram em número de quatro; serviam por um ano (obedecido o resultado da votação); além das atribuições judiciárias (assinar termo de bem viver, formar culpa, assinar termo de segurança, conceder fiança dentro de sua alçada, julgar as contravenções às posturas das Câmaras Municipais, julgar os crimes a

Foram extintos os cargos de ouvidores da comarca, juízes de fora, juízes ordinários, a jurisdição criminal de qualquer outra autoridade<sup>610</sup>, e, por força do artigo 18 das disposições transitórias, os corregedores do cível e do crime e as juntas de justiça.<sup>611</sup>

De acordo com VIANNA, no Código de Processo Criminal de 1832 o processo se dividia em ordinário<sup>612</sup> e sumário<sup>613</sup>. Todavia, na Lei nº 261, de 3

---

que não estivesse imposta pena maior que a multa até cem mil réis, prisão, degredo ou desterro até seis meses com multa correspondente à metade deste tempo, ou sem ela, e três meses de Casa de Correção ou Oficinas Públicas, onde houver, etc.), tinham atribuições de polícia administrativa (vigilância de pessoas desconhecidas, concessão de passaportes, a prisão dos culpados, etc.) e de polícia judiciária (proceder ao corpo de delito). Os *inspetores de quartirão* e os *escrivães* eram nomeados pela câmara municipal. Os *juízes municipais* eram nomeados pelos presidentes das províncias em Conselho (a câmara municipal organizava uma lista tríplice, de três em três anos, com candidatos escolhidos dentre os formados em direito ou advogados hábeis ou, na falta destes, de pessoas bem instruídas e bem conceituadas); cabia-lhes substituir os juízes de direito nas suas faltas ou impedimentos; executar as sentenças e mandados expedidos pelos juízes de direito ou tribunais; exercitar a jurisdição policial (cumulativamente); conceder *habeas corpus*, dentro dos limites fixados. Os *juízes de direito* eram nomeados pelo imperador; deveriam ser bacharéis em direito; terem no mínimo 22 anos, boa reputação, um ano de prática forense; tinham preferência os que tivessem servido como juízes municipais ou promotores; cabia-lhes presidir os conselhos de jurados; presidir o sorteio dos jurados (júri de acusação e júri de sentença); instruir os jurados para o julgamento; policiar as sessões do júri; regular o debate das partes, advogados e testemunhas; instruir os jurados sobre os meios para a descoberta da verdade; aplicar a lei ao fato; conceder fiança aos acusados pronunciados perante o júri; inspecionar os juízes de paz e municipais, instruindo-os acerca de seus deveres; conceder *habeas corpus*; conhecer os recursos opostos às decisões dos juízes de paz; etc. Os *promotores públicos* eram nomeados na Corte pelo Imperador e nas províncias pelos presidentes, pelo prazo de três anos (escolhidos em uma lista tríplice, apresentada pela câmara municipal); poderiam ser promotores todos aqueles que pudessem ser jurados; cabia-lhes denunciar os crimes públicos e policiais; acusar os delinquentes perante os jurados; solicitar a prisão dos criminosos e promover a execução das sentenças e mandados judiciais; dar parte às autoridades das negligências, omissões e prevaricações dos empregados na administração da justiça; etc. Poderiam ser *jurados* todo cidadão de bom senso e probidade, apto a ser eleitor. O alistamento dos jurados era feito anualmente, por meio de uma junta composta por um juiz de paz, um pároco e pelo presidente da câmara. Havia também as *juntas de paz*, que eram formadas pela reunião de juízes de paz (não poderia exceder dez nem possuir menos que cinco), sendo presidida por um deles, o qual deveria ser escolhido pela maioria de seus colegas, por voto secreto. A essas juntas cabia conhecer todas as sentenças proferidas pelos juízes de paz que tenham sido objeto de recurso, podendo confirmá-las, revogá-las ou reformá-las, com exceção do recurso de revista. Julgavam também as decisões dos juízes de paz que obrigassem a termo de bem viver, de segurança ou de apresentação de passaporte. MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 117-118; PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 104-106, 141-142.

<sup>609</sup> Artigos 1º, 4º, 5º, 6º, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>610</sup> Exceto do Senado, Supremo Tribunal de Justiça, Relações, Juízos Militares (para crimes puramente militares), e Juízes Eclesiásticos (matérias puramente espirituais). Artigo 8º do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>611</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 104.

<sup>612</sup> O procedimento ordinário estava tratado no título IV, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Era aplicado nos casos de crimes com pena maior que multa de cem mil réis; de prisão, degredo e desterro de mais de seis meses. Nos casos de crimes em que a pena era menor que estas, eram competentes para o julgamento os juízes de paz, aplicando-se o procedimento sumário.

dezembro de 1841, no Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, e na Reforma Judiciária de 1871 apareceram outras classificações, como processos policiais, processos especiais, processos de contravenção às posturas municipais, etc.<sup>614</sup>

O procedimento penal era instaurado mediante *queixa* do ofendido ou seu representante legal (pai, mãe, tutor, curador ou cônjuge; ou, do promotor público e qualquer do povo, quando miserável o ofendido)<sup>615</sup>; *denúncia* do Ministério Público ou de qualquer do povo<sup>616</sup>; ou *de ofício* pelo juiz.<sup>617</sup>

A *queixa* era a exposição do fato delituoso feita ao juízo pelo ofendido, ou seu representante legal (exceto no delito de adultério, no qual apenas o cônjuge ofendido poderia apresentá-la), através da qual se pedia a condenação do autor do crime.<sup>618</sup> A *denúncia* era o meio pelo qual se levava ao conhecimento da autoridade competente a ocorrência de um crime, para que fosse instaurada a ação penal contra o autor do fato. A denúncia não acarretava nenhum ônus para o denunciante, salvo quando este procedesse de modo calunioso. Admitia-se a denúncia oral, que não possuía nenhuma formalidade, e não obrigava o juízo a instaurar o processo.<sup>619</sup>

A *queixa* e a *denúncia* deveriam conter: o fato delituoso com todas as suas circunstâncias; o valor provável do dano sofrido; o nome do autor do fato, ou os sinais característicos quando desconhecido; as razões de convicção ou presunção; os nomes de todos os informantes e testemunhas; e o tempo e lugar em que o crime foi praticado.<sup>620</sup> Cabia ao juiz inquirir o queixoso e o denunciante, a fim de descobrir a ‘verdade’.<sup>621</sup>

<sup>613</sup> O procedimento sumário estava tratado no título III do Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Era aplicado para os seguintes casos: do passaporte (capítulo I); dos termos de bem viver e de segurança (capítulo II); da prisão sem culpa formada e que pode ser executada sem ordem escrita (capítulo III); da formação da culpa (capítulo IV); da denúncia dos crimes de responsabilidade dos empregados públicos e forma do processo respectivo (capítulo V); da ordem de prisão (capítulo VI); das buscas (capítulos VII); da desobediência (capítulo VIII); das sentenças no juiz de paz (capítulo IX); e, das juntas de paz (capítulo X).

<sup>614</sup> VIANNA, Pedro Antonio Ferreira. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares do processo criminal*. Rio de Janeiro: Carioca, 1876, p. 7.

<sup>615</sup> Artigos 72 e 73, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>616</sup> Artigo 74, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>617</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 120.

<sup>618</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 112.

<sup>619</sup> Idem.

<sup>620</sup> Artigo 79, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>621</sup> Artigo 80, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

O procedimento penal poderia também ser iniciado *de ofício* pelo juiz, quando este entendesse haver infração às leis, posturas, ou termo de segurança e de bem viver, e não houvesse sido apresentada denúncia ou queixa. Na atuação *de ofício* deveria o juiz proceder à formação de auto circunstanciado do fato, auto de corpo de delito, a formação de culpa, inquirição de testemunhas, e citação do acusado.<sup>622 623</sup>

Apresentada a queixa ou a denúncia, iniciava-se a formação da culpa. Cabia ao juiz de paz atuar a denúncia ou queixa, inquirir de duas a cinco testemunhas que tivessem notícia da existência do delito e da autoria, proceder ao interrogatório do acusado, fazendo lavrar tudo a termo, e proferir a sentença declarando procedente ou não procedente a denúncia ou queixa (caso não fosse competente para o julgamento, remetia os autos a quem de direito).<sup>624 625</sup> O procedimento sumário de formação da culpa somente ocorreria em segredo quando o acusado não comparecesse nos atos.<sup>626</sup>

Quando declarasse procedente, aplicava a pena até o limite estabelecido em lei. Caso não fosse competente para o julgamento, remetia os autos ao júri de acusação, a fim de que este sustentasse (ou não) a pronúncia. Caso o juiz de paz declarasse improcedente, poderia o queixoso ou o denunciante recorrer da decisão ao júri de acusação.<sup>627 628</sup>

Existiam dois juris, sendo um de acusação<sup>629</sup>, formado por vinte e três jurados, e outro de sentença, formado por doze jurados.<sup>630</sup> O primeiro júri decidia sobre a admissibilidade da acusação, e, sendo aceita a denúncia ou queixa, dava-se continuidade ao processo, fazendo constar que o júri achou matéria para acusação. Todavia, caso o júri não encontrasse fundamento para sustentar a acusação, cabia ao presidente submeter todos os envolvidos (acusado, testemunhas, promotor,

---

<sup>622</sup> Artigos 138, 141 e 206, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>623</sup> Como se pode verificar, trata-se de uma estrutura inquisitória, pois o juiz, além de atuar de ofício, produz a prova.

<sup>624</sup> Artigo 140 e seguintes; artigo 205 e seguintes; e artigo 228, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>625</sup> Em regra, o prazo para formação da culpa não poderia exceder a oito dias da data da prisão, salvo exceção expressa. Artigo 148, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>626</sup> Artigo 147, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>627</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 118.

<sup>628</sup> Artigo 78, da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, e artigo 448, do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842.

<sup>629</sup> Esse júri foi suprimido pela Lei de 03 de dezembro de 1841.

<sup>630</sup> Artigos 238 e 259, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

denunciante ou queixoso) a novo exame (na presença dos jurados), a fim de ratificar o processo, fazendo constar nos autos todas as divergências. Finda a fase de ratificação, eram novamente consultados os jurados sobre e procedência (ou não) da acusação. Sendo novamente negativa, o juiz de direito julgava (por sentença) de nenhum efeito a queixa ou a denúncia, e, sendo afirmativa, declarava ter lugar a acusação, e ordenava a custódia do acusado.<sup>631</sup>

Dentro das vinte e quatro horas seguintes à decisão que julgou haver lugar a acusação, cabia ao acusador oferecer o libelo acusatório, e, na sequência, o juiz mandava notificar o acusado, para que este comparecesse na sessão de julgamento (com data fixada), a qual caberia ao segundo júri decidir sobre a procedência (ou não) da acusação.<sup>632</sup>

Formado o segundo júri, após as formalidades prescritas em lei, caberia ao juiz de direito interrogar o acusado sobre os artigos do libelo ou das contrariedades, sendo os fatos incontroversos não submetidos ao exame dos jurados. Findo o interrogatório, abria-se a palavra para o advogado de acusação, o qual deveria ler aos jurados qual artigo e pena achava estar incurso o acusado; ler novamente o libelo; os depoimentos e respostas do processo de formação de culpa; bem como as provas com que estava sustentado. Após, ouviam-se as testemunhas de acusação; na sequência, passava-se a palavra ao advogado do acusado; e, em seguida, ouviam-se as testemunhas de defesa. Eram possíveis réplicas, reperguntas, e até mesmo reinquirição das testemunhas para elucidar pontos controversos. Finda a instrução, caberia ao juiz de direito resumir toda a matéria aos jurados, bem como proceder às perguntas aos jurados, tudo por escrito, e estes proferiam o veredicto.<sup>633</sup>

Para a condenação era necessário dois terços dos votos, com exceção da pena de morte, pela qual se exigia unanimidade. Neste caso, havendo somente a maioria dos votos, impunha-se a pena imediatamente menor.<sup>634</sup> Das decisões do júri era cabível recurso de apelação para a Relação do distrito. Das decisões da Relação caberia recurso de revista para o Tribunal competente. Nos casos de pena de cinco anos de

---

<sup>631</sup> Artigo 242 e seguintes, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>632</sup> Artigo 254, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>633</sup> Artigo 259 e seguintes, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>634</sup> Artigo 332, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

degreo ou desterro, três anos de galés ou prisão, ou de pena de morte, poderia o acusado protestar por julgamento em novo júri.<sup>635</sup>

Consoante expõe MARQUES, a fragilidade do Código de Processo Criminal de Primeira Instância estava nos dispositivos que tratavam da organização judiciária, bem como na regulamentação do júri. Todavia, segundo o autor, como obra de seu tempo, foi um estatuto processual com grandes méritos.<sup>636</sup>

Não obstante, ainda que se possa verificar certa evolução trazida pelo referido Código em relação as Ordenações Filipinas, é importante notar que o problema enfrentado no Brasil daquela época (assim como na França pós Revolução) era político e não jurídico, e, como se sabe, com lei não se resolve a questão política.

Tanto é assim que o Código de Processo Penal do Império sequer teve tempo de se efetivar, pois o lugar do poder preveleceu, de modo que alguns anos após a sua promulgação sobreveio uma reforma legislativa que mudou de forma significativa a estrutura processual por ele trazida.

## 2.4 REFORMAS LEGISLATIVAS

Com efeito, o período de agitações políticas e de movimentos revolucionários ocorridos no país, entre os anos 1830 e 1840<sup>637</sup>, provocou a reação monárquico-conservadora, especialmente no tocante à organização judiciária e política. O Código de Processo de 1832 se mostrava, para o governo imperial, pouco eficiente para a restauração da ordem e da tranquilidade e, diante disso, promulgou-se a Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841<sup>638</sup>, bem como o Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842<sup>639</sup>, como instrumentos de contenção da desordem e de imposição da autoridade

---

<sup>635</sup> Artigos 301, 306 e 308, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

<sup>636</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 118.

<sup>637</sup> São exemplos: a Cabanagem, ocorrida no Pará entre 1835-1840; a Sabinada, ocorrida na Bahia entre 1837-1838; a Balaiada, ocorrida no Maranhão entre 1838-1841; e a Guerra dos Farrapos, ocorrida no Rio Grande do Sul entre 1835-1845.

<sup>638</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-261-3-dezembro-1841-561116-publicacaooriginal-84515-pl.html>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>639</sup> Regulamentou a execução da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Regulamentos/R120.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

do governo imperial sobre todas as regiões do país.<sup>640</sup> <sup>641</sup> Eis a vontade e, é claro, o lugar do poder.

De acordo com MARQUES, a Lei de 03 de dezembro de 1841 procurou criar um aparelhamento policial extremamente centralizado, bem como armar o governo de poderes suficientes para tornar efetiva a autoridade legal. Esta lei, com seu policialismo excessivo e autoritarismo exacerbado, foi além do que exigia a situação do país, de modo que fortaleceu o reacionarismo político.<sup>642</sup>

Além de reagir contra os excessos regionalistas, essa legislação limitou as atribuições dos juízes de paz à custódia de ébrios; à repressão a vadios, mendigos, turbulentos e meretrizes; à destruição de quilombos; e à concessão de termos de bem viver e cartas de segurança<sup>643</sup>, repassando a competência destes para os chefes de polícia, delegados e subdelegados (estes com algumas restrições), ou seja, para a polícia.<sup>644</sup>

Criou, no município da Corte e em cada província, os cargos de chefe de polícia, de delegados e subdelegados, os quais eram nomeados pelo Imperador ou pelos presidentes das províncias.<sup>645</sup> Estes eram mantidos nos cargos enquanto fosse conveniente e útil ao governo e aos presidentes das províncias<sup>646</sup>, ou seja, eram nomeados e demitidos ao puro arbítrio do governo.

À autoridade policial cabia além das *funções de polícia administrativa* e de *polícia judiciária*, como tomar conhecimento de pessoas suspeitas e desconhecidas, conceder passaporte, proceder a auto de corpo de delito, conceder fiança, prender os culpados, prevenir os delitos, manter a segurança e a tranquilidade pública, etc., *funções judicantes*, como a formação da culpa, a concessão mandados de busca, o julgamento de crimes de sua alçada, a pronúncia, etc.<sup>647</sup> <sup>648</sup>

---

<sup>640</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 118.

<sup>641</sup> Atribuiu-se a essa legislação o fundamento para a eclosão da Revolução Liberal de 1842, uma vez que se entendeu que ela legitimava o abuso de poder e a tirania dos governos. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 136.

<sup>642</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 119.

<sup>643</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 141.

<sup>644</sup> Artigo 4º, § 1º; e artigo 5º, da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841.

<sup>645</sup> Artigo 1º, da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841.

<sup>646</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 119.

<sup>647</sup> Artigos 4º e seguintes, da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841; e artigos 58 e 198, do Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842.

Com essa legislação houve a centralização das atividades policiais, uma vez que foram concedidos à autoridade policial amplos poderes de investigação, instrução, e julgamento. Operou-se uma espécie de junção entre a polícia e a justiça. Com isso, em matéria de processo penal, vigorava o policialismo hipertrofiado e se propagavam arbitrariedades. Passou-se de um judicialismo policial (funções policiais confiadas aos juízes de paz) para um policialismo judiciário (funções claramente judiciárias confiadas às autoridades policiais).<sup>649</sup>

Assim como ocorreu no Código Napolêônico de 1808, foi excluído o júri de acusação, mantendo-se apenas o júri de sentença. A pronúncia, que era competência do júri de acusação, passou a ser competência da polícia. Foram também abolidas as juntas de paz, sendo as atribuições destas repassadas às autoridades policiais.<sup>650</sup>

Consoante expõe MARQUES, “se o policialismo era fonte de arbitrariedade, constituía também um fator de afrouxamento na punição, pois a justiça policial ficava à mercê da política para perseguir os adversários das situações governamentais e proteger os seus apaniguados (...).”<sup>651</sup> Ou seja, o procedimento penal ficava nas mãos da polícia, podendo ela escolher quem iria perseguir e quem iria preservar.

Assim, muitos tentaram combater essa legislação, por entendê-la demasiadamente centralizadora e extremamente autoritária, e, diante disso, diversos foram os protestos e projetos legislativos de reforma<sup>652</sup> (iniciados a partir do ano de 1845), que visavam, sobretudo, a separação entre polícia e justiça.<sup>653 654</sup> Todavia, essa legislação permaneceu em vigor por cerca de trinta anos até, finalmente, ser reformada pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.<sup>655</sup>

<sup>648</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios...* Op. cit., p. 64; PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 141.

<sup>649</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 119-120.

<sup>650</sup> Artigo 95, da Lei 261, de 03 de dezembro de 1841.

<sup>651</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 120.

<sup>652</sup> Projeto Fernandes Tôrres, em 1845; Projeto de Pimenta Bueno, em 1848; Projeto Nabuco de Araújo, em 1850 e 1854; Projeto de Martim Francisco, em 1868; e Projeto de José de Alencar, em 1869. Idem.

<sup>653</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios...* Op. cit., p. 64.

<sup>654</sup> Parece evidente que não vingaram porque não interessavam aos detentores do poder, que (como sempre) queriam deixar tudo como lhes era conveniente.

<sup>655</sup> Antes da promulgação dessa lei, merecem destaque alguns diplomas legislativos: Decreto nº 1.723, de 16 de fevereiro de 1856, deu aos desembargadores e promotores de justiça nos Tribunais da Relação vista de todas as apelações crimes, para arrazoarem e requererem o que fosse, em segunda

O Imperador D. Pedro II, que até então pouco havia se referido sobre a reforma da lei de 03 de dezembro de 1841, em suas *Falas do Trono*<sup>656</sup> de 1868, apontou a sua necessidade, fazendo novas referências nas *Falas* de 1869, 1870 e 1871. Nesta última, afirmou reconhecer a necessidade da reforma na legislação judiciária para a promoção da reta administração da justiça, e da proteção dos direitos individuais contra os excessos e abusos (fornecendo melhores condições à autoridade julgadora; restringindo a prisão aos casos de declinável necessidade; facilitando as fianças e recursos; extremando a ação da polícia e reduzindo suas atribuições, etc.).<sup>657</sup>

Com o advento da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871<sup>658</sup>, e do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871<sup>659</sup>, iniciou-se uma nova fase na história do processo penal brasileiro, uma vez que a estrutura até então vigente foi alterada.<sup>660</sup> A principal mudança foi a separação da polícia e da justiça, o que ofuscou, de certa forma, o policialismo reacionário criado pela Lei de 03 de dezembro de 1941.

De maneira geral, essa nova legislação operou as seguintes mudanças: os chefes de polícia eram nomeados dentre os magistrados, doutores e bacharéis em direito (com quatro anos de prática do foro ou administração)<sup>661</sup>; competia aos juizes de paz, além das atribuições anteriores, o julgamento das infrações de posturas municipais (com apelação aos juizes de direito), e a concessão de fiança provisória, suprimida a

---

instância, a bem da justiça, inclusive a interposição de revista nos casos cabíveis; Decreto nº 2.423, de 25 de maio de 1859, regulou a execução do artigo 148 do Código de Processo Criminal; Decreto nº 2.438, de 06 de julho de 1859, regulou a execução do artigo 205 do Código de Processo Criminal; Decreto nº 1.090, de 1º de setembro de 1860, dispôs sobre o processo nos crimes de furto de gado vacum, cavalariço, e outros; Decreto nº 3.572, de 30 de dezembro de 1865, mandou executar o Regulamento da estatística policial e judiciária; e Decreto nº 1.698, de 15 de setembro de 1869, permitiu ao réu absolvido em primeira instância, quando interposta apelação, livrar-se solto por meio de fiança até a decisão do recurso, quando a pena fosse menor de quatorze anos de prisão simples, doze de prisão com trabalho e vinte anos de degredo, e deu outras providências relativas ao processo criminal. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 150.

<sup>656</sup> Modo pelo qual o Imperador se dirigia à Assembleia Geral, abrindo e encerrando a sessão legislativa. *Ibidem*, p. 13, 94.

<sup>657</sup> De acordo com PIERANGELLI, o Imperador sabia que as condições para a reforma eram mais propícias, pois, com o término da Guerra do Paraguai, em 1º de março de 1870, vivia-se um período de paz. *Ibidem*, p. 149-150.

<sup>658</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM2033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2033.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>659</sup> Regulamentou a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>660</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 151.

<sup>661</sup> Artigo 1º, § 5º, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

competência para julgamento das infrações aos termos de segurança e de bem viver<sup>662</sup>; competia aos juízes municipais, além das outras atribuições, a organização do processo crime de contrabando fora do flagrante delito, e o julgamento das infrações aos termos de segurança e bem viver<sup>663</sup>; competia aos juízes de direito a pronúncia dos culpados nos crimes comuns, o julgamento dos crimes previstos no artigo 12, § 7º, do Código de Processo Criminal de Primeira Instância<sup>664</sup>, o processo e julgamento dos crimes de contrabando fora do flagrante delito, a decisão das suspeições postas aos substitutos e juízes de paz, a concessão de fiança, entre outras<sup>665</sup>; restringiu a competência dos chefes de polícia, delegados e subdelegados ao preparo do processo dos crimes relativos às contravenções de posturas municipais e aos crimes que lhe fora conferidos pela Lei de 03 de dezembro de 1841, sendo vedada a possibilidade de julgamento, processo e pronúncia nos crimes comuns<sup>666</sup>; criou o inquérito policial (regulamentando como deveria proceder a autoridade policial)<sup>667</sup>; determinou a expedição de duas vias de mandado de prisão, devendo uma ser entregue ao preso<sup>668</sup>; regulamentou as hipóteses de prisão preventiva (antes da culpa formada só haveria lugar nos casos de crimes inafiançáveis, com mandado judicial ou requisição; não teria lugar depois de decorrido um ano da data do crime)<sup>669</sup>; regulamentou o instituto da fiança<sup>670</sup>; aboliu o procedimento *ex officio* dos juízes formadores de culpa (salvo nos casos de flagrante delito; de crimes policiais e de inércia na atuação do promotor público)<sup>671</sup>; ampliou a

---

<sup>662</sup> Artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>663</sup> Artigo 3º, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>664</sup> Eram eles: as contravenções às posturas das câmaras municipais; e os crimes que não tivessem pena superior que a multa até cem mil réis, prisão, degredo ou desterro até seis meses, com multa correspondente à metade deste tempo, ou, sem ela, a três meses de casa de correção ou oficinas públicas.

<sup>665</sup> Artigos 4º ao 7º, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>666</sup> Salvo a competência dos chefes de polícia para proceder a formação de culpa e pronunciar no caso do artigo 60, do Regulamento de 31 de janeiro de 1842 (quando a segurança e tranquilidade pública estivesse gravemente comprometida; alguns crimes de tamanha gravidade e revestidos de circunstâncias peculiares; situações que envolvessem pessoas com demasiado poder e influência). Artigo 9º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>667</sup> Artigo 10, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871; e artigo 42 do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871.

<sup>668</sup> Artigo 13, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>669</sup> Artigo 13, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>670</sup> Artigo 14, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>671</sup> Artigo 15, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

esfera de atuação do promotor público<sup>672</sup>; estabeleceu o prazo de cinco dias para o oferecimento da denúncia e queixa (estando preso o acusado, contados da data da prisão; estando solto ou afiançado o acusado, contados da data em que o promotor receber os esclarecimentos e as provas do crime ou quando este se tornar notório)<sup>673</sup>; regulamentou o *habeas corpus* (repressivo e preventivo)<sup>674</sup>; etc.

Com esta lei, a polícia passou a estar ligada ao Poder Executivo, não mais exercendo funções judicantes, uma vez que se optou pelo inquérito policial, ao invés do juizado de instrução. Porém, como observa COUTINHO, “no fundo, não há diferença excepcional entre eles dado se tratar, sempre, de mecanismo inquisitorial (onde reside o problema): qualquer um que estiver naquele *lugar* (...) tenderá a fazer o papel de inquisidor, exerça a função que exercer.”<sup>675</sup>

Não obstante, é importante notar que até a proclamação da República foram editados outros diplomas legais relevantes para o processo penal.<sup>676</sup> São eles: Decreto nº 4.992, de 03 de julho de 1872, alterou o Decreto nº 4.824 na parte relativa à presidência do júri nas comarcas especiais<sup>677</sup>; Decreto nº 5.129, de 06 de novembro de 1872, deu instruções para a consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal<sup>678</sup>; Decreto nº 2.342, de 06 de agosto de 1873, criou mais sete Relações no Império<sup>679</sup>; Decreto nº 5.886, de 13 de março de 1875, determinou que os agravos e cartas testemunháveis fossem julgados nas sessões ordinárias das Relações<sup>680</sup>; Lei nº 2.615, de 04 de agosto de 1875, deu providências sobre o processo e julgamento de crimes que fossem cometidos no estrangeiro contra o

<sup>672</sup> Artigo 16, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>673</sup> Artigo 15, §§ 2º e 3º, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>674</sup> Artigo 18, da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

<sup>675</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 110-111.

<sup>676</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 152-153.

<sup>677</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=73517&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>678</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=76909&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>679</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2342-6-agosto-1873-550798-publicacaooriginal-66847-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>680</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-5886-13-marco-1875-549870-publicacaooriginal-65404-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

Brasil ou brasileiros<sup>681</sup>; Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, deu força de lei no Império a assentos da Casa da Suplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros<sup>682</sup>; Decreto nº 6.142, de 10 de março de 1876, regulou o modo por que deveriam ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça<sup>683</sup>; Decreto nº 6.207, de 03 de junho de 1876, mandou registrar as decisões definitivas proferidas pelas Relações do Império<sup>684</sup>; Decreto nº 6.840, de 16 de fevereiro de 1878, declarou que o pai não poderia advogar nos feitos em que o filho fosse escrivão<sup>685</sup>; Decreto nº 6.841, de 16 de fevereiro de 1878, firmou a disposição da Ordenação (livro 1º, título 79, § 45) sobre incompatibilidades por parentesco<sup>686</sup>; Decreto nº 6.934, de 8 de junho de 1878, regulou a competência dos tribunais e a forma do processo nos crimes cometidos no estrangeiro contra o Brasil e os brasileiros<sup>687</sup>; Decreto nº 7.001, de 17 de agosto de 1878, mandou executar o regulamento da estatística policial e judiciária<sup>688</sup>; Decreto nº 7.019, de 31 de agosto de 1878, deu providências sobre os impedimentos no exercício das funções de auditor de guerra (função do juiz de direito e seus substitutos)<sup>689</sup>; Decreto nº 7.085, de 16 de novembro de 1878, regulou as decisões sobre pronúncias e recursos<sup>690</sup>; Decreto nº 8.010, de 26 de fevereiro de 1881, regulamentou a casa de detenção da Corte<sup>691</sup>;

---

<sup>681</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-2615-4-agosto-1875-549644-publicacaooriginal-65135-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>682</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>683</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6142-10-marco-1876-549106-publicacaooriginal-64454-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>684</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=72684&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>685</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6840-16-fevereiro-1878-547378-publicacaooriginal-62108-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>686</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6841-16-fevereiro-1878-547379-publicacaooriginal-62110-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>687</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-6934-8-junho-1878-547642-publicacaooriginal-62434-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>688</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7001-17-agosto-1878-547904-publicacaooriginal-62801-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>689</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7019-31-agosto-1878-547994-publicacaooriginal-62935-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>690</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7085-16-novembro-1878-548104-publicacaooriginal-63085-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>691</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8010-26-fevereiro-1881-546173-publicacaooriginal-60051-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

Decreto nº 8.821, de 30 de dezembro de 1882, regulou a execução de lei de sociedades anônimas, contendo disposições de direito penal e de processo penal<sup>692</sup>.

Nesse ínterim, sobreveio a proclamação da República<sup>693</sup>, momento em que o processo penal se encontrava regulamentado pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, e pelas legislações acima transcritas. Com a nova ordem instaurada, novos decretos foram editados, principalmente nos anos de 1889 e 1890.

Merece destaque o Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890<sup>694</sup>, o qual declarou abolida a pena de galés, reduziu para trinta anos as penas perpétuas, mandou computar o tempo de prisão preventiva na execução, e estabeleceu a prescrição das penas.

Na sequência, o Decreto nº 847, de 11 de outubro 1890<sup>695</sup>, promulgou o novo Código Penal brasileiro, estabelecendo algumas regras de processo penal<sup>696</sup>; e o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890<sup>697</sup>, organizou a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal, cuidou do Ministério Público Federal, do Júri Federal, do *habeas corpus*, fixou regras de processo penal<sup>698</sup>, etc.

Com a promulgação da Constituição republicana<sup>699</sup>, em 24 de fevereiro de 1891, além do fortalecimento das garantias já existentes, foram estabelecidas

692

Disponível

em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM8821.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM8821.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>693</sup> Resultou de um longo processo histórico emancipatório, que se fazia presente desde a Inconfidência Mineira (1789) e da Conjuração Baiana (1798), e que ressurgiu com maior força um século depois, com o lançamento do Manifesto Republicano (publicado em 03 de dezembro de 1870, no Rio de Janeiro), ganhando força com a organização do Partido Republicano. As ideias republicanas rapidamente se propagaram no país, de modo que várias províncias criaram seus próprios partidos republicanos. A proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, não resultou de um movimento popular, mas sim da união de interesses políticos (destituição do governo imperial) entre os militares e a elite agrária.

<sup>694</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>695</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>696</sup> Artigo 407, do Decreto nº 847, de 11 de outubro 1890.

<sup>697</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>698</sup> Artigos 50 ao 96, do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.

<sup>699</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

importantes regras de processo penal, sendo elas: o direito de petição<sup>700</sup>; a inviolabilidade de domicílio<sup>701</sup>; a proibição de prisão antes da pronúncia (salvo flagrante delito e demais casos expressos em lei) e sem ordem escrita da autoridade competente<sup>702</sup>; proibição da manutenção da prisão sem culpa formada (salvo exceções expressas em lei), ou prisão nos casos de prestação de fiança idônea (quando permitida em lei)<sup>703</sup>; proibição de sentença senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela prescrita<sup>704</sup>; direito a defesa plena, com todos os recursos essenciais a ela<sup>705</sup>; que nenhuma pena passará da pessoa do acusado<sup>706</sup>; aboliu a pena de galés e a de banimento judicial<sup>707</sup>; aboliu a pena de morte (ressalvada as disposições da legislação militar em tempo de guerra)<sup>708</sup>; dispôs sobre o *habeas corpus*<sup>709</sup>; proibiu foro privilegiado (salvo causas que por sua natureza pertencessem a juízos especiais)<sup>710</sup>; e manteve a instituição do júri<sup>711</sup>.

Ademais, a Constituição republicana quebrou a unidade processual, uma vez que outorgou, de maneira implícita, aos Estados-membros, a competência para legislar sobre direito processual e sobre organização judiciária<sup>712</sup>. Diante disto, enquanto alguns Estados passaram a elaborar seus próprios códigos de processo penal, outros preferiram seguir a legislação processual anterior<sup>713</sup>, optando por legislar supletivamente.<sup>714</sup>

Em que pese o pluralismo de legislações estaduais<sup>715</sup>, instituído após a promulgação da Constituição republicana, a União não deixou de legislar em matéria

---

<sup>700</sup> Artigo 72, § 9º, da Constituição republicana de 1891.

<sup>701</sup> Artigo 72, § 11, da Constituição republicana de 1891.

<sup>702</sup> Artigo 72, § 13, da Constituição republicana de 1891.

<sup>703</sup> Artigo 72, § 14, da Constituição republicana de 1891.

<sup>704</sup> Artigo 72, § 15, da Constituição republicana de 1891.

<sup>705</sup> Artigo 72, § 16, da Constituição republicana de 1891.

<sup>706</sup> Artigo 72, § 19, da Constituição republicana de 1891.

<sup>707</sup> Artigo 72, § 20, da Constituição republicana de 1891.

<sup>708</sup> Artigo 72, § 21, da Constituição republicana de 1891.

<sup>709</sup> Artigo 72, § 22, da Constituição republicana de 1891.

<sup>710</sup> Artigo 72, § 23, da Constituição republicana de 1891.

<sup>711</sup> Artigo 72, § 31, da Constituição republicana de 1891.

<sup>712</sup> Artigo 34, §§ 23 e 26, da Constituição republicana de 1891.

<sup>713</sup> São exemplos: o Estado de São Paulo; o Estado de Alagoas; o Estado do Pará; e o Estado do Mato Grosso. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 163-164.

<sup>714</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>715</sup> São exemplos: a Lei nº 507, de 22 de março de 1909 (Código de Processo Criminal do Estado do Maranhão); a Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898 (Código de Processo Penal do Estado do

processual<sup>716</sup>, ocasionando uma multiplicidade de estruturas processuais. Destarte, ao passo que alguns códigos se mantiveram de acordo com os postulados jurídico-processuais até então existentes, outros destes se afastaram, adotando novas práticas processuais penais (v.g. restringiram as atribuições do júri; suprimiram o inquérito policial; etc.).<sup>717</sup>

Conforme observa MARQUES, “o golpe dado na unidade processual não trouxe vantagem alguma para nossas instituições; ao contrário, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal.”<sup>718</sup>

---

Rio Grande do Sul); a Lei nº 1.137, de 20 de dezembro de 1912 (Código da Organização Judiciária e do Processo Penal, Civil e Comercial do Estado do Rio de Janeiro); a Lei nº 920, de 1º de outubro de 1917 (Código de Processo Penal do Estado do Amazonas); a Lei nº 449, de 30 de novembro de 1918 (Código de Processo Penal do Estado do Rio Grande do Norte); a Lei nº 1.916, de 23 de fevereiro de 1920 (Código de Processo Criminal do Estado do Paraná); a Lei nº 962, de 04 de julho de 1919 (Código de Processo Penal do Estado do Piauí); a Lei nº 336, de 21 de outubro de 1910 (Código de Processo Criminal do Estado da Paraíba); a Lei nº 1.950, de 24 de dezembro de 1921 (Código de Processo Criminal do Estado do Ceará); a Lei nº 753, de 07 de setembro de 1918 (Código de Processo Penal do Estado do Sergipe); a Lei nº 1.750, de 04 de junho de 1925 (Código de Processo Penal do Estado de Pernambuco); a Lei nº 1.121, de 21 de agosto de 1915 (Código de Processo Criminal do Estado da Bahia); o Decreto nº 1.891, de 26 de setembro de 1914 (Código de Processo Penal do Estado do Espírito Santo); o Decreto nº 7.259, de 14 de junho de 1926 (Código de Processo Penal do Estado de Minas Gerais); a Lei nº 1.526, de 14 de novembro de 1925 (Código Judiciário do Estado de Santa Catarina); o Decreto nº 5.755, de 10 de junho de 1918 (Organização Judiciária do Estado de Goiás); o Decreto nº 14.338, de 1º de outubro de 1920 (Lei Orgânica e Processual do Estado do Acre); e o Decreto nº 16.751, de 31 de dezembro de 1924 (Código de Processo Penal do Distrito Federal). *Idem*, *ibidem*, p. 162-165.

<sup>716</sup> São exemplos: a Lei nº 628, de 28 de outubro de 1899, que estabeleceu as hipóteses em que era cabível a fiança, os crimes em que a ação penal seria iniciada mediante denúncia, etc.; a Lei nº 1.785, de 28 de novembro de 1907, que estabeleceu penas para o crime de peculato, e deu outras providências; o Decreto nº 2.110, de 30 de setembro de 1909, estabeleceu penas para os crimes de moeda falsa, falsificação de documentos, peculato, e deu outras providências; Lei nº 2.992, de 25 de setembro de 1915, que modificou alguns artigos do Código Penal; o Decreto nº 4.743, de 31 de outubro de 1923, que regulou a liberdade de imprensa, deu outras providências, e tratou sobre ação e prescrição; o Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, que estabeleceu penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, deu outras providências, e tratou sobre o juiz de seção do Distrito Federal e nos Estados da União; o Decreto nº 4.790, de 02 de janeiro de 1924, que definiu os direitos autorais, e deu outras providências; o Decreto nº 24.776, de 14 de julho de 1934, que regulou a liberdade de imprensa, deu outras providências, e tratou da ação penal e da prescrição; o Decreto nº 167, de 05 de janeiro de 1938, que regulou a instituição do júri; entre outras. *Idem*, p. 160.

<sup>717</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 122.

<sup>718</sup> Expõe ainda que: “Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para instauração ou formação da culpa; contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário de culpa; processo ordinário para os crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade, com plenário posterior à formação de culpa; inquérito policial servindo de

Apesar da Revolução de 1930<sup>719</sup>, manteve-se vigente no país o sistema pluralista, uma vez que a nova ordem não se preocupou com a necessária reforma da legislação processual penal.<sup>720</sup> Neste sentido, o Decreto nº 19.684, de 10 de fevereiro de 1931<sup>721</sup>, dentre outras coisas, destinou uma das subcomissões para a reforma do Código de Processo Penal do Distrito Federal<sup>722</sup>, demonstrando, com isso, não se preocupar com a ordem processual em âmbito nacional.

Tal preocupação só veio a lume com a nova Constituição<sup>723</sup>, promulgada no dia 16 de julho de 1934, a qual reestabeleceu o regime da unidade processual outrora existente, ao dispor que competia privativamente à União legislar sobre “direito penal, comercial, civil, aéreo e processual (...)”<sup>724</sup>

Por ela, foi determinada a nomeação, pelo Governo, de uma comissão (composta por três juristas) para a organização do projeto de Código de Processo Penal, que deveria ocorrer no prazo de três meses.<sup>725</sup> Para tanto, nomeou-se os Ministros Bento de Faria e Plínio Casado, e o professor Gama Cerqueira (catedrático de direito penal na Faculdade de Direito de São Paulo).<sup>726</sup>

O projeto (conhecido como Projeto Vicente Ráo) foi apresentado ao Presidente da República no dia 15 de agosto de 1935. A Exposição de Motivos, obra do professor Vicente Ráo (Ministro da Justiça), salientava de maneira clara e precisa as inovações trazidas pelo projeto, sendo elas: a supressão do inquérito policial e a consequente instituição do juizado de instrução; o regramento da produção da prova

---

instrumento da denúncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; processo especial estabelecendo desde logo a plenitude da defesa nos crimes comuns; propositura e titularidade da ação penal, de acordo com o que dispunha o art. 407 do Código Penal.” Idem.

<sup>719</sup> De maneira geral, foi um movimento armado que tirou do poder (por meio de um golpe de Estado) o presidente Washington Luís, e marcou o fim da República Velha.

<sup>720</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 165.

<sup>721</sup> Promulgou os dispositivos disciplinares da Comissão Legislativa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19684-10-fevereiro-1931-503069-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>722</sup> Artigo 2º, § 13, do Decreto nº 19.684, de 10 de fevereiro de 1931.

<sup>723</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>724</sup> Artigo 5º, XIX, “a”, da Constituição da República de 1934.

<sup>725</sup> Artigo 11, das disposições transitórias da Constituição da República de 1934.

<sup>726</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 166; MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 123.

em contraditório regular, perante o juiz processante, observando-se das garantias de defesa; e a simplificação da ação penal (uniformização).<sup>727 728</sup>

A maior inovação trazida pelo projeto era o juizado de instrução, através do qual se deixava a polícia ao lado do juiz instrutor. A polícia permaneceria com a função investigatória, porém agora com a coparticipação do juiz. No que se refere às atribuições do júri, o projeto não inovou, pois deixou a cargo dos Estados tudo aquilo que se referisse à competência *ratione materiae*.<sup>729</sup> Conforme enuncia MARQUES, “se de 1832 a 1841, viveu nossa legislação processual-penal, um período de liberalismo, e de 1841 a 1871, de reacionarismo; se em 1871 se iniciou um terceiro período para essa legislação, caracterizado pela harmonização de primeiro e segundo, com predominância daquele, o Projeto Vicente Ráo marca um dos momentos iniciais de um quarto e novo período (...).”<sup>730</sup>

Com efeito, com o golpe de Estado<sup>731</sup>, em 10 de novembro de 1937, promulgou-se uma nova Constituição,<sup>732</sup> que impediu a continuidade da discussão e aprovação do Projeto Vicente Ráo, mas manteve a unidade processual<sup>733</sup>. Embora se tenha mantido a unidade, optou-se por elaborar um novo Código de Processo Penal, razão pela qual foi nomeada uma nova comissão para a organização de um novo projeto, composta por Narcélio de Queirós, Cândido Mendes, Vieira Braga, Roberto Lira e Néelson Hungria.

A comissão, antes de iniciar os trabalhos referentes ao Código, elaborou um projeto sobre a reforma da instituição do júri, o qual resultou no Decreto-lei nº 167, de

---

<sup>727</sup> Idem.

<sup>728</sup> RÁO, Vicente; FARIA, Antonio Bento de; CASADO, Plinio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 34, n. 3, p. 137-292, jan. 1938, p. 154.

<sup>729</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 123.

<sup>730</sup> Idem.

<sup>731</sup> Deu início ao período conhecido como Estado Novo.

<sup>732</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>733</sup> Artigo 16, XVI, da Constituição da República de 1937.

05 de janeiro de 1938<sup>734</sup>. Este, após a unificação processual, tornou-se a primeira legislação de processo penal elaborada para todo o Brasil.<sup>735</sup>

Pelo referido decreto, foi restringida a competência e as faculdades do júri, ficando ele limitado ao julgamento dos crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou ajuda ao suicídio, duelo com morte e latrocínio.<sup>736</sup> Ademais, tornou os seus vereditos controláveis pelo tribunal superior, uma vez que estes poderiam reformar as decisões daquele quando manifestamente contrárias às provas dos autos, “(...) para aplicar a pena justa, ou absolver o réu”<sup>737</sup>.

Ainda, no que se refere ao processo penal pátrio e sua estrutura inquisitorial, é importante lembrar os Decretos-leis nº 88, de 20 de dezembro de 1937<sup>738</sup>, e nº 431, de 18 de maio de 1938<sup>739</sup>, os quais definiram a organização, a composição, e o processo de julgamento dos crimes sujeitos ao Tribunal de Segurança Nacional. Este Tribunal, que a princípio tinha sido instituído como órgão da Justiça Militar, e deveria funcionar sempre que fosse decretado estado de guerra (Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936<sup>740</sup>), foi, posteriormente, transformado em órgão permanente e autônomo da Justiça Especial<sup>741</sup>, devendo funcionar para os crimes que atentassem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.<sup>742</sup>

O processo trazido por esta legislação foi extremamente inquisitivo e desprovido de qualquer garantia. Como observa MARQUES, o processo trazido pelos Decretos-leis nº 88 e nº 431 “era o que havia de mais iníquo e inquisitorial,

---

<sup>734</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0167.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>735</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 124.

<sup>736</sup> Artigo 3º, do Decreto-lei nº 167, de 05 de janeiro de 1938.

<sup>737</sup> Artigo 96, do Decreto-lei nº 167, de 05 de janeiro de 1938.

<sup>738</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>739</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-431-18-maio-1938-350768-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>740</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-244-11-setembro-1936-503407-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>741</sup> Pelo artigo 122, § 17, da Constituição da República de 1937.

<sup>742</sup> Na realidade, este Tribunal estava a serviço do governo. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Pequeno ensaio sobre a injustiça: memórias secas de um tribunal de segurança nacional. In: *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*. [S.l.], p. 111-126, fev. 2011, p. 122.

policialesco e reacionário, em matéria de procedimento penal.”<sup>743</sup> O inquérito policial além de possuir o caráter de formação de culpa, era tido como verdadeiro (até prova em contrário), o que demonstra que as garantias da instrução contraditória e jurisdicional restaram abolidas (aí é possível verificar a possível origem da malfadada presunção de veracidade do inquérito policial no sistema pátrio, ainda sustentada por alguns incautos na atual estrutura processual).

O acusado, após a formação da culpa em segredo e arbitrária (da polícia-política), via-se de mãos atadas frente aos juízes especiais (todos de confiança do Executivo).<sup>744</sup> Estes atuavam de ofício e conduziam o processo como bem queriam, pois julgavam pela livre convicção, não estando vinculados a regras formais pelas quais o sistema jurídico se baseava.<sup>745</sup> Como se pode notar, neste procedimento imperava o horror, como aquele visto no processo inquisitivo canônico.

O procedimento trazido pelos referidos decretos foi abolido pela Lei Constitucional nº 14, de 17 de novembro de 1945<sup>746</sup>, a qual extinguiu o Tribunal de Segurança Nacional, passando a competência para o processamento e julgamento daqueles crimes aos juízes e Tribunais referidos no artigo 90 da Constituição da República de 1937.<sup>747</sup>

Sem embargo, pelo Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941<sup>748</sup>, outorgou-se o novo Código de Processo Penal Brasileiro, e pelo Decreto-lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941<sup>749</sup>, a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, os quais passaram a vigorar em 1º de janeiro de 1942. Embora tenha tido inúmeras alterações (todas pontuais)<sup>750</sup>, permanece em vigor até a presente data.<sup>751</sup>

---

<sup>743</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 125.

<sup>744</sup> Idem, *ibidem*, p. 126.

<sup>745</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *Pequeno...* Op. cit., p. 121.

<sup>746</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1940-1949/leiconstitucional-14-17-novembro-1945-364998-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>747</sup> Artigos 1º e 2º, da Lei Constitucional nº 14, de 17 de novembro de 1945.

<sup>748</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>749</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del3931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3931.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>750</sup> São exemplos: a Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou alguns dispositivos relativos à prisão, fiança, testemunhas, suspensão da pena, livramento condicional, entre outros; a Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008, que alterou os dispositivos relativos ao Tribunal do Júri, e deu

É importante lembrar que o Código de Processo Penal de 1941, além de ser baseado no Código (fascista) de Processo Penal Italiano de 1930 (*Codice Rocco*), foi elaborado durante o período ditatorial e, por isso, não deixou de sofrer os influxos autoritários do Estado Novo. Ademais, durante a sua elaboração não foi solicitada a colaboração dos juristas do país, não tendo o projeto uma larga e antecipada publicação.<sup>752</sup>

De maneira geral, o novo Código manteve o inquérito policial<sup>753</sup> (como herdado do Império pela reforma de 1871); restringiu ainda mais a competência do júri; aboliu o sumário de culpa e a pronúncia (salvo para os crimes de competência do júri); estabeleceu a instrução contraditória; separou as funções acusatória e julgadora, etc.<sup>754</sup>

---

outras providências; a Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou os dispositivos relativos à prova, e deu outras providências; a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que alterou os dispositivos relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos; a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou os dispositivos relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e deu outras providências; etc.

<sup>751</sup> Desde a promulgação do Código de 1941, surgiram diversos projetos de reforma global, sendo os principais: *Anteprojeto Helio Tornaghi* (elaborado durante o governo Jânio Quadros, foi encaminhado ao Governo em 1963, e não foi aprovado em virtude dos acontecimentos políticos que se seguiram – renúncia do Presidente Jânio Quadros e deposição do seu sucessor, João Goulart); *Projeto José Frederico Marques* (foi entregue ao Ministro da Justiça em 10 de junho de 1970, e revisto posteriormente, em razão da modificação operada com o Código Penal de 1969, pela Lei nº 6.016 de 31 de dezembro de 1973. Embora convertido no projeto de Lei nº 633/75, que foi aprovado pela Comissão Especial, não chegou a ser votado pelo Senado Federal); *Projeto nº 175/84* (elaborado sobre o texto do projeto anterior, foi encaminhado ao Congresso Nacional, passando a tramitar como PL nº 1.655/83 e, no ano seguinte ao Senado Federal, onde tramitou como PLC nº 175/84, sendo retirado em novembro de 1989, a pedido do Poder Executivo); *Projeto nº 156/09 – PLS* (foi coordenado pelo Ministro Hamilton Carvalhido. Após aprovação pelo Senado Federal em novembro de 2010, foi encaminhado à Câmara dos Deputados para ser submetido à revisão, onde passou a tramitar como PL nº 8045/10, sendo apensado ao PL nº 7987/2010 de autoria do Deputado Miro Teixeira, que também tem por objeto a reforma global do Código de Processo Penal. Apresentado requerimento para criação de Comissão Especial para emissão de parecer em novembro de 2011, esta foi criada apenas em março de 2014. Atualmente o referido Projeto se encontra em tramitação no Congresso Nacional). PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 169-171; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6. Consulta ao andamento do PL nº 156/09. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90645](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645)>. Acesso em: 23 jan. 2015. Consulta ao andamento do PL nº 8.045/10. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

<sup>752</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Processo...* Op. cit., p. 168.

<sup>753</sup> Conforme exposto pelo legislador na Exposição de Motivos, o inquérito policial era a opção mais adequada à realidade social e jurídica brasileira, a qual não se restringia apenas aos centros urbanos, mas alcançava os remotos distritos e comarcas do interior.

<sup>754</sup> Tal estrutura será tratada no capítulo seguinte.

Desta forma, a legislação processual penal permaneceu estacionada, mantendo os procedimentos arcaicos outrora utilizados, uma vez que não se afastou da tradição legislativa. Ainda que tenha sofrido diversas alterações ao longo dos anos, conservou sua estrutura inquisitorial, permanecendo em vigência até os dias atuais.

Neste sentido, MARQUES assevera que:

Infelizmente a comissão que elaborou o projeto que se transformou no atual Código de Processo Penal, não soube dotar o país de um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal. (...). O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados brasileiros.<sup>755</sup>

A Constituição da República de 1946<sup>756</sup> também foi bastante relevante para o processo penal, uma vez que ela além de adotar os princípios da acusatoriedade, do devido processo legal, do contraditório e do juiz natural, manteve o *habeas corpus*, restaurou a soberania do júri, proibiu a extradição de brasileiros (não se admitindo em nenhum caso), etc.<sup>757</sup>

Todavia, a vitória da Revolução de 1964<sup>758</sup> marcou o início de um período de grandes modificações na organização política e na vida econômica e social do país. Foi instituída uma nova ordem, através da qual se editou uma série de atos institucionais, bem como foram aprovadas diversas emendas à Constituição. As reformas constitucionais não alteraram os princípios relativos à Justiça Penal, ficando mantidos os dispositivos referentes aos direitos e garantias individuais. Porém, os atos institucionais produziram diversas reformas na estrutura até então existente.

O Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964<sup>759</sup>, marcou o final do período constitucional inaugurado no ano de 1946. Ele fortaleceu o Poder Executivo e centralizou a administração do país, estabelecendo, dentre outras coisas, que o

---

<sup>755</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado...* Op. cit., p. 124-125.

<sup>756</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>757</sup> Artigo 141, §§ 4º; 21; 22; 23; 25; 26; 27; 28 e 33, da Constituição da República de 1946.

<sup>758</sup> A Revolução cívico-militar, deflagrada no dia 31 de março de 1964, culminou em um golpe de Estado que derrubou o presidente João Goulart (em 1º de abril), e instalou um regime autoritário no país.

<sup>759</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2015.

Presidente da República possuía poderes para propor emendas constitucionais, enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, decretar o estado de sítio, etc.; que as garantias constitucionais da vitaliciedade e estabilidade da magistratura ficariam suspensas por seis meses, o que relativizou o direito ao julgamento por tribunal independente; e assim por diante.<sup>760</sup>

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965<sup>761</sup>, manteve a suspensão das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo, não estabelecendo um limite de tempo para a suspensão; restaurou a Justiça Federal; aumentou o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para dezesseis, e do Tribunal Federal de Recursos para treze; deu poder ao Presidente da República para cassar mandatos e suspender direitos políticos (pelo prazo de dez anos); etc.<sup>762</sup>

A Constituição de 24 de janeiro de 1967<sup>763</sup> não alterou as garantias processuais<sup>764</sup> previstas na Constituição anterior. Contudo, o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968<sup>765</sup>, manteve suspensas as garantias constitucionais do Poder Judiciário; permitiu o confisco de bens; limitou o *habeas corpus*, suspendendo-o em relação a crimes políticos contra a segurança nacional, à ordem econômica e social e à economia popular; foi mantida a possibilidade de cassação de mandatos e suspensão direitos políticos (pelo prazo de dez anos); deu poderes extraordinários ao Presidente da República (v.g. intervir nos Estados e nos Municípios, editar decretos e atos complementares; etc.).<sup>766</sup>

O Ato Institucional nº 5 representou o momento mais duro do regime militar, isto é, expressou a forma mais acabada da ditadura militar vivida no Brasil. Por ele, produziu-se uma gama de ações rigorosas e arbitrárias contra os opositores do regime

---

<sup>760</sup> Artigos 3º; 4º; 6º e 7º, do Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964.

<sup>761</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2015.

<sup>762</sup> Artigos 6º; 14 e 15, do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965.

<sup>763</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2015.

<sup>764</sup> Artigo 150, da Constituição da República de 1967.

<sup>765</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2015.

<sup>766</sup> Artigos 3º; 4º; 6º; 8º; 9º e 10, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

(considerados ‘inimigos’ da nação<sup>767</sup>), com o fundamento de que para manter a ordem era preciso combater ideias subversivas, pois existia um quadro de ‘guerra revolucionária’ comunista. Como se pode perceber, instalou-se, com esta estrutura, um processo penal do horror.

A Constituição de 17 de outubro de 1969<sup>768</sup>, da mesma forma, não alterou as garantias processuais presentes na Constituição de 1946, porém, enquanto o Ato Institucional nº 5 esteve em vigência, as garantias processuais permaneceram suspensas, de modo que o processo penal foi mantido como estava.

Destarte, o período ditatorial (de caráter autoritário e nacionalista), compreendido entre os anos 1964 e 1985, ficou caracterizado pela falta de democracia, pela supressão de direitos e garantias constitucionais, pela censura, pela perseguição política e pela repressão aos que eram contra o regime militar (eram presos, torturados, exilados, desapareciam e, até mesmo, mortos<sup>769</sup>).

Com efeito, depois de muito sofrimento e muita luta para a superação do regime vivido durante o período ditatorial, bem como para a instauração de um modelo efetivamente democrático e garantista, instalou-se, em 1987, a Assembleia Nacional Constituinte, e, em 05 de outubro de 1988, promulgou-se a nova Constituição da República.

A nova Constituição, além de restabelecer os direitos banidos pelo Ato Institucional nº 5, trouxe o direito ao voto para todos os cidadãos (nas esferas municipal, estadual e federal), trouxe novamente o *habeas corpus*, criou o *habeas data* (dá acesso a informações registradas em qualquer órgão público), estabeleceu a liberdade política e de imprensa, restabeleceu o equilíbrio entre os poderes, fixou

---

<sup>767</sup> Isto lembra (e muito) a estrutura processual de outrora (processo inquisitorial canônico), onde imperava o combate às opiniões dissidentes, com o fim de manutenção do poder, mas com o falacioso argumento de manutenção da ordem e da segurança interna, como também para a “reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil”, conforme disposto no preâmbulo do Ato Institucional nº 5.

<sup>768</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 23 jan. 2015.

<sup>769</sup> Basta conferir em: PROJETO, “Brasil: Nunca Mais”. *A tortura*. t. 5. v. 1. Arquidiocese de São Paulo, 1985; BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. v. 1. Brasília: CNV, 2014; e BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. *Mortos e desaparecidos políticos*. v. 3. Brasília: CNV, 2014.

diversos direitos e garantias individuais, como a igualdade, a liberdade (expressão, locomoção, crença, etc.), o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o juiz natural, etc.

Não obstante, mesmo que se tenha disciplinado regras processuais, bem como se tenha trazido um rol de direitos e garantias individuais, elas costumam a sair do papel (mesmo após mais de vinte e seis anos de sua promulgação), e muitas vezes, sequer chegam a ser materializadas, efetivadas. Em virtude disto, muitas delas ficam somente na promessa, assim como ficaram os ideais trazidos com a Revolução Francesa após Napoleão ascender ao poder.

### 3 DA ESTRUTURA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

#### 3.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL

A partir da análise histórica e epistemológica dos sistemas processuais penais, bem como do estudo da evolução histórica do processo penal no Brasil, levados a efeito nos capítulos anteriores, pode-se afirmar que o sistema processual penal brasileiro é (e sempre foi) essencialmente inquisitório (Ordenações do Reino, Código de Processo Criminal do Império, Reformas Legislativas de 1841 e de 1871, e Código de Processo Penal de 1941).<sup>770</sup>

Tal afirmação se dá pelo fato de que o sistema vigente é (e sempre foi) regido pelo princípio inquisitivo<sup>771</sup>, pois a gestão da prova se encontra (e se encontrava),

---

<sup>770</sup> Não obstante, há quem defenda a existência de uma estrutura acusatória no processo penal brasileiro. Neste sentido, ver: MARQUES, José Frederico. *Elementos...* Op. cit., p. 73; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 10.

<sup>771</sup> CUNHA MARTINS, ao tratar sobre o sistema processual propõe um novo princípio unificador, a *democraticidade*, e um novo modelo sistêmico, o *democrático*. Segundo ele, “(...) o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o *modelo democrático*. Dizer ‘democrático’ é dizer o contrário de ‘inquisitivo’, é dizer o contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’. Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê como (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos suscetíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal ‘princípio unificador’: a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege.” A partir disto, o autor afirma que o que realmente importa na esfera processual é que se faça a seguinte pergunta: o mecanismo, ou elemento, ou prática (qualquer que seja) é compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do sistema ao qual está inserido? Assim, um modelo sistêmico seria mais admissível quanto maior fosse o número de respostas positivas que esta questão recebesse. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 73-74. Entretanto, cabe lembrar que ainda que se trate de um Estado Democrático de Direito, e que se tenham regras processuais constitucionalmente previstas, elas, por si só, não são suficientes para garantir o respeito às regras do jogo, bem como a tal democraticidade. É preciso muito mais que isto, pois as leis, assim como o direito, não são um marco zero. Antes delas (e dele) há a vida (DUSSEL), a linguagem (SAUSSURE), a cultura, a racionalidade, e assim por diante. Depois delas há, no mínimo, a interpretação. Neste sentido, COUTINHO expõe que: “A opção política se perfaz (leia-se bem: completa-se!) no cotidiano, por força da *interpretação*. Interpretar, todavia, não é uma carta em branco

primordialmente, nas mãos do juiz.<sup>772</sup> Como se pode verificar, o Código de Processo Penal de 1941 dá ao juiz, no sistema, o domínio absoluto do conhecimento que vai entrar no processo, deixando-o livre para buscar o que bem entender e, conseqüentemente, julgar como achar melhor.

Não bastasse isto, são quase ilimitadas as possibilidades da atuação de ofício pelo órgão jurisdicional, as quais caracterizam sobremaneira a prevalência<sup>773</sup> dos elementos inquisitórios no ordenamento jurídico pátrio, bem como na práxis processual penal.<sup>774</sup>

No Brasil, a incoerência nas explicações acerca direito processual penal advém da tentativa de conciliar o inconciliável, de atribuir às leis e práticas

que se dá ao intérprete, seja ele qual for, do ministro do STF ao mais humilde dos servidores públicos. E é assim porque se tem Constituição e leis; e nelas (naquela principalmente, por elementar), as regras (dos textos) e dos princípios, por meio dos quais, interpretando, constituem-se as normas. Se assim é – e é mesmo – não se há de duvidar que o *sentido possível dos textos* já tem um delimitador mínimo nas leis e nos princípios e sobretudo na Constituição e, naquilo que interessa aqui, ninguém mais duvida que se trata de uma *opção política* pelo *sistema acusatório*. Explicar mais, neste ponto, seria quase *inflação fonética*, só necessário para os que não fizeram – ou não quiseram fazer, em geral por conta dos seus *fantasmas* – a lição que leva aos *fundamentos dos fundamentos*. Isso significa, em *ultima ratio* que, no Brasil, *o sistema acusatório é um imperativo constitucional* (com a força que esta expressão tem, poder-se-ia arriscar dizer) do qual não se pode abrir mão, mesmo depois de se ter passado mais de vinte e cinco anos da CR/88 e ainda se conviver com a estrutura do CPP, indiscutivelmente inquisitorial. Desde este ponto de vista, não é desejável e muito menos correto querer superar a imprescindível necessidade de dar eficácia à CR/88 – justo fazendo prevalecer o *sistema acusatório* –, com conclusões que passam pelo fato de não ser importante para o deslinde da questão se o sistema for acusatório ou inquisitório, mormente porque a prevalência das regras constitucionais seriam suficientes para garantir uma *democraticidade*. Ora, não precisa nenhum esforço para entender o que algo assim já representou na história do Direito e, por tudo, o *Positivismo Jurídico* na sua pior vertente. Afinal, *fundar nas regras e a partir delas* – mesmo as constitucionais – a *proteção da cidadania* é, antes de tudo, ingênuo, pelo menos nos dias atuais em que se tem uma *Hermenêutica* que tanto sofre para tentar fixar parâmetros mínimos para a *interpretação* e, por certo, não cabe em *gente comprometida com a democracia processual e que sabe não poder dispensar os fundamentos dos fundamentos*. Depois de oito séculos – não se deve duvidar –, *a superação do sistema processual penal inquisitório não é simples* e nem haveria de ser. Sendo uma *opção política* por excelência é, também, *ideológica* e, assim, serve sobremaneira aos *sentidos que aproveitam a alguns, em geral detentores do poder ou seus fantoches*. O dilema dessa gente, hoje, é a Constituição (antes de tudo), a qual tratam de tentar driblar pela via de uma hermenêutica marota que autoriza, inclusive, exegeses inconstitucionais. A luta deles – sabe-se bem – não é simples. Mas como estão do lado do poder tendem a dificultar imensamente e com todas as forças a efetivação da Constituição. O preço que se paga pelo atraso – também se sabe – diz com uma moeda muito cara: *a carência de cidadania*.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Por que...* Op. cit., p. 8-9.

<sup>772</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 29.

<sup>773</sup> Ainda que o sistema seja inquisitório, é importante lembrar que ele apresenta elementos característicos (secundários) do outro sistema (acusatório), razão pela qual não é mais puro. Embora ainda se sustente a existência de um sistema misto, como já tratado, não há um princípio misto e, por isso, ou ele é essencialmente inquisitório ou essencialmente acusatório.

<sup>774</sup> Basta frequentar o foro e verificar os julgados para constatar tal afirmação.

processuais o caráter de legitimidade constitucional que muitas delas não têm.<sup>775</sup> Um exemplo disto é a tentativa de conformar (no âmbito do discurso, é claro) os preceitos do Código de Processo Penal de 1941 (decorrente de um regime autoritário e ditatorial<sup>776</sup>), com os postulados trazidos pela Constituição da República de 1988 (fruto dos ideais democráticos<sup>777</sup>), sabendo-se que partem de bases epistemológicas completamente distintas.

---

<sup>775</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 5.

<sup>776</sup> Para ter uma noção do caráter repressivo do processo penal, instituído pelo referido Código, basta ler a sua exposição de motivos, da qual se destaca o seguinte trecho: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do *flagrante delicto*, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma *faculdade*, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandado. É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitem*. Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano *ex delicto*. Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’.”

<sup>777</sup> Basta notar o disposto no preâmbulo da Constituição: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

Conforme assevera LOPES JUNIOR:

(...) o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado etc., não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso do sistema brasileiro, de núcleo inquisitório, ainda que com alguns ‘acessórios’ que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si sós não o transformam em acusatório).<sup>778</sup>

A estrutura inquisitória pode ser verificada em diversos dispositivos da legislação processual penal, sendo exemplos: artigo 127, que permite se ordene o sequestro de bens de ofício; artigo 155, que possibilita a utilização dos elementos informativos colhidos na investigação para fundamentar a decisão (ainda que não exclusivamente); artigo 156, que autoriza a produção de provas de ofício; artigo 196, que permite se proceda a novo interrogatório de ofício a qualquer tempo; artigo 209, que possibilita a oitiva de testemunhas não indicadas pelas partes; artigo 242, que autoriza a decretação de busca e apreensão de ofício; artigo 311, que permite a decretação de prisão preventiva de ofício; artigo 383, que possibilita a alteração da classificação jurídica do fato; artigo 385, que autoriza a condenação do acusado quando o Ministério Público tenha postulado pela absolvição, bem como que se reconheçam agravantes não alegadas pelas partes; entre outros.<sup>779</sup>

No que se refere à iniciativa probatória, o núcleo do problema reside na redação do artigo 156, do Código de Processo Penal<sup>780</sup>, a qual faculta ao juiz determinar, de ofício, a produção de provas antes de iniciado o processo (consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida<sup>781</sup>), bem como a realização de diligências (que entenda necessária para dirimir

---

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Sem itálico no original.

<sup>778</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 111.

<sup>779</sup> Por escaparem ao âmbito do presente trabalho, alguns destes dispositivos não serão aqui tratados.

<sup>780</sup> Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008.

<sup>781</sup> Fórmulas abertas, que permitem ao juiz escapar pela retórica e pelo discurso de qualquer limitação ou questionamento que possa surgir. COUTINHO, ao falar sobre o artigo 156, assevera que: “Ele é, por sinal, pior que o preceito derogado (“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.”), o qual dava a impressão – embora não fosse, na prática, verdadeira – de não participar o juiz da colheita dos meios probatórios na primeira fase da persecução. Agora, sem embargo, o texto é mais honesto se medido em relação à realidade que se

suas dúvidas) durante o curso da instrução definitiva. Antes da reforma de 2008, o artigo 156 não previa (de forma expressa) a possibilidade de produção de prova pelo juiz durante a instrução preliminar.<sup>782</sup>

Embora parte da doutrina sustente que se devam manter a gestão da prova e os poderes instrutórios ao órgão jurisdicional<sup>783</sup> para o esclarecimento de dúvidas que venham a surgir no curso do processo, pode-se verificar que tal atividade desconsidera, dentre outras coisas, o princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que o juiz, na dúvida, ao invés de absolver, parte para a busca de provas, com o intento de condenar, obviamente.<sup>784 785</sup> Tal possibilidade, por elementar, confunde as atividades de acusar e

---

vive, deixando claro o absurdo fascista das entranhas do sistema, inclusive em relação ao próprio magistrado. Afinal, permite-lhe expressamente, *nas duas fases da persecução*, ordenar *ex officio* a produção de provas (os fundamentos supre-se retoricamente a partir de conceitos indeterminados como *necessidade*, *adequação*, *proporcionalidade* e – pior – “*dúvida sobre ponto relevante*”) e, depois, cobra-se dele, a partir da base constitucional, equidistância e equilíbrio na condução do processo (ainda confundido, em 2008, com ação penal) e no acertamento do caso penal.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 16. v. 188, 2008, p. 5. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-as-reformas-parciais-do-cpp-e.html>>. Acesso em: 02 fev. 2015. Ademais, como observa LOPES JUNIOR, “é inaplicável qualquer juízo de proporcionalidade *pro* Estado no processo penal. Prisões preventivas, produções probatórias, provas ilícitas não são ponderáveis diante dos direitos fundamentais do acusado, simplesmente porque não estão amparadas em direito algum.” Assim, “o art. 156, I, do CPP, além de erigir um verdadeiro sistema inquisitório, imantado pelo princípio inquisitivo (conferindo ao juiz poderes instrutórios) utiliza-se, argumentativamente, do princípio da proporcionalidade, a fim de dar um ar democrático às subversões dos direitos fundamentais praticadas contra o acusado no curso do processo.” LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

<sup>782</sup> O artigo assim dispunha: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, *no curso da instrução ou antes de proferir sentença*, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Sem itálico no original.

<sup>783</sup> Para alguns de forma residual, limitada e complementar; para outros de forma ampla e ativa, em nítida posição que aponta na direção de se manter tudo como sempre foi.

<sup>784</sup> KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 151.

<sup>785</sup> Neste sentido, LOPES JUNIOR afirma que: “Quando o juiz, em dúvida, afasta o *in dubio pro reo* e opta por ir atrás da prova (juiz-ator=inquisidor), ele decide primeiro e depois vai atrás dos elementos que justificam a decisão que ele já tomou. Portanto, ‘ele é a prova’ e, depois, decide a partir da prova por ele mesmo produzida. Sem falar que a dúvida deve dar lugar a absolvição (o *in dubio pro reo* é fruto de evolução civilizatória!) e, quando um juiz afasta essa regra de julgamento e decide ‘ir atrás da prova’, não é preciso maior esforço para compreender que está buscando prova para condenar, pois se fosse para absolver, ele parava no momento anterior... É óbvio que ao assim agir, ele transforma *oin dubio pro reo* em *in dubio pau no reo*. Sem falar na violação do contraditório e ampla defesa.” LOPES JUNIOR, Aury. Teoria da ressonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. In: *Revista Consultor Jurídico*, p. 2. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

julgar, pois ao permitir ao órgão jurisdicional buscar provas para dirimir possíveis dúvidas, retira-o da função de julgador e o coloca na função de parte.

Com este dispositivo, foi expressamente permitido ao juiz ordenar, de ofício, a produção de provas nas duas fases da persecução penal (fase preliminar e fase processual), o que de modo claro enfatiza a opção pela estrutura inquisitória.<sup>786</sup> Como observa COUTINHO “tal preceito é inconstitucional porque, de modo escancarado, rompe com o devido processo legal, formal e substancialmente.”<sup>787</sup>

Neste sentido, LOPES JUNIOR afirma que:

(...) o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa 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. (...) consagraram um juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão.<sup>788</sup>

Não bastasse isso, o artigo 155, do Código de Processo Penal, permitiu ao juiz a utilização dos elementos informativos colhidos na investigação para fundamentar a decisão, ainda que não exclusivamente.<sup>789</sup> Antes da reforma, não havia esta previsão, embora na praxis fosse bastante frequente, em virtude da lógica e da estrutura processual penal antecedente, bem como da redação do revogado artigo 157, que dispunha que: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

Embora se tenha sustentado que a nova redação do artigo 155 representaria uma limitação à livre apreciação da prova (pois prevê que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”<sup>790</sup>), o

---

<sup>786</sup> Consoante expõe BORGES, “é possível afirmar que a nova redação do art. 156 estabeleceu algumas alterações textuais que não passaram de um artifício para esconder a opção política pela manutenção do sistema inquisitório.” BORGES, Clara Maria Roman. As atuais tendências de reforma do código de processo penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual vigente. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional* – ABDCONST. p. 201-223, 2010, p. 212.

<sup>787</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 5.

<sup>788</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 171.

<sup>789</sup> Conforme dispõe a segunda parte do artigo 155, o juiz não poderá “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

<sup>790</sup> Primeira parte do artigo 155, do Código de Processo Penal de 1941.

que se viu (e se vê) é exatamente o contrário (até mesmo pela segunda parte do referido artigo). Tal dispositivo serviu (e serve) para “legitimar” (ao menos retoricamente) o que há muito já vinha acontecendo: condenação com base nos elementos colhidos durante a investigação, porém agora com o respaldo expresso da legislação processual penal, ainda que contrariamente ao que prevê a Constituição.<sup>791</sup>

Neste entendimento, LOPES JUNIOR assevera que:

O problema principal de uma interpretação literal do conteúdo do art. 155 é justamente a utilização velada dos elementos de informação contidos no inquérito policial que, justapostos a outros elementos contidos no processo judicial justifica uma sentença condenatória. Aliás, o uso do famigerado “cotejo das provas dos autos com aquelas do inquérito policial” sempre foi um instrumento de abuso e de verdadeira burla de etiquetas ao sistema acusatório. Admitir-se uma condenação lastreada no inquérito policial, alicerçada por outras provenientes de processo judicial significa que aqueles atos investigatórios acabam sendo convertidos em atos probatórios. Todos aqueles vícios próprios dos atos praticados sem o respaldo integral das garantias constitucionais são tidos como aptos a ensejar providência jurisdicional, o que, a nosso juízo, é inequivocadamente arbitrário e inconstitucional.<sup>792</sup>

A reforma de 2008, ao invés de “adequar” o Código de Processo Penal aos ditames constitucionais, acabou por piorar a estrutura até então existente, demonstrando um efetivo retrocesso à evolução que vinha sendo operada nos institutos processuais penais pela doutrina e, até mesmo, pela jurisprudência.<sup>793</sup>

Consoante expõe COUTINHO “a tentativa de reforma – parece evidente – aponta para o fracasso embora, por certo, ajude a consolidar o sistema brasileiro como

---

<sup>791</sup> Neste sentido, COUTINHO observa que: “O art. 156 (...) desmente a mera impressão que desavisados podem ter com o novo preceito do art. 155, uma bizarra tentativa de limitação à *livre apreciação da prova*, antes de tudo porque ofensivo ao modelo de pensamento da civilização ocidental, dado sequer ser razoável (eis um dos pontos de sua inconstitucionalidade) se permitir que o juiz ordene a produção de prova *sponte propria* na fase preliminar da persecução penal e, depois, *forme a sua convicção* tão-só ‘*da prova produzida em contraditório*’. Ora, embora tenham alguns que não entendam e outros que não queiram – ou não queiram ser –, o juiz *é um ser humano*, algo não muito difícil de perceber: numa democracia (quem a quer de verdade?), é sujeito, isto é, assujeitado e, assim, *subjectu*, “posto debaixo” da lei. Deste modo, mesmo imperando a Filosofia da Linguagem e os significantes remetendo para outros significantes a fim de, só depois, dar-se *sentido* aos textos, não pode ele, embora como um hermeneuta privilegiado, *dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (...)*” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 5-6.

<sup>792</sup> LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit, p. 212.

<sup>793</sup> Neste entendimento, SÁ expõe que as “reformas pontuais de Código de Processo Penal brasileiro, produziram uma verdadeira quebra de estrutura e mesmo indicaram retrocessos em temas que já haviam, de certo modo, avançado no âmbito da doutrina e da jurisprudência.” SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: as polícias como arquivistas do soberano*. Curitiba, 2013. 364 f. Tese (Doutora em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 162.

inquisitório sem que se possa prosseguir com o engodo retórico comprado (com vidas inocentes) de Vincenzo Manzini e Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, escudeiros de mãos pesadas de Mussolini e Napoleão.”<sup>794</sup>

Outro dispositivo muito importante para a caracterização da estrutura inquisitória no ordenamento jurídico pátrio é o artigo 385<sup>795</sup>. Por ele, é permitido ao juiz condenar nos casos em que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes não alegadas pelas partes. Tal artigo vai de encontro à Constituição, uma vez que além de ferir garantias processuais (contraditório, ampla defesa, devido processo legal, imparcialidade, etc.), permite (mais uma vez) uma confusão (e não separação) das atividades de acusar e julgar. Desde esse ponto de vista, quando o juiz condena o acusado após o pedido de absolvição pelo órgão ministerial, ele atua sem a necessária provocação (antes, contra o impulso) e, com isso, invade a esfera de atuação que não é sua, mas do titular do processo.<sup>796</sup>

---

<sup>794</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 6.

<sup>795</sup> Artigo 385 do Código de Processo Penal de 1941: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

<sup>796</sup> Neste sentido, já houve a manifestação de alguns Tribunais Superiores (TJMG e TJRS). Decisão proferida pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Recurso em Sentido Estrito nº 1.0024.05.702576-9/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, julgada em 13 de outubro de 2009 e publicada em 27 de outubro de 2009 (Ementa: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO DOS REUS DECRETADA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO. I - Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III - Afirma-se que, *se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório.* IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.”). Sem itálico no original. Decisão proferida pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime nº 70026746511, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, julgada em 07 de maio de 2009 e publicada em 3 de junho de 2009 (Ementa: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EMBUTIDO NOS AUTOS E NÃO APRECIADO. JULGAMENTO CONJUNTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE, NO CASO

Por elementar, não é coerente que o órgão jurisdicional, que deve ser imparcial, condene o acusado quando o órgão acusador (titular exclusivo da ação penal pública<sup>797</sup>), após entender não ser cabível a condenação, postule pela absolvição. É necessário que haja uma correlação entre a acusação e a sentença, dado não poder o juiz tomar o lugar da acusação, pois esta não é sua função. Neste sentido, CHOUKR assevera que “(...) se o artigo 129, I, toma a cena como vetor de interpretação, e se a promoção da ação penal pública não se exaure com a simples veiculação da acusação, mas encerra toda uma gama de poderes e deveres, o artigo 385 não tem como subsistir

---

CONCRETO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CORRELAÇÃO. PENA. 1. Ajuizado o recurso em sentido estrito para impugnar a decisão que não recebeu a apelação, este é de ser apreciado, conjuntamente com a apelação, na medida em que os dois recursos tramitaram regularmente. Apelação recebida, conhecida e provida. 2. A fundamentação do Estado de Direito sob o pilar da dignidade da pessoa humana produz importantes efeitos jurídicos, inclusive no âmbito criminal, material e instrumental. Extrai-se, daí, a fundamentação do princípio acusatório, a exigir a separação das atividades de acusar e julgar no processo penal, de forma a viabilizar que o juiz atue com a imparcialidade necessária à garantia dos direitos e liberdades individuais. *É consequência do princípio acusatório a atribuição exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação penal pública, competindo ao juiz o julgamento nos exatos limites da acusação, considerada essa tal como definida em alegações finais, e não apenas na denúncia. Assim, a prolação de sentença condenatória quando o Ministério Público postula decisão absolutória em alegações finais, viola o princípio da correlação entre acusação e sentença.* Além do mais, no caso dos autos, é nítida a insuficiência probatória em relação aos acusados W.M.S. e E.T.S. 3. Devidamente comprovadas a existência do fato e a autoria delitivas em relação ao réu S.S.R., bem como a suficiência probatória, impõe-se o juízo condenatório, com o reconhecimento da majorante do concurso de pessoas, pois comprovada a participação de outros agentes na empreitada delituosa.”). Sem itálico no original. Decisão proferida pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Crime nº 70022113773, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgada em 19 de dezembro de 2007, e publicada em 26 de fevereiro de 2008 (Ementa: “ESTELIONATO. PRETENSÃO PUNITIVA ABANDONADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. *No sistema acusatório consagrado na Constituição Federal, não pode o magistrado levar adiante a pretensão punitiva já abandonada pelo seu autor, à vista das provas produzidas. O pedido ministerial absolutório equivale a uma desistência da ação penal privada pelo querelante, impondo-se, assim, a declaração da extinção da punibilidade, a par do disposto nos art. 42 e 385 do CPP, que sucumbem diante do princípio acusatório e da determinação constitucional do art. 129, I.* Entendimento ressalvado porque, na espécie, transitou em julgado a decisão absolutória. ESTELIONATO. INEXISTÊNCIA DA VANTAGEM INDEVIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. O mau pagamento de dívida pré-existente não configura crime de estelionato, pois do ardid (cheque não compensado) não decorreu qualquer vantagem econômica aos agentes, já que remanescente o direito de crédito do lesado. Ademais, o pequeno valor do débito não quitado (R\$ 30,00) autoriza a aplicação do princípio da insignificância, como decidido em primeiro grau. RECEPÇÃO. DOCUMENTOS SEM VALOR ECONÔMICO INTRÍNSECO. DELITO NÃO CONFIGURADO. Documentos pessoais em nome de terceiros são impassíveis de serem receptados. Precedentes da Corte Superior. Negaram provimento ao apelo ministerial e, em habeas corpus de ofício, absolveram o apelado Acimar. Unânime.”). Sem itálico no original.

<sup>797</sup> Artigo 129, da Constituição da República de 1988: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

na sua redação pois não há como sustentar a condenação de alguém quando o próprio acusador avalia a impropriedade da sanção.”<sup>798</sup>

Ademais, como observa BADARÓ, a correlação entre a acusação e a sentença (típica de um processo de partes, logo, de um sistema acusatório) é uma decorrência do princípio do contraditório. Deste modo, não é correto que o contraditório alcance apenas o debate sobre as questões de fato, uma vez que as questões de direito também estão a ele ligadas.<sup>799</sup>

É importante lembrar que o contraditório se exterioriza em dois momentos essenciais, sendo um de informação (*informazione*), e outro de reação (*reazione*). O primeiro consiste no direito das partes de serem informadas sobre tudo o que está acontecendo no processo (v.g. teor da acusação, comunicação dos atos processuais, etc.); o segundo, na possibilidade de manifestação, isto é, de resistência<sup>800</sup>, uma vez que a participação no processo se realiza por meio da reação. Logo, o contraditório é o direito da parte de ser informada, de participar do processo e de manter uma contraposição em relação à outra parte.<sup>801</sup>

Assim, para a concretização do contraditório é preciso que ele seja pleno e efetivo, e não meramente formal. Neste entendimento, FERNANDES expõe que:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os fatos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares.<sup>802</sup>

Com efeito, FAZZALARI ensina que “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é

---

<sup>798</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 587.

<sup>799</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 25-39.

<sup>800</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 126.

<sup>801</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 223.

<sup>802</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 61.

destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.”<sup>803</sup> O processo é uma espécie do gênero procedimento<sup>804</sup>, sendo uma sequência de atos (faculdades, poderes, deveres), destinados a um provimento estatal (administrativo, legislativo ou judicial), que tem como importante característica o contraditório.<sup>805</sup> Assim, o que diferencia o processo do procedimento é o contraditório.

Desta forma, “a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um interessado e um contra interessado, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais.”<sup>806</sup> Ou seja, deverá existir, neste procedimento contraditório, duas partes contrapostas (autor e réu) com iguais oportunidades e condições de atuação. Logo, “é essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.”<sup>807</sup>

Todavia, não basta que sejam dadas às partes iguais oportunidades de pronunciamento e participação, mas que estas sejam consideradas quando da prolação das decisões, porque se assim não for, haverá negativa de vigência aos princípios do processo, ou, da própria força normativa constitucional.<sup>808</sup> Por isto, deve-se reconhecer que o contraditório vai além da igualdade de condições entre as partes, uma vez que está também na observação, pelo juiz, do seu cumprimento, assegurando que não seja violado, tanto no *iter* processual como no momento de executar o ato final. Portanto, “não existe contraditório com o juiz, senão contraditório assegurado pelo juiz.”<sup>809</sup>

---

<sup>803</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

<sup>804</sup> GONÇALVES assevera que: “o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional.” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica...* Op. cit., p. 102-103.

<sup>805</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 83.

<sup>806</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições...* Op. cit., p. 122.

<sup>807</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica...* Op. cit., p. 127.

<sup>808</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório...* Op. cit., p. 104.

<sup>809</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 756.

Destarte, por ser o contraditório um imperativo para a validade da sentença, não é correto que o juiz fundamente sua decisão condenatória com base em provas e argumentos que não tenham passado pelo crivo do contraditório. Ou seja, quando o acusador, em sede de alegações finais, retira do debate contraditório a matéria referente à análise das provas anteriormente produzidas (pois opta pela absolvição), e consideradas desfavoráveis ao acusado, obsta a reação da defesa (em suas alegações finais), uma vez que esta não tem como rebater argumentos que lhe não foram apresentados.<sup>810</sup> É evidente que a defesa ficará sem ter o que responder (contradizer) e, caso sobrevenha uma condenação, o contraditório restará ofendido.

Assim, sob o ponto de vista constitucional, pode-se afirmar que compete ao órgão jurisdicional o julgamento do caso penal nos estritos limites da acusação, considerada não apenas na denúncia, mas, sobretudo, daquilo fixado em sede de alegações finais.<sup>811</sup> Tal medida se impõe em respeito aos princípios do contraditório, da

---

<sup>810</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 116-117.

<sup>811</sup> De acordo com COUTINHO: “Não se desconhece e nem se duvida que rege o sistema brasileiro, para a ação penal, o princípio da obrigatoriedade. Mas ele não vincula o Ministério Público no processo, como hoje se tem por pacífico. Assim, embora o Ministério Público não possa desistir da acusação e do recurso (artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal de 1941), é sintomático que o chamado princípio da indisponibilidade diz com o conteúdo do processo e não com a ação penal e seu exercício, logo, são coisas distintas. Aqui, então, tecnicamente não se pode confundir: o Ministério Público não pode desistir (retirar a acusação) mas, por evidente, em sendo um promotor de Justiça, não pode e não deve concordar com a condenação quando os elementos necessários para tanto não estiverem presentes e, assim, deve pedir a absolvição. Ora, senhor da acusação no processo, seu pedido, em uma estrutura acusatória, vincula o juiz. Por sinal, em tal estrutura (veja, por exemplo, a matéria, no processo penal norteamericano), por conveniência o Ministério Público pode retirar a acusação, inclusive, para, se for o caso, evitar desde logo uma decisão absolutória que, transitada em julgado aniquilaria uma possível/provável acusação futura, por certo fundada em evidências mais consistentes.” Entrevista pessoal durante a elaboração do presente trabalho. Em sentido contrário, OLIVEIRA sustenta que: “Em se tratando de sentença *condenatória* impera a máxima do *dá-me o fato que lhe dou o direito*, como expressão da função jurisdicional penal, a impor a correta aplicação da lei, independentemente da atuação das partes. Por isso, ainda que o Ministério Público requeira a absolvição do acusado em alegações finais, o juiz poderá proferir sentença condenatória, bem como reconhecer agravantes ou atenuantes (art. 387, I), embora nenhuma tenha sido alegada (art. 385). Outra ponderação: a autorização de reconhecimento *ex officio* de agravantes *não alegadas* parece-nos inaceitável, quando se tratar das agravantes (de fatos) mencionadas no art. 62, do Código Penal, quando não constantes da peça acusatória, e sobre os quais, por essa razão, não se teria manifestado a defesa.” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso...* Op. cit., p. 625. É importante notar que, ambos os autores acima citados (COUTINHO e OLIVEIRA) fizeram parte da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal (PLS nº 156/09), e que a posição defendida por OLIVEIRA prevaleceu sobre aquela defendida por COUTINHO. Deste modo, a diferença entre o atual dispositivo (artigo 385, do Código de Processo Penal de 1941) para o dispositivo do PLS nº 156/09 (Artigo 420. O juiz poderá proferir sentença condenatória, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo,

ampla defesa, do devido processo legal, da imparcialidade, da correlação entre a acusação e a sentença e, é claro, ao sistema acusatório.

Diante disto, a sentença condenatória proferida pelo juiz quando o órgão acusador tenha requerido a absolvição deve ser declarada nula, sob o fundamento de violação das garantias processuais constitucionalmente previstas.<sup>812</sup>

Da mesma forma, não é coerente que o juiz reconheça agravantes que sequer foram alegadas pelo titular da ação penal na denúncia. A sentença que assim o faz é *extra petita*, uma vez que se afasta da imputação, e vai (de ofício) além do postulado na acusação. É evidente que tal situação fere os princípios constitucionalmente previstos, uma vez que o juiz avoca para si um poder que não tem (e não deve ter).<sup>813</sup>

Com isto, mostra-se claro que o juiz concentra em suas mãos a gestão da prova e os poderes instrutórios, pois assume um papel ativo na busca do conhecimento, evidenciando a permanência da lógica e da tradição inquisitorial no sistema processual penal pátrio, como também a não efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

A atribuição de poderes instrutórios ao órgão jurisdicional (seja na fase preliminar, seja na fase processual) é um erro gravíssimo, que leva à ruína o processo penal democrático, uma vez que o recolhimento de prova pelo juiz antecipa (ou pode antecipar) a formação do juízo e, com isso, quebra com a sua imparcialidade.<sup>814 815</sup>

---

porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou causa de aumento não imputada), refere-se apenas às agravantes e causas de aumento, mantendo a possibilidade de condenação face ao pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Com isso, mantêm-se a confusão entre as funções de acusar e julgar, permanecendo um dispositivo inquisitório em um Código pretensamente acusatório.

<sup>812</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 116-117.

<sup>813</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 1144-1146.

<sup>814</sup> *Ibidem*, p. 114-115.

<sup>815</sup> Neste sentido, é importante lembrar o Informativo do STF nº 528, de novembro de 2008, o qual dispôs que o Supremo Tribunal Federal anulou um processo desde o recebimento da denúncia, em virtude de ofensa à garantia da imparcialidade, uma vez que o juiz realizou atos de natureza instrutória de ofício, apurou fatos e ouviu testemunhas antes de iniciado o processo penal (HC 94641/BA, Rel. orig. Ministra Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 11 de novembro de 2008): “A Turma, por maioria, concedeu, de ofício, habeas corpus impetrado em favor de condenado por atentado violento ao pudor contra a própria filha, *para anular, em virtude de ofensa à garantia da imparcialidade da jurisdição, o processo desde o recebimento da denúncia*. Determinou-se a imediata expedição de alvará de soltura do paciente (...). No caso, no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade (Lei 8.560/92, art. 2º) promovido pela filha do paciente para averiguar a identidade do pai da criança que essa tivera, surgiram indícios da prática delituosa supra, sendo tais relatos enviados ao Ministério Público. O parquet, no intuito de ser instaurada a devida ação penal, denunciara o paciente, vindo a inicial acusatória a ser recebida e

De acordo com LOPES JUNIOR:

(...) a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, (...) com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade*, e o outro, de *inércia*.<sup>816</sup>

É importante lembrar que, como observa PRADO, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.”<sup>817</sup>

Como já exposto, para a constituição de um sistema acusatório não basta haver a separação inicial das funções de acusar e julgar. É preciso que o juiz seja mantido longe da atividade investigatória e instrutória (característica essencial do sistema inquisitório), pois um processo no qual a mesma pessoa atua na investigação, recolhe as provas, e as valora para emitir uma decisão viola claramente o princípio da imparcialidade.<sup>818</sup> Tal situação transforma o processo em uma encenação simbólica,

---

processada pelo mesmo juiz daquela ação investigatória de paternidade. Entendeu-se que o juiz sentenciante teria atuado como se autoridade policial fosse, em virtude de, no procedimento preliminar de investigação de paternidade, em que apurados os fatos, ter ouvido testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal.” Sem itálico no original. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo528.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2015. Ademais, conforme expõe LOPES JUNIOR: “(...) o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 01/10/82, e de *Cubber*, de 26/10/1984, consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos ‘pré-juízos’ conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de ‘pré-juízos’. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 172-173.

<sup>816</sup> Ibidem, p. 115-116.

<sup>817</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 137.

<sup>818</sup> BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio...* Op. cit., p. 146.

uma vez que o juiz, desde o momento em que decide ir atrás da prova, já define a hipótese acusatória como verdadeira.<sup>819</sup>

A imparcialidade<sup>820</sup>, como um princípio fundamental da jurisdição, diz com a necessidade (meta a ser atingida) de o julgador se manter equidistante das partes (seus interesses, opiniões, etc.), razão pela qual se busca (e é realmente preciso) criar mecanismos capazes de garanti-la.<sup>821 822</sup>

Em pese se reconheça o caráter inquisitório da fase preliminar e da execução penal, ainda se tenta encobrir a estrutura inquisitória da fase processual penal, como se ela não existisse. Porém, como enuncia LOPES JUNIOR, “(...) fica fácil perceber que o processo penal brasileiro tem uma clara matriz inquisitória, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional.”<sup>823</sup>

Ainda que não expressamente previsto na Constituição, pode-se afirmar (a partir de interpretação<sup>824</sup>) que o sistema processual por ela acolhido foi o acusatório. Nela estão previstas regras inerentes à estrutura acusatória (v.g. contraditório, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, etc.), as quais são incompatíveis com a estrutura inquisitória, que parte de outra base epistemológica. Neste sentido, LOPES JUNIOR expõe que:

---

<sup>819</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Teoria da ressonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>820</sup> De acordo com OLIVEIRA, “a regra da imparcialidade ocupa-se diretamente das circunstâncias, de fato e de direito, e das condições pessoais do próprio julgador, que, segundo juízo prévio do legislador, poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão.” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso...* Op. cit., p. 442.

<sup>821</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução...* Op. cit., p. 34.

<sup>822</sup> Cabe lembrar a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, o qual dispõe em seu artigo 8º, § 1º: Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>823</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 113.

<sup>824</sup> Na doutrina tradicional se trataria da chamada interpretação sistemática

(...) basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica.<sup>825</sup>

Como já demonstrado, o Código de Processo Penal é claramente inquisitório e, por esta razão não está em conformidade com a Constituição. Na reforma parcial de 2008, por elementar, o sistema foi mantido<sup>826</sup>, sendo os procedimentos, em certa medida, piorados.

Ao permitir que o juiz produza prova de ofício, tanto no curso do processo quanto antes dele; que se utilize dos elementos colhidos na fase preliminar para justificar a decisão; que condene quando o Ministério Público tenha pleiteado a absolvição; entre outros, demonstra de forma clara a prevalência do sistema inquisitório, uma vez que quando o juiz se coloca como sujeito ativo do conhecimento, o faz de forma não neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretende ver confirmada.<sup>827</sup>

### 3.2 INQUÉRITO POLICIAL

Tendo em vista ser a instrumentalidade constitucional<sup>828</sup> o fundamento de existência do processo penal, ele não deve ser iniciado de forma imediata. Primeiramente, deve haver uma fase de pesquisas, de informações; é preciso que se investigue o fato aparentemente delituoso, que se reúnam elementos mínimos que justifiquem a viabilidade (ou não) do processo, de modo a evitar acusações infundadas

---

<sup>825</sup> Ibidem, p. 213-214.

<sup>826</sup> Como expõe COUTINHO: “(...) o problema *está no próprio sistema*, o que se não atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros *remendos*. Se é assim, *qualquer reforma deve ser global e incidente sobre todo ele*, bastando recordar a origem fascista do Código de Processo Penal brasileiro (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), e seu absoluto descompasso para com a atual Constituição da República, democraticamente promulgada em 5 de outubro de 1988. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 2.

<sup>827</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p.141.

<sup>828</sup> Ou seja, o processo como único caminho para que o Estado legitimamente imponha uma sanção penal.

(filtro processual).<sup>829</sup> Assim, para que o Estado exerça o *jus puniendi*, faz-se mister que se traga elementos comprobatórios do fato delituoso, bem como o seu autor, através da denominada persecução penal (*persecutio criminis*).

A persecução penal se inicia com a notícia crime (*notitia criminis*), através da qual a autoridade policial toma conhecimento da ocorrência de uma infração penal e dá início às investigações.<sup>830</sup> A investigação é momento pré-processual da persecução penal e, por isso, não integra a instância que se instaura tão somente com a propositura da ação penal.<sup>831</sup>

Como se pode verificar, a persecução penal comporta duas fases distintas<sup>832</sup>: a primeira preliminar (pré-processual), de caráter informativo e preparatório; e a segunda processual, na qual o órgão jurisdicional “em rito preestabelecido processa um caso penal para, em momento legalmente fixado, acertá-lo.”<sup>833</sup>

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que a instrução preliminar<sup>834</sup> é fundamental para o processo penal, uma vez que seria um grave erro acusar primeiro, para somente depois buscar informações acerca do(s) fato(s). Assim, a fase pré-

---

<sup>829</sup> Este é o principal fundamento da investigação/instrução preliminar. Porém, ao lado deste, aparecem outros fundamentos, como: *busca do fato oculto e a criminal case mortality* (quanto menor é a diferença entre a criminalidade real e a criminalidade conhecida pelos órgãos públicos encarregados da investigação, mais eficaz será o processo penal como reação e controle formal da criminalidade) e a *função simbólica* (contribui para restabelecer a tranquilidade social; para amenizar o mal-estar ocasionado pelo crime, por meio da sensação de que os órgãos públicos atuarão, evitando a impunidade). LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 250-259.

<sup>830</sup> A notícia crime pode ser: *direta* (crimes públicos: a polícia atua de ofício – v.g. flagrante delito), ou *indireta* (a comunicação chega até a autoridade policial por intermédio de terceiros). A indireta poderá ser: *simples* (a autoridade poderia ter conhecimento direto e não teve); ou *postulatória* (casos de crimes semi-públicos e crimes privados, onde a autoridade policial precisa ser provocada para agir). Como observa COUTINHO “nem todo fato noticiado é infração penal e são infinitas as hipóteses em que o relatado não passa de um indiferente penal. O limite, então, é o da tipicidade aparente; quando manifestadamente infundada a notícia da infração penal, não deve a autoridade policial praticar o ato de instauração/desencadeamento do inquérito policial.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coords.). *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 176.

<sup>831</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos...* Op. cit., v. 1, p. 140.

<sup>832</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>833</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O ato...* Op. cit., p. 167-168.

<sup>834</sup> Consoante expõe LOPES JUNIOR: “(...) é melhor utilizar o termo ‘instrução’ do que *investigação*, não só pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial – juiz instrutor – como também a uma sumária investigação policial), mas também porque seria uma incoerência lógica falar em *investigação preliminar* quando não existe uma *investigação definitiva*.” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 251. No presente trabalho serão utilizados indistintamente ambos os termos.

processual se mostra imprescindível<sup>835</sup>, pois sem ela o processo penal seria irracional, algo “inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional.”<sup>836</sup>

A instrução preliminar é, portanto, o conjunto de atividades desenvolvidas pelos órgãos estatais<sup>837</sup>, a partir de uma notícia crime. Possui caráter prévio e preparatório em relação ao processo penal, e pretende averiguar a autoria e as circunstâncias do fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.<sup>838</sup>

Com efeito, o inquérito policial é uma das formas de instrução preliminar<sup>839</sup>, sendo, na prática, a mais utilizada (modelo adotado no Brasil). Entretanto, na realidade processual penal ele vem sendo, durante muito tempo, deixado em um segundo plano. Acredita-se que por se tratar de uma peça administrativa e de caráter informativo não teria muito valor, razão pela qual não mereceria maiores preocupações.

Todavia, trata-se de uma peça muito importante, que pode gerar efeitos gravíssimos tanto na fase pré-processual como na fase processual propriamente dita, uma vez que com base nele é possível retirar a liberdade (medidas cautelares pessoais), retirar os bens (medidas cautelares reais), e inclusive condenar o acusado (livre convencimento), cotejando os seus elementos com aqueles produzidos no processo penal. Com isso, pode-se perceber que o descaso com inquérito policial pode cobrar um preço muito alto à democracia processual, razão pela qual ele merece uma atenção especial.

O inquérito policial está previsto no Código de Processual Penal, entre os artigos 4º e 23. É um procedimento administrativo de instrução provisória, destinado à colheita preliminar de provas, isto é, informações a respeito da autoria e materialidade do crime, para que o titular da ação penal (Ministério Público: nos casos de ação penal

---

<sup>835</sup> Não obstante os problemas que possam existir.

<sup>836</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 250.

<sup>837</sup> De maneira geral, podem ser órgãos encarregados da instrução preliminar: a Polícia Judiciária, o Juiz instrutor ou o Promotor Investigador. No Brasil, o modelo adotado foi o da instrução preliminar policial. *Ibidem*, p. 252.

<sup>838</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 252.

<sup>839</sup> São diversas as formas de instrução preliminar: inquérito policial; comissões parlamentares de inquérito; inquérito policial militar; sindicâncias; etc. Com exceção da primeira, as demais não serão objeto de estudo do presente trabalho.

pública; ou o ofendido: nos casos de ação penal de iniciativa privada) possa promovê-la (através da denúncia ou da queixa).<sup>840</sup> Trata-se de peça informativa e preparatória, que fornece ao titular da ação penal elementos necessários para a formação da *opinio delicti*, ou seja, para que decida entre acusação ou não acusação, processo ou não processo.

Neste sentido, LOPES JUNIOR expõe que “o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso.”<sup>841</sup>

As autoridades policiais competentes para a apuração das infrações penais são a Polícia Civil e a Polícia Federal, também chamadas de Polícia Judiciária<sup>842</sup>, as quais atuam após a prática do crime, colhendo os primeiros elementos que o elucidam e evitando que desapareçam, para que mais tarde possa haver lugar a ação penal.<sup>843</sup>

A Polícia Judiciária não exerce atividade judicial ou processual, pois suas atividades tem caráter administrativo. Realiza a investigação com autonomia e controle, dependendo de intervenção judicial apenas para adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Não obstante, a competência da polícia não exclui a de outras autoridades administrativas que tenham competência legal para investigar, como por exemplo, a autoridade militar, nos casos de crime militar praticado por militar; os membros do Poder Legislativo, nas chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito; e assim por diante.<sup>844</sup>

Ademais, a Polícia Judiciária não realiza policiamento preventivo e ostensivo, que é atribuição das Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal.<sup>845</sup> Estas, por sua vez, não possuem atribuição para realizar a investigação preliminar (salvo nos casos de crimes militares definidos no Código Penal Militar), que é tarefa daquela.

---

<sup>840</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos...* Op. cit., p. 146.

<sup>841</sup> LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 224.

<sup>842</sup> Artigo 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição da República de 1988.

<sup>843</sup> NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

<sup>844</sup> Artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>845</sup> Artigo 144, § 5º, da Constituição da República de 1988.

No que se refere à atuação do Ministério Público, ele poderá acompanhar a atividade policial durante a realização do inquérito, exercer o controle externo da atividade policial<sup>846</sup>, não assumindo o mando do inquérito, mas participando dele, requerendo diligências, etc.<sup>847</sup>, bem como requerendo a sua abertura.<sup>848</sup> Assim, sua participação é secundária, acessória e contingente, pois o órgão encarregado da direção do inquérito é a Polícia Judiciária.<sup>849</sup>

Quanto à atuação do juiz frente ao inquérito policial deve ser ela de garantidor dos direitos do acusado, e não de instrutor, devendo atuar somente quando provocado, para autorizar (ou não) medidas restritivas de direitos fundamentais. Assim, a intervenção do órgão jurisdicional no inquérito policial é contingente e excepcional, pois ele pode ser iniciado, desenvolvido e concluído sem a intervenção do juiz.<sup>850</sup> Entretanto, como já exposto, o artigo 156, I, do Código, permite que o juiz, de ofício, ordene a produção antecipada de provas ainda na fase pré-processual, o que não é razoável.

Como se pode perceber este dispositivo vai de encontro com a Constituição e quebra a com imparcialidade do julgador, uma vez que ele primeiramente produz a prova, e posteriormente julga o caso penal. Isso evidencia a malfadada estrutura inquisitória do processo penal brasileiro.

O inquérito policial tem como principais características: é *inquisitivo*, pois além de não comportar o contraditório, a autoridade policial dirige as investigações como quiser<sup>851</sup> (embora o artigo 14, do Código permita ao ofendido ou seu representante legal, e ao indiciado requerer diligências, a realização – ou não – ficará a critério da autoridade policial); é *sigiloso*<sup>852</sup> (respeitadas as prerrogativas dos

---

<sup>846</sup> Artigo 129, VII, da Constituição da República de 1988, e artigos 3º e 9º, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

<sup>847</sup> Artigo 26, IV, da Lei 8.625/93.

<sup>848</sup> Artigo 129, VIII, da Constituição República de 1988, artigo 7º, II, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e artigo 5º, II do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>849</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 280.

<sup>850</sup> O juiz não é um sujeito necessário na fase preliminar, devendo ser chamado apenas quando a excepcionalidade do ato exigir autorização ou controle jurisdicional, bem como estiver ocorrendo restrições ao direito de defesa do sujeito passivo. LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 261.

<sup>851</sup> Por exemplo: autoridade policial poderá ouvir dez testemunhas ou duas.

<sup>852</sup> Artigo 20, do Código de Processo Penal de 1941.

advogados, previstas no artigo 7º, XIV, do Estatuto da Advocacia, e na Súmula Vinculante nº 14, do STF<sup>853</sup>); é *escrito*<sup>854</sup>, pois todas as peças do inquérito devem ser reduzidas a termo e rubricadas pela autoridade policial; é *dispensável*<sup>855</sup>, uma vez que para o desencadeamento da ação penal ele não é obrigatório (poderá o Ministério Público dispensar o inquérito policial quando possuir elementos suficientes que o habilitem promover a ação penal).

Com isso, pode-se perceber que o inquérito policial “carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo.”<sup>856 857</sup>

O objeto do inquérito policial é o fato constante na notícia-crime, ou seja, o *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento de um crime), que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos.<sup>858</sup> Ele poderá ser instaurado<sup>859</sup>: nos *crimes públicos*, de ofício pela autoridade policial (a peça inicial é a portaria), por requisição do juiz<sup>860</sup>, por requisição do Ministério Público<sup>861</sup>, por

---

<sup>853</sup> Não obstante, a prática demonstra que tal direito não é, muitas vezes, respeitado pela autoridade policial, sob o argumento que tal medida poderia comprometer a investigação policial. Por elementar, tal argumento carece de fundamento válido, uma vez que em diversos casos, muitos outros servidores, funcionários, estagiários, etc. (da própria delegacia, do cartório criminal, do Ministério Público, da Magistratura, etc.) tem contato com a investigação. Desta forma, por que apenas o advogado (e não os outros) poderia comprometer a investigação?

<sup>854</sup> Artigo 9º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>855</sup> Artigos 27; 39, § 5º; 46, § 1º, do Código de Processo Penal.

<sup>856</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 278.

<sup>857</sup> Como observa COUTINHO: “Ele nasce (o IP), assim (Lei nº. 2.033, de 20.09.1871 e Decreto nº. 4.824, de 22.11.1871), com a desvantagem de ser um procedimento administrativo e, de conseqüência, inviabiliza a extensão, para si, do contraditório, até porque a CR de 88 só o impôs como um direito individual quando houvesse processo, conforme art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A matéria é polêmica, todavia; mas no rigor conceitual não cabe falar de processo no IP.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 4.

<sup>858</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 285.

<sup>859</sup> Artigo 5º, do Código de Processo Penal.

<sup>860</sup> Frente aos ditames constitucionais é incabível, e demonstra a malfadada estrutura inquisitória. Conforme o artigo 40, do Código de Processo Penal, tendo o juiz ou o tribunal informações da existência de um fato delituoso, deverá encaminhar as cópias e documentos ao Ministério Público. Logo, entende-se que o juiz não deve requisitar a instauração de inquérito policial.

<sup>861</sup> Uma vez que possui a titularidade da ação penal pública, conforme prevê o artigo 129, I, da Constituição da República de 1988.

requerimento do ofendido ou seu representante legal<sup>862</sup>, por comunicação oral ou escrita feita por qualquer pessoa (notícia-crime indireta)<sup>863</sup>, e com o auto de prisão em flagrante<sup>864</sup>; nos *crimes semi-públicos* por representação do ofendido (não poderá ser iniciado sem ela)<sup>865</sup>; nos *crimes privados* por requerimento do ofendido ou seu representante legal (não poderá ser iniciado sem ele)<sup>866</sup>.

São atos praticados no curso do inquérito: diligências pertinentes ao esclarecimento do fato delituoso (v.g. preservação do local do crime; apreensão dos objetos relacionados ao fato; oitiva de testemunhas, do ofendido e do indiciado; reconhecimento de pessoas, coisas e acareações; exame corpo de delito e outras perícias; identificação do indiciado, etc.)<sup>867</sup>; produção simulada dos fatos<sup>868</sup> (da qual o indiciado não é obrigado a participar, tendo em vista que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo); fornecimento de informações as autoridades judiciárias; diligências requisitadas pelo juiz<sup>869</sup> ou pelo Ministério Público; cumprimento de mandados de prisão; representação acerca da prisão preventiva<sup>870</sup>; representação para instauração de incidente de insanidade mental<sup>871</sup>; concessão de fiança (delitos punidos com pena máxima não superior a 4 anos)<sup>872</sup>; entre outros previstos em leis especiais (v.g. representação acerca de decretação de prisão temporária<sup>873</sup>; requerimento de interceptação telefônica<sup>874</sup>; etc.).

---

<sup>862</sup> Deverá ser feito por escrito (é uma petição formal dirigida à autoridade policial). O § 2º do artigo 5º prevê que do despacho que indeferir a abertura do inquérito caberá recurso para o chefe de polícia. É possível também a impetração de mandado de segurança contra o ato do delegado (artigo 5º, LXIX da Constituição da República de 1988 e artigo 1º, da Lei nº 12.016/09), ou a provocação da iniciativa do Ministério Público, nos termos do artigo 27, do Código de Processo Penal de 1941. A falsa comunicação ou imputação poderá configurar o delito de denúncia caluniosa (artigo 339, do Código Penal) ou o delito de comunicação falsa de crime ou contravenção (artigo 340, do Código Penal).

<sup>863</sup> Nesta hipótese, caberá à autoridade policial, após verificar a procedência das informações, mandar instaurar o inquérito. Artigo 5º, § 3º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>864</sup> Artigo 304, § 1º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>865</sup> Artigo 5º, § 4º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>866</sup> Artigo 5º, § 5º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>867</sup> Artigo 6º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>868</sup> Para verificar como o crime foi praticado, poderá a autoridade policial proceder à reconstituição do crime. Artigo 7º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>869</sup> Novamente se mostra presente a estrutura inquisitória.

<sup>870</sup> Artigo 13, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>871</sup> Artigo 149, § 1º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>872</sup> Artigo 322, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>873</sup> Artigo 2º, da Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

O indiciamento é o ato privativo do delegado de polícia (deve ser fundamentado<sup>875</sup>), e por ele se altera o *status* do investigado para indiciado, por entender existir indícios suficientes de que ele praticou a infração penal. Não se trata de acusação formal, mas da demonstração da existência de elementos mínimos de autoria, colhidos durante o andamento do inquérito policial (v.g. nos laudos periciais, nos depoimentos das testemunhas, etc.).<sup>876</sup>

O indiciamento é, portanto, uma análise preliminar do caso penal, que faz com que se presuma ser o suspeito o autor do crime. Logo, o indiciamento é um ato posterior ao estado de suspeito, e está baseado em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade.<sup>877</sup>

Em regra<sup>878</sup>, o inquérito policial deverá ser concluído em dez dias estando o indiciado preso (prazo improrrogável; passado os dez dias o indiciado deve ser colocado em liberdade), e em trinta dias estando o indiciado solto<sup>879</sup>.

Este prazo poderá ser prorrogado pelo juiz quando se tratar de fato de difícil elucidação<sup>880</sup> e existir pedido de dilação da autoridade policial. O juiz antes de decidir deve ouvir o titular da ação penal, uma vez que este pode discordar, por entender existir elementos suficientes e oferecer a denúncia ou requerer o arquivamento do inquérito.<sup>881</sup> Havendo concordância, o juiz fixará novo prazo, que será por ele determinado.

Concluído o inquérito, a autoridade policial deverá fazer um relatório (impessoal) de tudo que tiver sido apurado, remetendo os autos (juntamente com os

<sup>874</sup> Artigo 3º, I, da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

<sup>875</sup> Artigo 2º, § 6º, da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.

<sup>876</sup> “Indiciar é apontar, indicar alguém como autor de um delito diante da presença de elementos convincentes de autoria, de materialidade do fato e das suas circunstâncias.” RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.72-73.

<sup>877</sup> Alguns exemplos são o flagrante delito (certeza visual ou presumida), a prisão preventiva (indícios suficientes de autoria), e a prisão temporária (fundadas razões de autoria). LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 431-432.

<sup>878</sup> Há exceções, como por exemplo: artigo 51, da Lei 11.343/06 (indiciado preso: 30 dias, prorrogável por igual período; indiciado solto: 90 dias, prorrogável por igual período); artigo 66, da Lei 5.010/66 (indiciado preso: 15 dias, prorrogável por igual período; indiciado solto: 30 dias, prorrogável por igual período); etc.

<sup>879</sup> Artigo 10, *caput*, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>880</sup> Artigo 10, § 3º, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>881</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

instrumentos do crime e objetos que possam interessar à instrução definitiva e ao julgamento) ao foro para ser distribuído.<sup>882</sup> Em caso de prevenção, deverão ser os autos encaminhados ao respectivo juiz.<sup>883</sup> A autoridade policial não poderá mandar arquivar os autos de inquérito, pois não possui atribuição para tanto.<sup>884</sup>

Encaminhados os autos de inquérito ao Ministério Público, este poderá tomar as seguintes medidas: requerer o retorno dos autos à autoridade policial para novas diligências (que considerar imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos); oferecer a denúncia<sup>885</sup>; ou requerer o arquivamento por falta de base para a denúncia (não estarem presentes as condições da ação penal).

Com efeito, ao oferecer a denúncia o Ministério Público deverá demonstrar estar presentes as condições da ação penal, que podem ser genéricas e específicas. As genéricas são: *tipicidade aparente* (prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*); *punibilidade concreta* (possibilidade de o Estado aplicar uma pena ao agente que cometeu um crime, logo, inexistir causas de extinção da punibilidade, como prescrição, decadência, renúncia, além de outras previstas em lei); *legitimidade de parte* (está relacionada com o tipo de ação que será interposta: se for ação penal pública, o polo ativo deverá ser ocupado pelo Ministério Público; se for ação penal de iniciativa privada o polo ativo deverá ser ocupado pelo ofendido ou seu representante legal); e *justa causa* (indícios de autoria e materialidade de fato). Ao lado destas, a lei estabelece condições específicas para determinadas infrações penais (que não excluem a apreciação das condições genéricas da ação) e, quando a lei exigir, a falta de uma delas também impedirá o recebimento da ação penal em juízo de admissibilidade positivo (v.g. representação do ofendido; requisição do Ministro da Justiça; etc.).

O artigo 12, do Código de Processo Penal dispõe que o inquérito policial deverá acompanhar a denúncia ou a queixa quando servir de base para a acusação.

---

<sup>882</sup> Artigos 10, § 1º, e 11, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>883</sup> Conforme prevê o artigo 19, do Código de Processo Penal de 1941, em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, os autos deverão ser remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou do seu representante legal, ou, quando solicitado, serão entregues ao requerente, mediante traslado. Caso a ação penal não seja proposta dentro do prazo decadencial, deverá o juiz declarar a extinção da punibilidade e determinar o arquivamento do inquérito policial.

<sup>884</sup> Artigo 17, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>885</sup> Respeitado o prazo previsto em lei. Artigo 46, do Código de Processo Penal de 1941.

Aqui reside o grande problema da estrutura processual vigente, pois, conforme se tratará adiante, as peças informativas colhidas durante a fase preliminar (sem o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, etc.) acabam por influenciar o julgador na hora da decisão, e servem, muitas vezes, de base para a condenação.

O pedido de arquivamento do inquérito poderá ser requerido quando o fato for atípico (carecer de tipicidade aparente), ou quando não houver indícios suficientes de autoria ou materialidade do fato (carecer de justa causa).

O pedido de arquivamento deverá ser feito pelo Ministério Público e analisado pelo juiz que, se concordar, mandará arquivar mas, caso discorde, deverá remeter os autos de inquérito ao Procurador-geral de Justiça/ou se for o caso, ao Procurador Geral da República, o qual poderá oferecer a denúncia, designar outro promotor/procurador para oferecê-la ou, insistir no pedido de arquivamento (hipótese em que o juiz estará obrigado a cumprir).<sup>886</sup> O juiz não poderá determinar o arquivamento de ofício, mas somente após requerimento do Ministério Público. O arquivamento deverá ser explícito<sup>887</sup>, e da decisão que determinar o arquivamento não caberá recurso.

A decisão de arquivamento do inquérito policial terá as seguintes consequências: a) quando a decisão de arquivamento se der porque há prova de que o fato não constitui crime, ou por falta de punibilidade concreta, a decisão do juiz fará coisa julgada<sup>888</sup>, não sendo permitido o desarquivamento em nenhuma hipótese (visa a segurança jurídica); b) quando o arquivamento se der por falta de provas suficientes da tipicidade ou de autoria ou materialidade do crime, a decisão não fará coisa julgada, pois será possível o desarquivamento do inquérito quando a autoridade policial tiver notícia de novas e melhores provas (decisão com efeitos análogos aos da cláusula *rebus sic stantibus*).<sup>889</sup> <sup>890</sup> Determinado o arquivamento, após requerimento do

---

<sup>886</sup> Artigo 28, do Código de Processo Penal de 1941.

<sup>887</sup> O arquivamento implícito não é admitido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), uma vez que se entende que o arquivamento deve ser expresso (com o pedido do Ministério Público e decisão judicial). Nos casos de omissão poderá o titular da ação penal proceder ao aditamento da exordial acusatória assim que verificar a presença de indícios de autoria de outro corréu.

<sup>888</sup> Para LOPES JUNIOR, a decisão que decreta o arquivamento não faz coisa julgada, em virtude da Súmula 524, do STF. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., 315.

<sup>889</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *L'esigenza...* Op. cit., p. 203-204.

<sup>890</sup> Artigo 18, do Código de Processo Penal de 1941.

Ministério Público, somente poderá ser proposta a ação penal quando existir provas novas que alterem de forma substancial o panorama fático probatório.<sup>891</sup>

Assim como o arquivamento, o desarquivamento não poderá ser realizado pela própria autoridade policial. Ele dependerá de requerimento do Ministério Público e de decisão judicial, em respeito ao princípio das simetrias das formas, pois se o arquivamento se deu por decisão judicial o desarquivamento também deverá se dar desta forma.

Como se pode perceber, a estrutura legislativa (Código de Processo Penal de 1941 e as reformas parciais) que disciplinou o inquérito policial é ultrapassada e deficitária, pois deixa diversas lacunas, demonstra muitas incoerências e imperfeições, etc. Para verificar alguns problemas na investigação policial, basta ver a falta de qualidade técnica dos atos produzidos, a falta de controle da atividade policial (pois na prática ela faz o que quer e como quer), a falta de coordenação entre aquele que investiga e aquele que acusa, a demora excessiva na conclusão do inquérito policial, as violações de direitos e garantias fundamentais, etc.

Ademais, predomina uma cultura demasiadamente inquisitória no inquérito policial, razão pela qual a resistência da Polícia Judiciária ao respeito aos direitos e garantias constitucionalmente asseguradas é muito grande. Diante disto, como expõe LOPES JUNIOR:

O modelo atual está em crise e não cumpre satisfatoriamente com a sua função. Desagrada à defesa, por seu marcado caráter inquisitivo e a prepotência policial; aos juízes, porque o material proporcionado é imprestável (tanto sob o ponto de vista de valor probatório como, também, de fonte de informação); e, por fim, também desagrada ao destinatário final – Ministério Público –, pois a demora, as deficiências e o descompasso, entre o que realiza a polícia e o que necessita o promotor, acabam por prejudicar seriamente a atividade acusatória. Além disso, é ilógico que a polícia investigue sem estar em sincronia com quem vai acusar.<sup>892</sup>

Não obstante, por ser a investigação policial o modelo adotado no Brasil, não se pode deixá-la em segundo plano. Aliás, cabe lembrar que quanto melhor for a qualidade técnica da investigação preliminar, melhores serão as condições para se ter

---

<sup>891</sup> Súmula 514, do STF.

<sup>892</sup> LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 244.

um processo penal mais adequado e justo, pois tenderá a evitar acusações infundadas e arbitrárias.

Ademais, diferentemente do que sustentam alguns, as eventuais irregularidades do inquérito policial tendem a alcançar e afetar o processo, uma vez que integram os autos processuais e influenciam no convencimento do juiz<sup>893</sup>, acarretando enorme prejuízo ao acusado<sup>894</sup>, que sequer teve a possibilidade de contradizer os elementos unilateralmente produzidos.

### 3.3 UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NA FASE PROCESSUAL PENAL: (DES)CONFORMIDADE COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A principal problemática em torno da investigação preliminar policial reside no fato de que os elementos colhidos nesta fase (muitas vezes com grave violação de direitos e garantias fundamentais, emprego de tortura, etc.) são transportados para a fase processual, sendo lá utilizados e valorados pelo órgão jurisdicional.

Como se sabe, oferecida a denúncia ou a queixa, e iniciada a instrução definitiva, o inquérito policial permanece acoplado aos autos, servindo como prova apta à formação da convicção de juiz, bem como à fundamentação da decisão (ainda que não exclusivamente). Contudo, prova em face da Constituição da República, deve ser aquela que se produz no processo, em contraditório, e não aquela decorrente de investigação preliminar, com caráter inquisitivo, sigiloso, unilateral, etc.

Com isto, a valoração probatória dos atos praticados e dos elementos recolhidos no curso do inquérito é extremamente problemática<sup>895</sup>, razão pela qual é fundamental que se compreenda a distinção entre os atos de prova e os atos de investigação, uma vez que eles possuem natureza jurídica diversa. De maneira geral, os atos de prova são produzidos durante a instrução definitiva e, portanto, sujeitos às

---

<sup>893</sup> Isso sem falar nos jurados (procedimento do Tribunal do Júri), que decidem de capa a capa, por íntima convicção, muitas vezes sem se darem conta do que se trata (que elementos são; como foram produzidos; por quem foram produzidos; onde foram produzidos; e assim por diante), bem como sem nenhum controle de racionalidade, podendo condenar (exclusivamente) com base nos elementos produzidos no inquérito policial.

<sup>894</sup> LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 230.

<sup>895</sup> *Ibidem*, p. 301.

regras processuais previstas na Constituição; os atos de investigação são aqueles produzidos na fase preliminar, desprovidos do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, etc.

De acordo com LOPES JUNIOR, pode-se afirmar que os atos de prova:

- a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação;
- b) estão a serviço do processo e integram o processo penal;
- c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança;
- d) servem à sentença;
- e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
- f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.<sup>896</sup>

Ao contrário, os atos de investigação, isto é, da instrução preliminar:

- a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
- b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
- c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza;
- d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois elas podem ser restringidas;
- e) servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;
- f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo ou o não processo;
- g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.<sup>897</sup>

Destarte, sob o ponto de vista constitucional, os atos praticados e os elementos recolhidos no curso do inquérito têm valor informativo (somente), isto é, servem para fundamentar medidas endoprocedimentais bem como para preparar e fundamentar a propositura da ação penal.<sup>898</sup> Todavia, com o Código de Processo Penal de 1941 e sua estrutura demasiadamente inquisitorial, pode-se dizer que os atos de inquérito possuem

---

<sup>896</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 322-323.

<sup>897</sup> Idem.

<sup>898</sup> Contudo, há (ainda) quem sustente que o inquérito policial deve valer até prova em contrário, ou seja, deve possuir uma presunção de veracidade (como aquele dos Decretos-lei que disciplinavam o processamento e julgamento dos crimes sujeitos ao Tribunal de Segurança Nacional – o que de mais arbitrário e inquisitório vigorou no ordenamento jurídico pátrio), o que, por elementar, repugna à razão e deforma a lógica (emprestando as expressões de CORDERO).

valor probatório limitado<sup>899</sup>, pois não servem para justificar uma condenação de maneira isolada.

Na realidade, a reforma operada em 2008 ao invés de proibir o uso desses elementos na fase processual, acabou por permitir que o juiz efetivamente se utilize deles (valendo-se de fórmulas imprecisas e falaciosas do “cotejando” e “corroborada” com a prova judicial), escapando das regras constitucionais (do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, etc.) pela retórica e pelo discurso, o que é desarrazoado e inconstitucional.

O uso da terminologia “exclusivamente” foi inadequado, pois possibilitou a utilização do inquérito policial na fase processual como meio de prova válido, o que, na realidade, não é.<sup>900</sup> Ainda que seja necessário cotejá-los com os atos praticados em juízo, ele termina prevalecendo de maneira inevitável, pois acaba acarretando um prejulgamento do caso, como se demonstrará adiante. A reforma parcial não veio a suprir a violação aos princípios constitucionais e acabou por acentuar a problemática em torno da utilização e da valoração da prova, que já era há muito, objeto de discussões.

Neste sentido, LOPES JUNIOR conclui que:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo o exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.<sup>901</sup>

Isto, por elementar, afronta o disposto na Constituição, pois o devido processo legal é uma garantia do cidadão, que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao

---

<sup>899</sup> Sem embargo, é possível verificar na práxis processual penal a ampla utilização (pelo órgão jurisdicional) desses elementos na valoração da prova, de modo que o inquérito acaba tendo um valor bem maior do que aquele previsto no próprio Código de Processo Penal de 1941 (isto é, valor limitado).

<sup>900</sup> Ressalvadas as provas técnicas irrepetíveis.

<sup>901</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 106.

Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as regras processuais previamente estabelecidas.<sup>902</sup>

Como se sabe, a estrutura processual constitucionalmente prevista é fundada para que a prova seja colhida no crivo do contraditório, ou seja, que se constitua mediante a participação efetiva das partes em igualdade de condições. Todavia, os atos de investigação, por terem natureza administrativa, são construídos de forma unilateral e sigilosa, e não se submetem às regras processuais de maneira integral, razão por que não devem ser utilizados e valorados no processo.

Há que se ter em mente que o princípio do contraditório é uma garantia constitucional, e também inerente ao sistema acusatório. Tal princípio “é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.”<sup>903</sup> Assim, não há como ter um processo penal justo sem que haja igualdade de condições (plena e efetiva) entre as partes (acusação e defesa).

Neste entendimento, OLIVEIRA expõe que:

O contraditório, portanto, junto com o princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.<sup>904</sup>

Contudo, ao ter contato com os elementos colhidos na investigação policial, os quais não foram sujeitos às garantias processuais, o julgador, muitas vezes, acaba por (primeiramente) fazer um juízo prévio a respeito do caso (primado das hipóteses sobre os fatos<sup>905</sup>), passando a julgar e condenar o acusado desde logo (antes mesmo da defesa se manifestar), para somente depois sair atrás das provas para fundamentar sua decisão (quadro mental paranoico<sup>906</sup>).

---

<sup>902</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

<sup>903</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 221.

<sup>904</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 29.

<sup>905</sup> CORDERO, Franco. *Guida...* Op. cit., p. 51. Ver nota 233.<sup>233</sup>

<sup>906</sup> Idem.

Como se sabe, a imparcialidade exige que o juiz se afaste das atividades preparatórias (tanto na produção da prova quanto na valoração dos atos de investigação), para que se mantenha imune aos preconceitos e pré-juízos que a formulação antecipada de uma tese produz (ou pode produzir).<sup>907</sup>

Neste sentido, BACHMAIER WINTER enuncia que “se um sujeito tem contato direto com a investigação e com as provas antes do julgamento, já tem a possibilidade de formar um juízo prévio sobre os fatos e a culpabilidade do acusado, que o impede de chegar sem prejuízos ao julgamento e, portanto, julgar de maneira imparcial com respeito à igualdade de partes.”<sup>908</sup>

Desta forma, para que o juiz forme a sua convicção com base nas provas produzidas em contraditório e em respeito à igualdade de partes, como quer a Constituição, ele não deve ter contato com os elementos produzidos na fase de instrução preliminar, uma vez que o acesso a estes dificulta uma análise imparcial dos fatos.

Ademais, como anota BACHMAIER WINTER “qualquer pessoa que ler as atuações sumárias inevitavelmente tenderá a formar um juízo prévio sobre os fatos que serão debatidos no processo. E essa opinião, julgamento ou posição prévia, antes de presenciar o confronto entre as partes, é o que implica uma redução da garantia da imparcialidade.”<sup>909</sup>

Com efeito, é importante considerar a pesquisa empírica desenvolvida por SCHÜNEMANN, a qual (por meio da aplicação da teoria da dissonância cognitiva<sup>910</sup>)

---

<sup>907</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 175.

<sup>908</sup> BACHMAIER WINTER, Lorena. *Acusatorio...* Op. cit., p. 40. [Tradução livre de: “Si un sujeto toma contacto directo con la investigación y las pruebas antes del acto del juicio oral, ha tenido ya la ocasión de formarse un juicio previo acerca de los hechos y la culpabilidad del imputado, lo cual le impide acercarse sin prejuicios al juicio oral y, por tanto, juzgar de manera imparcial con respeto a la igualdad de partes.”]

<sup>909</sup> Idem. [Tradução livre de: “(...) cualquier persona que lea las actuaciones sumariales inevitablemente tenderá a formarse un juicio previo acerca de los hechos que van a ser debatidos en el proceso. Y esa opinión, juicio o posición previa, antes de presenciar el enfrentamiento entre las partes, es lo que implica una merma de la garantía de la imparcialidad.”]

<sup>910</sup> “Segundo a Teoria da Dissonância Cognitiva de Festinger, na versão reformulada de Irle, cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo. Em outros termos, busca-se obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Dessa busca resulta a manifestação de uma motivação cognitivamente dissonante a ser reduzida ou trazida à consonância. Assim, para se alcançar este equilíbrio do sistema cognitivo há de se solucionar a contradição existente entre conhecimento e opiniões. Desse quadro emergem o efeito perseverança e o princípio da busca seletiva

confirmou os prejulgamentos e a vinculação psicológica do juiz aos autos de inquérito, tanto na audiência de instrução e julgamento (durante a inquirição das testemunhas) quanto na hora de proferir a sentença.

Foram submetidos ao experimento cinquenta e oito pessoas (sendo trinta e cinco juízes criminais e vinte e três membros do Ministério Público), os quais foram aleatoriamente escolhidos por todo o território alemão. Na verificação das hipóteses, montou-se uma estrutura baseada em duas variáveis independentes que se alternavam: 1ª. O conhecimento dos autos do inquérito; e 2ª. A faculdade de inquirição pessoal na audiência de instrução e julgamento pelo juiz. Após a audiência, a pessoa submetida ao experimento deveria proferir uma sentença de resolução do caso (condenatória ou absolutória), devidamente fundamentada.<sup>911</sup>

Em razão de o juiz formar determinada concepção do crime a partir da leitura dos autos do inquérito, constatou-se que ele tende a não discordar do conteúdo lá apresentado. Por isso, mostrou-se natural que ele buscasse confirmar o inquérito na audiência de instrução e julgamento de acordo com as informações tendencialmente supervalorizadas e em desacordo com as tendencialmente subvalorizadas.

Da análise do experimento derivaram as seguintes hipóteses, que foram posteriormente confirmadas: 1ª. O juiz condena mais frequentemente quando, antes da audiência de instrução e julgamento, possui conhecimento dos autos do inquérito do que quando não os conhece. Este fenômeno é reforçado pela possibilidade de inquirir

---

de informações. O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores. Esta ideia pode ser aplicada à posição e à função do juiz alemão na audiência de instrução e julgamento.” SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: *Revista Liberdades*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. [S.l.], n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012, p. 34.

<sup>911</sup> O material de provocação da pesquisa foi desenvolvido a partir de um processo criminal real, sobre um crime de libertação, indução ou auxílio à fuga de preso. O caso se apresentava completamente dividido, o que permitia (sem erro técnico) que se proferisse tanto uma sentença condenatória quanto uma sentença absolutória. Todas as que foram submetidos ao experimento tiveram acesso idêntico a todo o conteúdo das informações do caso. *Ibidem*, p. 36.

as testemunhas na audiência; 2<sup>a</sup>. Na audiência de instrução e julgamento, o juiz comete mais erros na retenção das informações que se não coadunam com aquelas do inquérito quando o conhece previamente do que quando não dispõe desse conhecimento; 3<sup>a</sup>. Haverá uma redução no quantitativo de erros quando o juiz não tiver o conhecimento prévio do inquérito. Esse percentual de erros será substancialmente reduzido quando o juiz puder inquirir pessoalmente as testemunhas na audiência; 4<sup>a</sup>. Haverá maior número de perguntas formuladas na audiência de instrução e julgamento para as testemunhas quando o juiz conhece previamente o inquérito.

As duas primeiras demonstram a persistência da imagem do crime assimilada quando da leitura dos autos do inquérito, a apercepção preferida e a retenção daquilo que lhe seja de acordo, por esse motivo, das informações redundantes. A terceira está ligada à melhor apercepção e à retenção das informações dependentes, e parte da noção de que o nível de atenção do juiz é aumentado ao inquirir pessoalmente as testemunhas. A quarta questiona se, por meio de uma imagem pré-concebida do crime, é estimulada e intensificada a busca por informações e dados que ratifiquem esta concepção inicial. Neste ponto, a quarta hipótese se liga à segunda. A intensificação quantitativa dos questionamentos, proveniente da parcialidade cognitiva do juiz, de nenhum modo trouxe consigo um aumento qualitativo no processamento ou na assimilação das informações.<sup>912</sup>

De maneira geral, o experimento se deu da seguinte forma: alguns dos juízes tiveram contato prévio com os autos do inquérito e poderiam participar e inquirir as testemunhas na audiência de instrução e julgamento (14 pessoas, sendo 8 juízes e 6 membros do Ministério Público); outros não tiveram contato com os autos do inquérito, mas poderiam participar e inquirir as testemunhas na audiência de instrução e julgamento (17 pessoas, sendo 11 juízes e 6 membros do Ministério Público); outros tiveram contato prévio com os autos do inquérito e participavam da audiência de instrução e julgamento, mas não poderiam inquirir as testemunhas (14 pessoas, sendo 9 juízes e 5 membros do Ministério Público); outros não tiveram contato prévio com os autos do inquérito e participavam da audiência de instrução e julgamento, mas não

---

<sup>912</sup> Ibidem, p. 35.

poderiam inquirir as testemunhas (13 pessoas, sendo 7 juízes e 6 membros do Ministério Público).

De acordo com os resultados obtidos, todos os 17 juízes que tiveram contato com os autos do inquérito condenaram o acusado (considerando todos os que haviam inquirido quanto os que não haviam inquirido as testemunhas). Por outro lado, os juízes que não tiveram contato com esta peça de informação, sentenciaram com maior nível de ambivalência, de modo que 8 deles condenaram e 10 absolveram o acusado (considerando todos os que haviam inquirido quanto os que não haviam inquirido as testemunhas).

O nível mais significativo de diferença no comportamento dos juízes se mostrou na possibilidade de inquirição das testemunhas. Os juízes que tiveram contato com os autos de inquérito e inquiriram as testemunhas proferiram 8 (oito) sentenças condenatórias e nenhuma absolutória. Dos juízes que não tiveram contato a esta peça de informação, mas inquiriram as testemunhas, apenas 3 (três) condenaram, e os outros 8 (oito) absolveram o acusado. Com isto, constatou-se que o conhecimento dos autos do inquérito tendencialmente incriminador leva, sem exceções, o juiz a condenar o acusado (1ª hipótese). Esta tendência permanece mesmo diante de uma audiência de instrução e julgamento ambivalente, que, no fundo, sugere uma absolvição.<sup>913 914</sup>

---

<sup>913</sup> SCHÜNEMANN não se atém nos resultados obtidos com os membros do Ministério Público e com os juízes sem a possibilidade de inquirir pessoalmente as testemunhas. Afirma apenas que é acentuado e crítico o modo de avaliação dos primeiros; e discrepantes as sentenças dos segundos. *Ibidem*, p. 38-39.

<sup>914</sup> “O exame da 2.ª hipótese deixa claro como se consuma, nos seus pormenores, este efeito inércia – perseverança da decisão. As pessoas testadas, que tiveram prévio conhecimento do inquérito, foram capazes de se recordarem dos relatos das testemunhas em apenas 6,59 perguntas, isto de um total de 11. Em contrapartida, o grupo sem acesso aos autos do inquérito obteve uma média de 7,69 respostas corretas. A diferença é significativa ( $p < .05$ ) e se torna ainda maior quando se confrontam os números daqueles que condenaram e tinham conhecimento do inquérito com os daqueles que absolveram e não dispunham desta fonte de informação, já que estes tiveram uma média de 7,63 respostas corretas contra apenas 6,35 do grupo que decidiu pela condenação do réu. Aqui atua, portanto, o efeito inércia. *Os juízes dotados de conhecimento prévio do inquérito quase não notaram e não retiveram o conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento. Este fenômeno se deve ao fato de que os magistrados apenas se aperceberam e depois se recordaram das (redundantes) informações incriminadoras, por eles, já conhecidas e constantes do inquérito.* A 3.ª hipótese tem a incumbência de descobrir se a redução do juiz a um papel totalmente passivo, análogo ao do júri no sistema processual penal anglo-americano, melhora ou piora a assimilação das informações. De fato, a impossibilidade de formular seus próprios questionamentos às testemunhas reduziu claramente a atenção, tanto que a memorização diminuiu decisivamente, a saber, numa média de apenas 6,33 respostas corretas contra 8,65 ( $p < .01$ ). Em contrapartida, é relevante indicar que o

A pesquisa demonstra ainda que os juízes que possuíam o conhecimento prévio do inquérito praticamente ignoraram o conteúdo apresentado pela defesa do acusado na audiência de instrução e julgamento, uma vez que, ao proferir a sentença, recordaram-se somente das informações incriminadoras constantes nos autos do inquérito.<sup>915</sup>

Assim, SCHÜNEMANN concluiu em sua pesquisa que:

No geral, a assimilação das informações pelo juiz é distorcida e está voltada ao delineamento da ocorrência criminal exposto no inquérito policial e à apreciação que dele faz o Ministério Público. Com isso, resultados probatórios dissonantes são menos apercebidos e retidos. A possibilidade de o juiz formular suas próprias perguntas não melhora a assimilação das informações, mas se presta a que seja exercida uma autoconfirmação de seu ponto de partida.<sup>916</sup>

Com isto, pode-se verificar que além de serem os elementos do inquérito colhidos unilateralmente, de não estarem sujeitos às garantias processuais, de muitas vezes serem produzidos com grave violação de direitos e garantias fundamentais, acabam por influenciar o juiz na hora de proferir a sentença que, conforme exposto, poderá tender à condenação e ter comprometida a sua imparcialidade.

Como se pode perceber (tanto na teoria quanto na prática), o mesmo juiz que recebe a denúncia (após ter contato com os atos de inquérito), que realiza a audiência de instrução e julgamento, que muitas vezes produz provas de ofício e decreta a prisão de ofício, é que decide o caso penal.<sup>917</sup> Assim, LOPES JUNIOR observa que:

---

subgrupo de juízes que sentenciou a favor da absolvição, sem conhecimento do inquérito, mas com a possibilidade inquirir pessoalmente as testemunhas, respondeu corretamente a uma média 9,25 das 11 perguntas formuladas. Portanto, apresentou, no geral, com larga distância, melhor memorização dos fatos. A última hipótese a ser aqui discutida trata dos números totais de perguntas formuladas, segundo as condições do experimento e as espécies de sentenças proferidas. Nos resultados (...), é identificável que a maioria das perguntas foi formulada por aqueles que condenaram e tinham conhecimento do inquérito. Assim, o subgrupo que menos formulou perguntas foi constituído pelos que absolveram e não tiveram acesso ao inquérito. Deve-se ressaltar que esse subgrupo apresentou maior nível de memorização. Por outro lado, o subgrupo que mais questionou saiu-se pior no teste de memória. Disso se pode concluir que a quantidade de perguntas nada tem a ver com a qualidade do processamento das informações e, também, que a formulação de perguntas mais se aproxima de uma autoconfirmação da hipótese de partida do que de um aprimoramento na assimilação das informações.” Idem, *ibidem*, p. 40. Sem itálico no original.

<sup>915</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz...* Op. cit., p. 39.

<sup>916</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>917</sup> É importante notar que, a legislação processual penal prevê que quando dois ou mais juízes forem igualmente competentes ou possuírem jurisdição cumulativa, a prevenção será o critério

Existe não apenas uma ‘cumulação de papéis’, mas um ‘conflito de papéis’, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na ‘formação profissional comprometida com a objetividade’. Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na ‘neutralidade’ e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita ‘razão’.<sup>918</sup>

Desta forma, evidente se mostra a inadequação da utilização do inquérito policial na fase processual, bem como a inobservância ao devido processo legal, pois “é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença”.<sup>919</sup>

De acordo com SCHÜNEMANN:

(...) é balela a afirmativa de que continua sendo possível fazer uma avaliação imparcial da causa – no sentido de um processamento ideal das informações – quando o juiz tem conhecimento dos autos do inquérito, profere a decisão de recebimento da denúncia e exerce atividade inquisitória na audiência de instrução e julgamento. Em razão de o magistrado exercer esta atividade inquisitória, ele termina por faticamente obter a posição de parte, principalmente, quando está consideravelmente fixado no itinerário do inquérito e encontra um réu que negue os termos da denúncia e a veracidade dos fatos relatados no inquérito.<sup>920</sup>

---

definidor da competência (artigo 83, do Código de Processo Penal de 1941). Assim, será competente o juiz que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo (ou de medida a esse relativa), ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. Todavia, a prevenção possui diversos inconvenientes, uma vez que o contato com os atos de investigação pode comprometer a imparcialidade do julgador (como já restou demonstrado pela pesquisa de SCHÜNEMANN). Diante disto, LOPES JUNIOR afirma que a prevenção “(...) deveria ser uma causa de exclusão de competência, pois determinar que o mesmo juiz que homologou uma prisão em flagrante ou decretou uma prisão temporária ou preventiva no curso do inquérito seja o que irá receber e julgar a causa não é o melhor critério. A prevenção pode fulminar a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial.” Ademais, anota o autor, “(...) o juiz prevenido, ainda que não atue como um instrutor, inegavelmente tem comprometida sua *imparcialidade objetiva*, entendida como aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas, sim, de sua relação com o objeto do processo. Principalmente se levarmos em consideração que a prevenção vem dada por um *prejulgamento* que se realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc.). São esses processos psicológicos interiores que levam a um ‘pré-juízo’ sobre condutas e pessoas.” LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 262-264.

<sup>918</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Teoria...* Op. cit., p. 3.

<sup>919</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 324.

<sup>920</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz...* Op. cit., p. 33.

Como enuncia LOPES JUNIOR, “mesmo que não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele? A eleição (culpado ou inocente) é o ponto nevrálgico do ato decisório, e pode ser feita com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso.”<sup>921</sup> Assim, não é correto que o juiz (que vai processar e julgar) tenha contato com os atos de investigação, haja vista não possuir a estrutura dialética do processo e não assegurar as garantias constitucionais mínimas ao acusado. Então, dado o inquérito policial se referir a uma hipótese, e não a uma afirmação, por formar um juízo de probabilidade e não de certeza, ele não deve acompanhar os autos do processo.

Logo, “a solução parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, não para introduzir-se o chamado juizado de instrução, mas para, aproximando-se da essência acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório.”<sup>922</sup>

Diante disto, necessário se faz que o inquérito policial seja excluído (ou lacrado<sup>923</sup>) dos autos de processo, pois se deve evitar a contaminação psicológica do juiz na hora de julgar (salvo aquela prova técnica irrepitível, produzida em incidente

---

<sup>921</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 106.

<sup>922</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel...* Op. cit., p. 41.

<sup>923</sup> Conforme ocorria com os autos de inquirição, no Código de Processo Penal do Distrito Federal (Decreto nº 16.751, de 31 de dezembro de 1924), os quais eram lacrados e não se juntavam ao processo, pois serviam apenas para esclarecimento do Ministério Público (Previa o artigo 243 do Código de Processo Penal do Distrito Federal: “Os autos de inquirição, apensos aos de investigação, nos termos dos arts. 241 e 242 servirão, apenas, de esclarecimento ao Ministério Público, não se juntarão ao processo, quer em original, quer por certidão, e serão entregues, após a denúncia, pelo representante do Ministério Público ao cartório do juízo, em envólucro lacrado e rubricado, afim de serem arquivados à sua disposição”). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d16751.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d16751.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2015. Tal possibilidade já foi há muito, defendida por COUTINHO em sua tese de doutoramento: “Como se pode notar, o legislador da Capital da República não queria, em nenhum caso, que o órgão jurisdicional tivesse acesso à prova coletada na fase de investigação policial, forçando-o, portanto, a decidir com base na prova coletada no processo, evidentemente contraditória. *Parece-me uma solução factível.*” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *L’esigenza...* Op. cit., p. 239. Sem itálico no original. [Tradução livre de: “Come si può notare il legislatore della capitale della della repubblica non voleva, in nessun caso, che l’organo giurisdizionale avesse accesso alla prova raccolta nella fase dell’indagine di polizia obbligandolo, quindi, a decidere in base alla prova raccolta nel processo, evidentemente contraddittoria. Mi sembra una soluzione fattibile.”]

de produção antecipada, praticada ante uma autoridade jurisdicional – juiz das garantias – e com plena observância do contraditório e da ampla defesa<sup>924</sup>).<sup>925</sup>

Assim, estar-se-ia mais próximo de um devido processo legal, como quer a Constituição, e os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da imparcialidade, entre outros, estariam sendo respeitados na sua integralidade, e não de forma parcial, como ocorre na realidade processual penal. É no conjunto que se garantem direitos e garantias individuais, e não no ato isolado (ato a ato), pois, como se sabe, no fim do processo se faz referência a tudo que se passou antes (sistema/conjunto).<sup>926</sup>

Como bem observa BONATO:

Uma análise da amplitude, significado e efetividade do princípio do devido processo legal demonstra a sua inaplicabilidade na prática jurídica cotidiana, sendo necessário uma mudança substancial na estruturação do processo penal brasileiro, para que este possa então estar em consonância com a Constituição da República, de estruturação acusatória. Há que se concluir que a prática desdiz a formulação constitucional e deforma a lógica do sistema, o

---

<sup>924</sup> Quando limitada a eficácia dos atos praticados de investigação preliminar, pode ocorrer que algum destes atos seja impossível de ser repetido ou produzido no processo penal, em virtude do desaparecimento que possa sobrevir (v.g. exame de corpo de delito, oitiva de uma testemunha que se encontre em grave risco de morte, etc.). Em razão do risco de perecimento de algum elemento essencial para o julgamento do caso, bem como do prejuízo que isto possa acarretar ao processo penal, é possível que se colha antecipadamente uma prova, através de um incidente de produção antecipada de prova. Assim, aquele elemento que normalmente seria produzido na fase preliminar, como ato de investigação, e seria posteriormente repetido na fase processual, como ato de prova, poderá ser realizado uma única vez, na fase preliminar, possuindo os requisitos formais que lhe permitam o *status* de prova, e podendo ser valorado na sentença. Porém, o incidente de produção antecipada de prova apenas deve ser admitido em casos excepcionais, quando se demonstre a fundada probabilidade de ser inviável a repetição de tal ato na fase processual, bem como a relevância desta para o julgamento do caso penal. Por se tratar de uma medida cautelar, deve ser demonstrado o *fumus comissi delicti* (indícios de autoria e materialidade), e o *periculum in mora* (o tempo deve ter um caráter de irreversibilidade quanto à qualidade da prova a ser obtida). Ademais, ele deve ser praticado com estrita observância do contraditório e da ampla defesa, em audiência pública (salvo o sigilo externo justificado pelo controle ordinário da publicidade dos atos processuais), perante um órgão jurisdicional distinto daquele que irá julgar (juiz das garantias), na presença dos sujeitos (futuras partes processuais) e seus defensores, respeitando-se os mesmos requisitos formais a serem observados no processo, permitindo-se ao acusado o mesmo grau de intervenção cabível no processo. A decisão cautelar de produção antecipada de prova deve ser fundamentada. LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 213-215; 327-328. Neste sentido, a Súmula nº 455 do STJ dispõe que: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

<sup>925</sup> Tal possibilidade será tratada no item subsequente.

<sup>926</sup> Na decisão no processo penal, o órgão jurisdicional se utiliza dos significantes que se encontram à sua disposição. Não raras vezes, nos vários deslizes ocorridos durante a reconstituição do fato pretérito (lembre-se, o processo é o reino da linguagem, e esta, como se sabe, gira), chega-se ao final da história com uma construção do imaginário que nada se assemelha à ‘realidade’ dos fatos.

que impõe a necessidade imediata de mudanças profundas não só nas leis, mas também no pensamento dos operadores do direito, para que possa ser criada e implementada uma visão constitucional do processo, deixando de lado o legalismo e o formalismo que tem imperado nos fóruns e tribunais.<sup>927</sup>

Neste sentido, CHOUKR conclui que “o sistema pátrio clama por profundas alterações, visto que existe uma dependência extremada entre os autos da ação penal e os da investigação, encartados sequencialmente que estão. Isso provoca a indevida utilização dos elementos informativos não raras vezes como prova, quando não é esta sua função e finalidade”.<sup>928 929</sup>

Não se pode esquecer que a investigação preliminar serve para aclarar o fato em grau de probabilidade e justificar o processo ou o não processo, jamais para amparar o juízo condenatório.<sup>930</sup> A prova deve sempre ser colhida no crivo do contraditório, e o conhecimento deve ser produzido e trazido ao processo pelas partes, jamais pelo juiz, que deve ser mantido como um terceiro imparcial.

#### 3.4 PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA ESTRUTURA INQUISITÓRIA

É importante lembrar que o processo tem um conjunto de regras que representa o nível de evolução democrática e civilizatória, razão pela qual deve ser interpretado a partir da Constituição, como um instrumento de efetivação das garantias fundamentais dos cidadãos, e não mais como um instrumento a serviço do poder punitivo do Estado.

---

<sup>927</sup> BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 191-192.

<sup>928</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 186-187.

<sup>929</sup> COUTINHO afirma que: “um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. Portanto, não recepcionado, o que já deveria ter sido declarado se se tivesse “vergonha” (como diziam os antigos, mas não ultrapassados), mesmo em tempos bicudos de neoliberalismo e consumo da ética.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 3.

<sup>930</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 265.

Para um processo penal democrático é preciso, antes de tudo, que se reconheça e se supere a estrutura processual inquisitória<sup>931</sup> que, como se sabe, está evidenciada no protagonismo judicial, na confusão das funções de acusar e julgar, na busca pela verdade real<sup>932</sup>, etc. Para tanto, necessário se faz a promulgação de um novo Código de Processo Penal, que esteja em conformidade com a Constituição e que seja mais adequado com a atual realidade brasileira.<sup>933</sup>

Como observa LOPES JUNIOR:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.<sup>934</sup>

Ademais, é importante considerar que a construção dos sistemas processuais se deu por opções políticas historicamente demarcadas (embora tivessem vários motivos que levaram a tanto)<sup>935</sup>, e que a manutenção do sistema processual penal atual

---

<sup>931</sup> De acordo com MARQUES, o sistema inquisitório ganhou novos contornos com o *Code d' Instruction Criminelle de 1808*, mas não desnaturou a metodologia inquisitória. Esta nova fase, definida pelo autor como 'nova inquisitorialidade', embora distinta da medieval, preservou a técnica anterior, tratando-se do mesmo método, mas com nova roupagem (v.g. conjuga o protagonismo judicial com o *actum trium personarum*). MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. In: *Boletim Informativo IBRASPP*. [S.l.], a. 03, n. 04, p. 16-18, 2013, p. 16-17. Diante disto, pode-se afirmar que a 'nova inquisitorialidade' nada mais é do que sistema inquisitório (ainda) presente no contexto processual penal atual.

<sup>932</sup> Como se sabe, o mito da verdade real nasceu na Inquisição e, a partir dela, serviu (e serve) para justificar (ou tentar justificar) os atos abusivos e arbitrários daqueles que detêm o poder, como se os fins justificassem os meios, o que, por evidente, é um grave equívoco. Como observa LOPES JUNIOR: "(...) a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva (...), mas porque constitui um gravíssimo erro falar em 'real' quando estamos diante de um fato passado, histórico. É um absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade." LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 307.

<sup>933</sup> COUTINHO, na conferência de abertura do II Seminário Nacional do IBADPP, intitulada "Os 25 anos da Constituição da República e o Déficit do Processo Penal", expôs dez pontos do processo penal brasileiro que merecem atenção, sendo eles: 1. O Código é ultrapassado (fora do seu tempo); 2. O Ordenamento processual penal também é ultrapassado e, muitas vezes, disforme; 3. Todos reclamam; 4. Ninguém está satisfeito; 5. Todos dizem que é uma baderna legislativa; 6. Todos dizem que é difícil de entender; 7. Cada um faz o que quer (quando pode); 8. Os Tribunais Superiores não conseguem ter posições uniformes; 9. A legislação processual precisa ser superada; 10. Todos dizem que é preciso mudar. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=hqOHovp8y9o>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

<sup>934</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 95.

<sup>935</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema...* Op. cit., p. 107.

é, também, uma opção política. As reformas parciais não mudam o sistema processual, porque não vão (ou não querem ir) ao núcleo do problema que, como se sabe, é o princípio inquisitivo.<sup>936</sup>

Assim, ainda que se sustente a existência de um sistema misto no Brasil<sup>937</sup> (que, como já exposto, não se pode ter), bem como a necessidade de superação da dicotomia inquisitório/acusatório<sup>938</sup>, é preciso reconhecer que não há como se pensar o processo penal ou reformar a sua estrutura sem, necessariamente, dialogar com a tradição. Logo, renunciar ao estudo dos sistemas processuais penais e, sobretudo, da inquisitorialidade, significaria (sem sombra de dúvida) renunciar à compreensão da formação histórica do processo penal no Brasil<sup>939</sup>, bem como aos fundamentos dos fundamentos, o que, efetivamente, não é possível.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, o juiz deve assumir a função de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, não podendo ficar inerte perante violações ou ameaças de lesão a esses direitos. A legitimidade de sua atuação é constitucional, e não política e, por isso, ele deve controlar a legalidade dos atos, bem como proteger os direitos e garantias constitucionalmente assegurados.<sup>940</sup>

---

<sup>936</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 5.

<sup>937</sup> Consoante assevera KHALED JUNIOR: “Para que os traços inquisitórios sejam finalmente superados, é necessário reconhecer que na sua configuração real para além do âmbito teórico, o sistema moderno – o chamado sistema misto, ao qual ainda permanecemos presos – sempre foi essencialmente inquisitório, sempre foi conducente a celebrar na realidade concreta os excessos que discursivamente propunha-se a conter.” KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca...* Op. cit., p. 13.

<sup>938</sup> Por ingenuidade, ou, com o fim de camuflar e manter a estrutura processual inquisitória.

<sup>939</sup> Como observa MARQUES: “A demarcação dos sistemas inquisitório e acusatório, como sistemas de referências, e não como sistemas puros e datados, é fundamental, justamente porque: (a) permite compreender os limites do sistema acusatório clássico e conscientizar de que é impossível reimplementá-lo em seu formato original; (b) demonstra que a inquisitorialidade não se reduz a uma prática da Inquisição; (c) revela que a inquisitorialidade esteve presente em países não dominados pela Inquisição; (d) esclarece que a inquisitorialidade não cessou com o fim do medievo; (e) permite visualizar a nova inquisitorialidade, que se inicia no século XIX e se estende pelo século XX; (f) afasta a ilusão de que é possível construir um sistema puro; (g) permite compreender a origem e a evolução do sistema adversarial; (h) evidencia a crise do processo penal da Europa continental, no Pós-Segunda Guerra, na qual continuamos imersos pela influência do anteprojeto de Rocco sobre o nosso Código de Processo Penal. Com base nesses argumentos, insisto: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. Sem os modelos de referência, corremos o risco de não compreender adequadamente a nova inquisitorialidade. (...). Mas, achar que é possível construir, no Brasil, um modelo paritário de justiça e adotar o procedimento adversarial, sem delimitar as características da inquisitorialidade, e sem compreender a nova inquisitorialidade, parece-me ingenuidade.” MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Inquisitório...* Op. cit., p. 18.

<sup>940</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 281.

Dentro de uma estrutura acusatória, não há razão que justifique a atuação do juiz durante a fase de instrução preliminar (salvo aquele das garantias), seja para avaliar a qualidade do material levantado, seja para solicitar alguma diligência, seja para determinar a produção de alguma prova, ou ainda interferir no proceder do Ministério Público na formação da *opinio delicti*.<sup>941</sup>

Ademais, não existe fundamento jurídico válido<sup>942</sup> que legitime a iniciativa probatória pelo órgão jurisdicional na fase processual penal, uma vez que na sua função não está a iniciativa probatória, mas julgar de acordo com o que é trazido pelas partes. É evidente que o envolvimento do juiz na formação da prova pode acarretar prejuízo na sua posição de imparcialidade, o que, por si só, rompe a estrutura.<sup>943</sup>

Com efeito, é necessário que se dê vida, que se implante nas legislações processuais e na prática processual penal o sistema acusatório, já há muito adotado pela Constituição da República. É preciso que os princípios que estão lá materializados ganhem efetividade, isto é, que sejam concretizados na prática processual. Estes princípios devem ser respeitados e não relativizados. É necessário que se tenha estas garantias como inafastáveis, indefectíveis, pois não é possível sustentar um Estado Democrático de Direito com uma Constituição que tenha base meramente formal.

Neste sentido, LOPES JUNIOR assevera que:

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos de inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corroborando”... e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição.<sup>944</sup>

Diante disto, necessário se faz a exclusão física (ou o lacramento) dos autos de inquérito policial, a fim de se evitar o contato do julgador com esses elementos, devendo ele decidir (somente) com base nas provas produzidas no processo, em

---

<sup>941</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema...* Op. cit., p. 175.

<sup>942</sup> Constitucionalmente falando.

<sup>943</sup> KOSTORIS, Roberto E. Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 323-329, p. 326.

<sup>944</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 107.

contraditório.<sup>945</sup> É importante lembrar que a investigação preliminar é fundamentalmente idêntica ao antigo processo inquisitorial (àquele de outrora) e, por isto, sofre dos mesmos vícios e unilateralidades que levaram à reforma processual penal na Europa<sup>946</sup> (v.g. Itália, Espanha, etc.).

Ademais, seria coerente a criação e implementação do juiz das garantias, ao qual incumbiria zelar pelo cumprimento dos direitos e garantias individuais previstas na Constituição, bem como controlar a legalidade da investigação preliminar, possuindo as seguintes funções: receber a comunicação da prisão e o auto de prisão em flagrante; garantir a liberdade pessoal e a liberdade das comunicações; resguardar a observância dos direitos do preso; ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; controlar a duração da investigação preliminar e os requisitos formais da ação penal exercida pelo órgão ministerial; decidir sobre o pedido de prisão provisória ou qualquer outra medida cautelar (inclusive substituí-las ou revogá-las); decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas (assegurando o contraditório e a ampla defesa), e garantir que esta se dê no respectivo incidente probatório; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; decidir sobre os pedidos de interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, busca e apreensão

---

<sup>945</sup> LOPES JUNIOR propõe a criação de uma fase intermediária, que sirva de elo entre a fase preliminar e a fase processual (juízo contraditório de pré-admissibilidade da acusação). A fase intermediária funcionaria como uma espécie de filtro processual, de modo a evitar a denúncia direta, e acusações infundadas. Consistiria em uma audiência contraditória ante um juiz (máxima oralidade e concentração dos atos), na qual o órgão ministerial ou o particular (nos crimes privados) formula a acusação e a defesa (na sequência) se manifesta, contraditando e apresentando resposta a acusação (antes do recebimento da denúncia). Somente após caberá ao juiz realizar um juízo de pré-admissibilidade da acusação, no qual recebe ou arquiva a acusação (abertura ou não do processo). Segundo o autor, este juízo de pré-admissibilidade, além de representar uma grande responsabilidade para o órgão jurisdicional, uma vez que o processo é uma pena em si mesmo (acarreta elevado custo ao sujeito passivo, estigmatização social e jurídica, etc.) deve ser motivado, fundamentado. Tal fase se justificaria, pois um processo penal imediato além de limitar a defesa, gerar um desequilíbrio entre as partes, pode resultar de uma acusação infundada, causando um enorme prejuízo ao sujeito passivo. Para o autor, trata-se de oxigenar a fase preliminar (nitidamente inquisitorial) com a atuação em contraditório (ainda que reduzido). LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 268-270.

<sup>946</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 235.

domiciliar, e outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *habeas corpus* e demais contra-cauteladas interpostas antes do oferecimento da denúncia; receber a denúncia; decidir e controlar o resultado da investigação preliminar na possível audiência contraditória (fase intermediária)<sup>947</sup>; e qualquer outra medida necessária em sede de investigação preliminar.<sup>948</sup>

Este juiz das garantias (juiz garante), por elementar, atuaria apenas na fase preliminar, e não na fase processual, de modo que sua atuação não traria pré-juízos decorrentes do contato com os elementos da investigação (pois estaria longe do processamento e julgamento do caso).

A exclusão dos atos investigatórios do contato com o juiz, além de servir à tutela dos princípios da imparcialidade (juiz desprovido de pré-juízos), contraditório, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, etc., garante o trato digno com o acusado, que deixa de ser mero objeto de investigação (sistema inquisitório) e passa a ser verdadeiro sujeito de direitos (sistema acusatório).

Como se sabe, o Código de Processo Penal de 1941 foi inspirado no *Codice Rocco* (este baseado no *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808) e sua estrutura

---

<sup>947</sup> LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação...* Op. cit., p. 266-267; 407.

<sup>948</sup> Neste sentido, dispõe o artigo 15, do Projeto de novo Código de Processo Penal (Projeto 156/): “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XII – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XIII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.”

autoritária é marcada pela ideologia fascista. Ademais, como já exposto, o Código de 1941 foi construído sob a égide de um discurso ditatorial (de manutenção do controle e do poder), decorrente do Estado Novo. Assim, “somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.”<sup>949</sup>

Desta forma, para que se possa respeitar e consolidar o princípio da imparcialidade, bem como as demais garantias processuais enunciadas na Constituição, deve-se eliminar o juiz de qualquer iniciativa instrutória (tanto na fase preliminar quanto na fase processual).

Entretanto, é preciso que mude não apenas a legislação processual penal, mas também a cultura e a mentalidade dos operadores do direito. Não basta um Código de Processo Penal conforme a Constituição (e, portanto, com estrutura acusatória), se for mantida a mentalidade inquisitória.<sup>950</sup> É preciso que esta também se adeque aos ditames constitucionais, pois não adianta mudar os sinais, e não a lógica de um sistema totalitário, pois continuará repressivo de toda e qualquer diferença.<sup>951</sup> Ademais, todos os totalitarismos, sejam em quaisquer tempo e forma, só poderão levar à deterioração e ao aviltamento das sociedades humanas.<sup>952</sup>

Ademais, é preciso compreender que o sistema é, antes de tudo, o modo de pensamento (racionalidade) de uma civilização. Neste sentido, PIRSIG afirma que:

O verdadeiro sistema é o nosso próprio modelo atual de pensamento sistemático, a própria racionalidade. Se destruímos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzirá outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte. Fala-se tanto sobre sistema, e tão pouco se entende a seu respeito.<sup>953</sup>

<sup>949</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito...* Op. cit., p. 96.

<sup>950</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas...* Op. cit., p. 9. Ademais, basta ver a situação enfrentada na Itália, onde se alterou a estrutura processual penal (através da implantação de um novo Código de Processo Penal, e de um sistema acusatório), mas não a mentalidade (racionalidade) de alguns operadores do direito. Para tanto, conferir a obra: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010.

<sup>951</sup> BOFF, Leonardo. *Inquisição...* Op. cit., p. 20.

<sup>952</sup> NOVINSKY, Anita. *A inquisição...* Op. cit., p. 9.

<sup>953</sup> PIRSIG, Robert M.. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. trad. Celina Cardim Cavalcanti. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 102.

Portanto, se a lógica inquisitorial não for superada, e o sistema acusatório não for implantado e respeitado em sua integralidade (conforme prevê a Constituição), a sociedade atual restará como sempre esteve, ou seja, condenada à repetição do discurso oficial e a manutenção do *status quo*. Assim, como observa COUTINHO:

O processo – e o penal em particular – é uma garantia do cidadão, razão por que deve ser devido, ou seja, o *due process of law*. O povo, para poder buscar a democracia – eis a raiz do liberalismo – deixa como inalienável ao indivíduo a sua liberdade; e o Estado não só nela não pode penetrar indevidamente como, por outro lado, é seu principal garante, pelos meios pertinentes, entre eles – e quiça principalmente – o devido processo.<sup>954</sup>

---

<sup>954</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas...* Op. cit., p. 191.

## CONCLUSÕES

1. Para a devida compreensão do direito processual penal, necessário se faz o estudo de sua história e o conhecimento de suas fontes.

2. A partir da noção forjada por KANT, sistema é a unidade de conhecimentos variados ordenados por uma ideia fundante (princípio reitor, *a priori*), a qual possibilita que os elementos se juntem e formem um todo orgânico.

3. O direito processual penal, assim como os demais ramos do conhecimento, é organizado de maneira sistemática, ou seja, é estruturado na forma de um conjunto, que é ordenado por um princípio unificador, o qual vai definido em face da finalidade.

4. São reconhecidos dois sistemas processuais penais, sendo eles o inquisitório e o acusatório, regidos, respectivamente, pelos princípios inquisitivo e dispositivo. A gestão da prova é o critério determinante para caracterização do princípio unificador do sistema processual penal, justo porque a finalidade diz com a obtenção de conhecimento sobre o crime que se imputa.

5. Atualmente, os sistemas processuais penais não são mais puros, como das suas formas clássicas e, por esta razão, apresentam características (todas secundárias) do outro sistema processual, sendo, sempre, essencialmente inquisitório ou essencialmente acusatório.

6. O modelo misto (napoleônico ou reformado) de processo não pode ser classificado como um terceiro sistema, uma vez que não possui um princípio unificador próprio. Se como queria Kant há aí uma ideia única, ela não pode ser dividida, logo, este modelo é uma falácia, pois mantém o *status quo*, isto é, a estrutura inquisitória, de maneira velada.

7. O sistema processual penal no Brasil é (e sempre foi) essencialmente inquisitório, e a manutenção desta estrutura processual se deu (e se dá) por razões políticas e ideológicas daqueles que detêm o poder.

8. No Brasil, até a sua independência, vigorou as Ordenações do Reino de Portugal, que tinham uma estrutura demasiadamente inquisitorial. O Código de Processo Criminal do Império, ainda que tenha trazido certa evolução ao processo penal, permaneceu estruturado sobre a base inquisitória, pois permitia, dentre outras

coisas, a atuação de ofício pelo juiz. As Reformas legislativas de 1841 (centralizou as atividades policiais, operando uma junção de certas funções policiais e judiciárias) e de 1871 (separou a polícia e a justiça, ofuscando o policialismo reacionário), não mudaram a estrutura processual até então existente. O Código de Processo Penal de 1941 (elaborado durante o período ditatorial), embora tenha tido inúmeras alterações, manteve o sistema inquisitório pois, dentre outras coisas, concentrou nas mãos do juiz a atividade probatória.

9. A utilização do inquérito policial na fase processual vai de encontro com a Constituição da República (que acolheu o sistema acusatório), pois os elementos colhidos durante a fase preliminar não se submetem de forma efetiva às garantias processuais penais (v.g. contraditório, ampla defesa, devido processo legal, imparcialidade, etc.) constitucionalmente asseguradas.

10. O contato com os autos de inquérito policial acarreta, no mais das vezes, pré-juízos sobre o caso, bem como a vinculação psicológica do juiz, que acaba sendo influenciado a condenar o acusado, tendo, com isso, comprometida a sua imparcialidade.

11. O inquérito policial não deve acompanhar os autos do processo penal, devendo ser excluído (ou lacrado), de modo que as provas sejam produzidas no crivo do contraditório.

12. Para a concretização da democracia processual é necessário dar efetividade aos princípios constitucionalmente assegurados. Para tanto, é preciso superar a estrutura processual inquisitória, bem como a cultura e a mentalidade inquisitorial dos operadores do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

AB'SABER, Aziz Nacib; et al. *A época colonial: do descobrimento à expansão territorial*. t. 1. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

ALESSI, Giorgia. *Il processo penale: profilo storico*. 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2011.

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária II: personagens do processo penal*. trad. Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1982.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 11-48.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições: Portugal, Espanha e Itália – séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum – Manual dos inquisidores*. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGES, Clara Maria Roman. As atuais tendências de reforma do código de processo penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual vigente. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional – ABDCONST*. p. 201-223, 2010.

BRASIL, Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. v. 1. Brasília: CNV, 2014.

\_\_\_\_\_. *Mortos e desaparecidos políticos*. v. 3. Brasília: CNV, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CAPPELLINI, Paolo. *Sistema jurídico e codificação*. trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certeza. In: *Rivista de diritto processuale*. Padova, v. XX, p. 4-9, 1965.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. [S.l.], v. 42, n. 0, p. 35-56, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

\_\_\_\_\_. La riforma dell'instruzione penale. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, a. VI, fasc. 3, p. 714-725, luglio-settembre, 1963.

\_\_\_\_\_. *Procedura penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

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

\_\_\_\_\_. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, a. 16. v. 188, 2008. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-as-reformas-parciais-do-cpp-e.html>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: \_\_\_\_\_; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Orgs). *Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225-232.

\_\_\_\_\_. Dogmática jurídica a partir de uma nova visão da filosofia do direito. In: BONATO, Gilson (Org). *Filosofia e direito: reflexões: um tributo ao professor Clemerson Leite Bastos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 67-80.

\_\_\_\_\_. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 173-197.

\_\_\_\_\_. Instrução criminal: prolegômenos. In: *Cadernos Jurídicos OAB/PR*. Curitiba, n. 43, p. 3-5, ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. [S.l.], a. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

\_\_\_\_\_. *L'esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penale brasiliano*. Roma, 1988. 253 f. Tese (doutor em direito) – Scuola di Specializzazione in Diritto Penale e Criminologia, Università Degli Studi di Roma “La Sapienza”.

\_\_\_\_\_. O ato administrativo de instauração do inquérito policial. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coords.). *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Crítica à teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Por que sustentar a democracia do sistema processual penal brasileiro? In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coords.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de informações legislativas*. v. 186. 2009. p. 103-116.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1984.

DUSSEL, Enrique D. *Caminhos de libertação latino-americana: história, colonialismo e libertação*. v. 2. São Paulo: Paulinas, 1984.

ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle em France*. Paris: Larose et Forcel, 1882.

EYMERICH, Nicolau. *Directorium Inquisitorum – Manual dos inquisidores*. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEARNS, James. *Ketzer und ketzerbekämpfung im hochmittelalter*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e suas formas jurídicas*. trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

\_\_\_\_\_. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. trad. Raquel Ramalhete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas: uma neurose infantil e outros trabalhos*. v. XVII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONZAGA, João Bernardino Garcia. *A inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

HÉLIE, Faustin. *Traité d'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*. v. 1. Bruxelas: Bruylant – Christophe et Compagnie, 1863.

\_\_\_\_\_. *Traité d'instruction criminelle ou theorie du code d'instruction criminelle*. v. 2. Bruxelles: Bruylant – Christophe et Compagnie, 1865.

\_\_\_\_\_. *Traité d'instruction criminelle ou theorie du code d'instruction criminelle*. v. 3. Bruxelles: Bruylant – Christophe et Compagnie, 1869.

ILLUMINATI, Giulio. Il sistema accusatorio in Italia. In: CORSO, Piermaria; PERONI, Francesco. *Studi in onore di Mario Pisani*. v. 1. Modena: CELT, 2010. p. 427-450.

INOCENTII III. *Romani pontificis, opera omnia, tomis quatuor distributa*. Tome I. Lutetia Parisiorum: J. P. Migne, 1855.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KHALED JUNIOR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KOSTORIS, Roberto E. Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 323-329.

LA CONSTITUION FRANÇAISE. Décrétée par L'Assemblée Nationale Constituante, aux années 1789, 1790 et 1791. Paris, 1791.

LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. trad. Antônio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEA, Henry Charles. *A history of the inquisition of the middle ages*. v. 1. New York: Harper & Brother, 1887.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

\_\_\_\_\_. Teoria da ressonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

\_\_\_\_\_; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. v. 1. trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório *versus* acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. In: *Boletim Informativo IBRASPP*. [S.l.], a. 03, n. 04, p. 16-18, 2013.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Identidade e cidadania. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: s/e, 2005, v. LXXXI, p. 747-764.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NACIONAL, Bibliotheca. *Documentos Históricos 1549-1559: provimentos seculares e ecclesiasticos*. v. XXXV. Rio de Janeiro, 1937.

NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010.

NORONHA, Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOVINSKY, Anita. *A inquisição*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Pequeno ensaio sobre a injustiça: memórias secas de um tribunal de segurança nacional. In: *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. [S.l.], p. 111-126, fev. 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru: Javoli, 1980.

\_\_\_\_\_. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Javoli, 1983.

PIFFERI, Michele. Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare. In: NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 31-49.

PIRSIG, Robert M.. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas: uma investigação sobre valores*. trad. Celina Cardim Cavalcanti. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PROJETO, “Brasil: Nunca Mais”. *A tortura*. t. 5. v. 1. Arquidiocese de São Paulo, 1985.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RÁO, Vicente; FARIA, Antonio Bento de; CASADO, Plínio de Castro. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 34, n. 3, p. 137-292, jan. 1938.

ROMANUM, Bullarium. *Bullarum diplomatum et privilegiorum sanctorum romanorum pontificum*. Tomus III – A Lucio III (an. MCLXXXI) ad Clementem IV (an. MCCLXVIII). Francisco Gaude. Augustae Taurinorum: Taurinensis, 1858.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RUST, Leandro Duarte. Bulas inquisitoriais: *ad abolendam* (1184) e *vergentis in senium* (1199). In: *Revista de História da USP*, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Bulas inquisitoriais: *ad extirpanda* (1252). In: *Revista Diálogos Mediterrâneos*, Curitiba, n. 7, p. 200-228, dez. 2014.

SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: as polícias como arquivistas do soberano*. Curitiba, 2013. 364 f. Tese (Doutora em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: *Revista Liberdades*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. [S.l.], n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SORRENTINO, Tommaso. *Storia del processo penale. Dall'ordalia all' inquisizione*. Rubbettino: Catanzaro, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. O livre convencimento e sua incompatibilidade com o dever de *accountability* hermenêutica: o sistema acusatório e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (Coords.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 156-187.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. v. 1. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

VELÉZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal I*. 3. ed. 2. reimp. Cordoba: Marcos Lerner, 1986.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VIANNA, Pedro Antonio Ferreira. *Consolidação das disposições legislativas e regulamentares do processo criminal*. Rio de Janeiro: Carioca, 1876.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

ZINGARELLI, Nicola. *Il nuovo zingarelli minore: vocabolario della lingua italiana*. 14. ed. Pisa: Zanichelli, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.