

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-graduação em Direito

Marcus Vinícius Pimenta Lopes

**OBSERVAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO E A DISSONÂNCIA COGNITIVA:
a necessária exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento para a
efetivação da imparcialidade do juiz e do procedimento**

Belo Horizonte

2016

Marcus Vinícius Pimenta Lopes

**OBSERVAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO E A DISSONÂNCIA COGNITIVA:
a necessária exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento para efetivação
da imparcialidade do juiz e do procedimento**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros

Área de concentração: Direito Processual

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L864o Lopes, Marcus Vinícius Pimenta
Observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva: a necessária exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento para a efetivação da imparcialidade do juiz e do procedimento / Marcus Vinícius Pimenta Lopes. Belo Horizonte, 2016.
127 f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Inquérito policial. 2. Princípios gerais do direito. 3. Dissonância cognitiva. 4. Estado democrático de direito. 5. Processo penal. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Marcus Vinícius Pimenta Lopes

**OBSERVAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO E A DISSONÂNCIA COGNITIVA:
a necessária exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento para a
efetivação da imparcialidade do juiz e do procedimento**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros – PUC Minas (Orientadora)

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas (Banca Examinadora)

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa – UFSC (Banca Examinadora)

Professora Doutora Daniela Villani Bonaccorsi – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 06 de fevereiro de 2017

*Para o povo brasileiro:
razão, financiador e destinatário da pesquisa.*

AGRADECIMENTOS

À minha Professora Orientadora, Doutora Flaviane de Magalhães Barros, pelo exemplo, respeito e atenção com o pesquisador.

Ao Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, pelas lições e pela interlocução sempre muito proveitosa para mim.

Aos Professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Doutores Dierle José Coelho Nunes, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Rosemiro Pereira Leal e Antônio Cota Marçal.

Aos funcionários da biblioteca, especialmente Suelen Rodrigues, Rainer Finelli e Rosemary Hosken.

Ao povo brasileiro, por financiar esta pesquisa – espero ter retribuído o esforço.

À Luana.

À Gaia.

À minha família, em especial à Isabella Pimenta Lopes e ao Professor Alexandre Salles Pimenta.

Aos meus amigos e a todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para realização deste trabalho.

“Eu atravesso as coisas – e no meio da travessia não vejo! – só estava era entretido na idéia dos lugares de saída e de chegada. Assaz o senhor sabe: a gente quer passar num rio a nado, e passa; mas vai dar na outra banda é num ponto muito mais em baixo, bem diverso do em que primeiro se pensou. Viver nem não é muito perigoso?”

(GUIMARÃES ROSA, 1956/2001, p. 51)

RESUMO

Neste trabalho, pesquisar-se-á a hipótese de que deve existir a exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento para a efetivação da imparcialidade no processo penal brasileiro. Analisando-se a estrutura procedimental ordinária e tendo-se como marco teórico o modelo constitucional do processo, primeiramente será demarcado o conceito de imparcialidade para a pesquisa e exposto que a imparcialidade é tanto princípio regente da estruturação do procedimento quanto possui uma implicação de tipo estrutural, sendo característica tanto do juiz como do procedimento. Em seguida, será analisada a pesquisa de Schünemann sobre o prejuízo para a imparcialidade no procedimento que transporta o acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento e será explicitado em que consiste a teoria da dissonância cognitiva (que é o marco teórico da pesquisa de Schünemann). Após, utilizando-se como metodologia historiográfica a genealogia do poder, será analisada a proveniência do saber inquisitório e da estrutura mista que transporta o acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento; bem como a forma do poder operar por esse saber e essa estrutura. Por fim, defender-se-á que a estrutura procedimental penal atual brasileira é parcial, neoinquisitória e manipula o juiz a entrar em dissonância cognitiva consonante com o material produzido pelas investigações preliminares, o que é incompatível com o modelo constitucional do processo e com o Estado Democrático de Direito. A hipótese será confirmada e, em apêndice, serão propostas mudanças no procedimento do Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional (PL 8.045, de 2010) para que o procedimento penal exclua o inquérito policial da fase de julgamento e se aproxime da efetivação da imparcialidade.

Palavras-chave: Inquérito. Imparcialidade. Dissonância cognitiva. Procedimento penal. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

In this paper it will be researched the hypothesis that there must be a physical exclusion of pieces of the inquest in the judgment phase for the realization of impartiality in the Brazilian criminal procedure. Analyzing the ordinary procedural structure and having as theoretical framework the constitutional model of the process, it will be firstly demarked the concept of impartiality for the research and exposed that impartiality is both principle conductor of the procedure structuring and has an implication of structural type, being a characteristic of both the judge and the procedure. Then, it will be analyzed the Schünemann's research about the damage on the impartiality in the procedure that transports the collection of preliminary investigations into the judgment phase and it will be explained what is the cognitive dissonance theory (which is the theoretical framework of Schünemann's research). Afterwards, using as historiographical methodology the genealogy of power, it will be analyzed the provenance of the inquisitorial knowledge and mixed structure that transports the collection of preliminary investigations in the judgment phase as well as the form the power operates by this knowledge and this structure. Finally, it will be defended that Brazil's current criminal procedural structure is partial, neoinquisitorial and manipulates the judge to enter in cognitive dissonance consonant to the material produced by preliminary investigations, which is incompatible with the constitutional model of process and the Democratic State of Law. The hypothesis will be confirmed and, in the appendix, it will be proposed changes in the Criminal Procedure Code pending on the National Congress (PL 8045, of 2010) in order that the criminal procedure cut off the police inquiry of the judgment phase and approximates itself to the realization of the impartiality.

Keywords: Inquest. Impartiality. Cognitive dissonance. Criminal procedure. Democratic State of Law.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Sentenças proferidas	51
---------------------------------------	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.	Ano
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Coord.	Coordenador
Coords.	Coordenadores
CPP	Código de Processo Penal
E.g.	<i>Exempli gratia</i>
Et al.	<i>Et alii</i>
Etc.	<i>Et cetera</i>
F.	Folhas
HC	<i>Habeas corpus</i>
Is.	Isaías
Jo.	João
Mt.	Mateus
N.	Número
Orgs.	Organizadores
PL	Projeto de Lei
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
T.	Tomo
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PROCEDIMENTO	27
2.1 Premissas da análise da imparcialidade	27
2.2 A imparcialidade do juiz e do procedimento	30
<i>2.2.1 O contributo de Elio Fazzalari</i>	<i>31</i>
<i>2.2.2 O contributo de Italo Andolina e Giuseppe Vignera</i>	<i>34</i>
<i>2.2.3 O contributo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos</i>	<i>37</i>
3 A IMPOSSIBILIDADE DE IMPARCIALIDADE COM A PRESENÇA FÍSICA DO INQUÉRITO NA FASE DE JULGAMENTO: A PESQUISA DE BERND SCHÜNEMANN	41
3.1 Premissas à compreensão da pesquisa: a teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger	42
<i>3.1.1 A versão reformulada de Martin Irle</i>	<i>47</i>
3.2 Objeto da pesquisa de Schünemann	48
3.3 Hipóteses	49
3.4 Metodologia da pesquisa: operacionalização	50
3.5 Resultados	51
3.6 Considerações sobre a pesquisa de Schünemann	53
4 O PORQUÊ DE OS AUTOS DO INQUÉRITO ESTAREM PRESENTES NA FASE DE JULGAMENTO: PRÓLOGO	55
4.1 O poder-saber e a genealogia do poder em Michel Foucault	56
4.2 O poder-saber inquisitório	58
<i>4.2.1 A perseguição aos hereges nos séculos XII e XIII</i>	<i>63</i>
<i>4.2.2 Observações sobre o inquérito</i>	<i>70</i>
5 O PORQUÊ DE OS AUTOS DO INQUÉRITO ESTAREM PRESENTES NA FASE DE JULGAMENTO: O MONSTRO DE DUAS CABEÇAS	73
5.1 O saber acusatório	73
5.2 O monstro de duas cabeças	80

<i>5..2.1 Considerações sobre a estrutura mista do processo penal que mantém os autos da investigação preliminar na fase de julgamento</i>	<i>83</i>
5.3 Genealogia da presença física do inquérito policial na fase de julgamento no Brasil	86
6 A EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO INQUÉRITO DA FASE DE JULGAMENTO	95
7 CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS	105
APÊNDICE – Propostas de modificações no PL 8045/2010	119

1 INTRODUÇÃO

A imparcialidade é requisito irrenunciável do juízo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 41). Sem ela é impossível que os atores que participam da construção do provimento final se encontrem em igualdade de condições na estruturação do procedimento (FAZZALARI, 1972). Não há como existir um julgamento imparcial se o juiz se inclina (consciente ou inconscientemente) às hipóteses do autor ou do réu em momento anterior ao indicado pelo discurso processual regido pelo devido processo.

Posto isso, de acordo com Frederico Marques: “A investigação não se confunde com a instrução.”; a primeira produziria, na fase investigativa, elementos informativos aptos apenas para a propositura da ação penal e a segunda produziria, na fase de instrução jurisdicional,¹ as provas que embasariam o julgamento de mérito (1998, p. 128 e 139). Contudo, segundo o mesmo autor:

Poderá o juiz basear o seu livre convencimento, para condenar o réu, em peças do inquérito policial? Tudo depende das circunstâncias do caso, como aliás, sempre acontece, quando se focaliza a “livre convicção”. Se os indícios e elementos circunstanciais do *factum probandum* forem tais que gerem a convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar sua decisão. Notadamente quando os fatos apurados no inquérito se entrosam, como dados circunstanciais, a provas colhidas na fase judicial de instrução. (FREDERICO MARQUES, 1959, p. 86).

Dessa forma, como no procedimento penal brasileiro o material produzido na fase investigativa – sem contraditório² – é transportado para a fase de julgamento e é considerado pelo julgador (para decidir uma cautelar, para prorrogar o prazo da investigação, para analisar a justa causa da ação penal, para fundamentar a sentença *etc.*), a inexistência de confusão entre a investigação e a instrução é apenas teórica e é inegável a influência do que foi produzido na investigação durante a fase de julgamento (CHOUKR, 2006, p. 131-139). As questões que se

¹ Segundo Frederico Marques, a persecução penal é composta de uma fase investigativa (administrativa) e de uma fase iniciada pela ação penal (jurisdicional) (1998, p. 128); sendo que essa última é composta das fases de postulação, de instrução e de decisão (de julgamento) (1980b, p. 198).

² Adota-se nesta pesquisa o conceito de contraditório como garantia de influência e não surpresa, em que as partes podem “se posicionar sobre qualquer questão de fato ou de direito [...], de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder influir sobre o resultado dos provimentos” e que “impõem ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.” (NUNES, 2008, p. 224-239).

põem, até então ignoradas pela maior parte da literatura jurídica,³ são qual a magnitude da influência das investigações preliminares na fase de julgamento e qual a relação dessa estrutura procedimental com a imparcialidade.

Para tratar dessas questões, o presente trabalho – amparado em pesquisa empírica de Bernd Schünemann (2013, p. 205-221) – analisará o problema da dissonância cognitiva provocada pelo procedimento que transporta os autos da investigação preliminar para a fase de julgamento, assim como o prejuízo que tal estrutura procedimental causa à efetivação da imparcialidade.

Como hipótese, defender-se-á que o prejuízo é significativo e que para aumentar a efetivação da imparcialidade do juiz penal é necessário que o procedimento determine a exclusão física dos autos do inquérito após o recebimento da acusação.

Para desenvolver o tema, o trabalho foi dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo de desenvolvimento (capítulo 2) será explicitado o conceito de imparcialidade para a pesquisa. Valendo-se das contribuições teóricas de Fazzalari (1972)⁴ e de Andolina e Vignera (1997) colocar-se-á que a imparcialidade é tanto princípio⁵ regente da sequência do procedimento, quanto possui uma implicação de tipo estrutural, sendo uma característica tanto do juiz como do procedimento. Após, será analisada a teoria da aparência adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) destacando-se seus ganhos teóricos e seus problemas. Ver-se-á que a teoria da aparência proporciona avanços relevantes para a fiscalização dos atos jurisdicionais para cassar os que forem parciais, mas que ela não garante plenamente o julgamento imparcial. Em seguida, será defendido que no modelo constitucional do processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997) (BARROS, 2009b) a imparcialidade não deve ser controlada apenas após a decisão, mas que ela deve ser controlada preventivamente pela determinação legal da sequência do procedimento: na previsão legal da sua sequência em abstrato, o procedimento deve ser organizado de forma a estimular que o juiz se aproxime da meta de imparcialidade.

³ São exceções, dentre outros: Miranda Coutinho (2001, p. 41), Choukr (2006, p. 131), Morais da Rosa (2004, p. 331), Lopes Jr. (2001, p. 196).

⁴ Do primeiro Fazzalari, década de 1950 à década de 1970, quando esse desenvolveu sua teoria do processo; não se adota as propostas fazzalarianas posteriores, referentes às suas concepções hermenêuticas (FAZZALARI, 2004).

⁵ Na presente pesquisa, entende-se que “O princípio é uma construção teórica integradora, na medida em que é resultado de uma generalização, que reúne e organiza outros e anteriores conhecimentos e, como tal, permite compreender e explicitar a correlação entre conhecimentos e realidade conhecida. O princípio é, neste processo, também uma construção conceitual operativa, na medida em que os conhecimentos nele reunidos e expressos possibilitam progredir na produção de novos conhecimentos e também orientar a forma e o curso da ação humana voltada para fins.” (MARÇAL, 2007, p. 34).

No capítulo 3, analisar-se-á a pesquisa de Schünemann (2013, p. 205-221) em seu objeto, hipótese, marco teórico, metodologia e resultados. Neste ponto será explicitado em que consiste a teoria da dissonância cognitiva (que foi adotada por Schünemann como marco teórico) e será demonstrado – de forma empírica – a magnitude do prejuízo para a imparcialidade no procedimento que mantenha os autos do inquérito na fase de julgamento.⁶ Como afirma Alexandre Morais da Rosa: “não se pode mais apresentar uma teoria construída no conforto de uma poltrona, desprovida de fundamentação minimamente empírica e, no caso do Direito, sem estudar o real mecanismo de decisão, as teorias são deslizamentos imaginários.” (2016, p. 88); a análise da pesquisa empírica de Schünemann proporcionará a necessária dose de aproximação da realidade que tem faltado na maior parte da literatura jurídica – que subestima os efeitos da transposição do acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento.

Seguidamente, será pesquisada a proveniência da estrutura mista que transporta o acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento e o porquê de ainda não ter existido a sua modificação no Brasil. Para tanto serão adotadas as formulações de Michel Foucault⁷ sobre a relação entre o poder e o saber e será utilizada a genealogia do poder como metodologia historiográfica de pesquisa sobre o surgimento do saber inquisitório e do inquérito (capítulo 4)⁸ e sobre o saber acusatório,⁹ a estrutura mista e o procedimento penal brasileiro (capítulo 5). A genealogia do poder, mais do que qualquer outra preocupação, busca analisar as metodologias das relações de poder, e, com isso, ela proporciona o enfrentamento dos efeitos do poder de um discurso (FOUCAULT, [1976]/2015b, p. 267-268) – pela genealogia do poder perceber-se-á como o poder opera por meio do saber inquisitório e da estrutura mista do processo penal que transporta o acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento. Com essa análise será possível aproximar-se da superação do saber inquisitório criado pela Igreja Católica no

⁶ Apesar de existirem relevantes estudos sobre a imparcialidade nos países de *common law* – por exemplo, Kang et al. (2012) e Guthrie et al. (2001) –, prefere-se adotar como marco teórico a proposta de Schünemann pela vantagem de ter sido realizada no ordenamento jurídico alemão, que tem tradição jurídica de *civil law* e tem um procedimento penal que transporta o acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento, o que aproxima a pesquisa de Schünemann ao cenário brasileiro.

⁷ Como será detalhadamente explicado no início do capítulo 4, a pesquisa tem como marco teórico as formulações do autor a partir da década de 1970.

⁸ Será pesquisado o saber inquisitório católico do século XIII; não faz parte do recorte temático da pesquisa outros saberes inquisitórios, tal como o romano. Sobre o sistema romano, vide: Khaled Jr. (2013, p. 21-34), Ambos (2008, p. 51-53) e Prado (1999, p. 78-80).

⁹ A pesquisa analisará o saber acusatório na Inglaterra; não faz parte do recorte temático da pesquisa a acusatoriedade grega e romana. Sobre esses sistemas, vide as obras referidas na nota anterior: Khaled Jr. (2013, p. 16-34), Ambos (2008, p. 50-52) e Prado (1999, p. 80-85).

século XIII¹⁰ e da estrutura mista neoinquisitória criada na França em 1808 (que foi importada pelo ordenamento jurídico brasileiro); como diz Foucault:

[...] meu discurso não procura obedecer às mesmas leis de verificação que regem a história propriamente dita, uma vez que esta tem como único fim dizer a verdade, dizer o que se passou, no nível do elemento, do processo, da estrutura das transformações. Eu diria, de maneira muito mais pragmática, que, no fundo, minha máquina é boa; não na medida em que ela transcreve ou fornece o modelo do que passou, e sim na medida em que ela consegue dar do que se passou um modelo tal que permita que nos libertemos do que se passou. ([1972]/2013, p. 150).

No capítulo 6, a pesquisa buscará confirmar a hipótese de que para o julgador não se encontrar em dissonância e perseverar na manutenção das hipóteses e da imagem criada pela produção unilateral de informação dos agentes investigativos é altamente necessário que o procedimento penal exclua a presença física dos autos do inquérito após o julgamento da admissibilidade da acusação e que assim é possibilitado o aumento da efetivação da imparcialidade do juiz e do procedimento.

Por fim, de forma a contribuir para a mudança legislativa, em apêndice são propostas modificações no PL 8.045/2010, que institui um novo Código de Processo Penal e que, por enquanto, mantém o inquérito na fase de julgamento.

O que se busca é uma pesquisa multidisciplinar que não se prenda no dogmatismo irresponsável e descompromissado com o real, mas que – valendo-se da psicologia, da filosofia, da teologia e, principalmente, do direito – considere a importância dos estudos empíricos e das contribuições que os mais diversos campos do saber podem oferecer ao estudo do problema e da hipótese do trabalho; que tem como único fim aproximar o processo penal brasileiro daquele devido em um Estado Democrático de Direito.

¹⁰ Como será demonstrado na pesquisa, apesar da criação do saber inquisitório no século XIII ser católica, muitos ordenamentos jurídicos o copiaram, incluindo o Brasil, o que mantém a relevância de seu estudo mesmo com sua abolição formal e pedido de perdão pela Igreja Católica: “O instituto da Inquisição foi abolido. Como tive a oportunidade de dizer aos participantes no Congresso, os filhos da Igreja não podem deixar de considerar com espírito de arrependimento a ‘aquiescência manifestada, de modo especial nalguns séculos, em relação aos métodos de intolerância e até mesmo de violência no serviço à verdade’ (Insegnamenti XX/2 [1998/2], pág. 899; Carta Apostólica Tertio millennio adveniente, 35). É óbvio que este espírito de arrependimento comporta o propósito firme de, no futuro, buscar caminhos do testemunho evangélico a prestar à verdade. 4. No dia 2 de Março de 2000, por ocasião da celebração litúrgica que caracterizou o Dia do Perdão, pediu-se perdão pelos erros cometidos no serviço à verdade, através do recurso a métodos não evangélicos. É na imitação do próprio Senhor, manso e humilde de coração, que a Igreja deve realizar este serviço. A oração que, nessa ocasião, dirige a Deus contém os motivos de um pedido de perdão, que vale tanto para dramas ligados à Inquisição como para as feridas da memória, que são as suas consequências. ‘Senhor, Deus de todos os homens, em determinadas épocas da história os cristãos foram por vezes condescendentes em relação a métodos de intolerância e não seguiram o grande mandamento do amor, deturpando assim o rosto da Igreja, tua Esposa. Tem misericórdia dos teus filhos pecadores e acolhe o nosso propósito de buscar e de promover a verdade na docilidade da caridade, conscientes de que a verdade não se impõe senão em virtude da própria verdade. Por Cristo, nosso Senhor’. O bonito volume das Actas do Congresso inscreve-se no espírito deste pedido de perdão.” (IGREJA CATÓLICA, [2004]/2016a).

2 A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PROCEDIMENTO

Toda a pesquisa será realizada para demonstrar como o procedimento penal brasileiro, que transporta o acervo da investigação preliminar para a fase de julgamento, foi construído por poderes políticos que excluía a participação do réu na construção da decisão jurídica e como esse procedimento faz com que, mesmo num ambiente constitucional democrático, o julgador seja estimulado a considerar apenas a atuação de uma das partes e afastar-se da meta de imparcialidade. Apenas após o aprofundamento nesses pontos será possível compreender a necessidade da exclusão dos autos do inquérito da fase de julgamento para a efetivação da imparcialidade.

Para a análise do tema proposto é fundamental deixar claro o conceito de imparcialidade adotado na pesquisa – o que explicitará que durante todo o trabalho a imparcialidade será uma questão referente tanto ao juiz como ao procedimento. Essa é a razão deste capítulo.

2.1 Premissas da análise da imparcialidade

Na metafísica moderna, com o império da razão a descoberta do sujeito, o ser humano entendeu ser possível eliminar sua parcialidade – a influência da vontade e das paixões do sujeito no resultado da investigação (CHAUÍ, 2000, p. 358) – pelo método; “o método passava a ser o supremo momento da subjetividade e da possibilidade de certeza”. (STRECK, 2011, p. 175). Essa noção influenciou o direito da metafísica moderna. Para Montesquieu, por exemplo, o método da lei tinha uma força tal, que o juiz não era nada mais que “a boca que pronuncia as palavras da Lei” (MONTESQUIEU, 1748, p. 256, tradução nossa);¹¹ Beccaria, por sua vez, também acreditando na força do método da lei, disse que “Perante todo o crime deve o juiz fazer um silogismo perfeito; a premissa maior, deve ser a lei geral; a premissa menor, a ação de conformidade ou não com a lei, e a consequência, a liberdade ou a pena”, e afirmou que quando a lei fosse observada “em seus exatos termos”, os cidadãos iriam conquistar uma segurança e previsibilidade tal que proporcionaria a “possibilidade de calcular os inconvenientes de um delito” (BECCARIA, [1764]/1978, p. 116-119). Na metafísica moderna acreditou-se que com o método era possível suprimir a parcialidade – voluntária ou involuntária – do sujeito. Como mostra Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, isso tinha como motivos:

¹¹ “la bouche qui prononce les paroles de la Loi”.

1.º, a crença em uma razão que tivesse validade universal, servindo de paradigma para todos (crença esta que, de certa forma, seguiu todo o pensamento da história moderna no Ocidente, desde o discurso da Igreja – por influências platônicas –, passando pelo pensamento de Descartes, Bacon, Kant, até chegar em Augusto Comte); 2.º, a necessidade de legitimar o discurso do Estado moderno nascente, que vinha falar em nome de toda a nação, uma vez que os sujeitos da história passaram a ser ‘iguais’ e não era mais possível sustentar os privilégios do clero e da nobreza: o Estado agora é de todos e, finalmente; 3.º, a urgência em ocultar que os interesses do Estado, ao contrário do que se acreditava, eram de classes; e não do povo como um todo. (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 42-43).

Claro que a visão de Beccaria sobre a lei promoveu conquistas teóricas relevantíssimas e que a obra do marquês italiano foi um dos maiores marcos do direito penal liberal – ao lado do “Observações sobre a tortura”, de Pietro Verri ([1804]/1992). Claro, também, que a filosofia e o direito também avançaram com outros pensadores da metafísica moderna (como Kant, Hegel, Rousseau, Savigny, entre outros). Contudo, com Freud e a psicologia o império da razão ruiu. Nas palavras de Salo de Carvalho:

Com a introdução da ideia de inconsciente, o reduto da superioridade humana, a razão (consciência) – enaltecida sobretudo a partir de Descartes –, é destronada. A consciência deixa de ser soberana na estrutura psíquica do indivíduo e o eu é alijado de sua autonomia. Como consequência, o descentramento do sujeito implicaria pelo menos outros três descentramentos: “o descentramento da consciência para o inconsciente; o descentramento do eu para o outro; e o descentramento da consciência, do eu e do inconsciente para as pulsões.”. O trabalho de Freud, na exposição das feridas narcísicas, notadamente no descentramento do eu, rompeu com o ideal moderno de segurança e de previsibilidade, de cálculo e controle racional dos riscos. Tudo aquilo que era relativamente estável e inquestionável é volatilizado. O homem, senhor da razão e manipulador da natureza, sofre o terrível desamparo da perda do domínio do conhecimento. Conforme diagnostica Birman, “a proposição do descentramento do sujeito é uma ‘ferida narcísica’ para o eu e para o indivíduo na medida em que retira destes o suposto domínio sobre as suas operações intelectuais e sobre as suas ações.”. (CARVALHO, 2014, p. 172)

Com a “mais sensível ferida narcísica da cultura” operada pela psicologia, foi refutada, de forma irreversível, a possibilidade de um juízo absolutamente cartesiano.

Não adianta negar o problema gerado pela intervenção do inconsciente e querer que ele não exista; ele está aí, e sua aceitação, problematização e análise permite um relativo controle – fundamental ao Estado de Direito – do conteúdo da decisão jurídica (MORAIS DA ROSA, 2016, p. 90-91). Por isso, e retomando o tema imparcialidade do juiz, pode-se dizer, primeiro, que o julgador nunca é neutro¹² e nunca decide a partir de lugar nenhum (TRUJILLO, 2007, p. 79); que seu inconsciente influenciará na decisão. Deve se admitir que o lugar em que o juiz se

¹² Neutralidade entendida como ausência de influência da vontade ou da paixão do sujeito no resultado da investigação (CHAUÍ, 2000, p. 358). Lembremos Agostinho Ramalho Marques Neto: “Como pode ser absolutamente neutro o cientista, se observa o real à luz de um referencial teórico que, por sua vez, não é neutro, e se constrói, ele próprio, o seu objeto de conhecimento?” (2001, p. 20).

encontra – seu horizonte de sentido –, que não foi construído endoprocessualmente e em contraditório, interferirá em seu julgamento (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 42-49) (MORAIS DA ROSA, 2011, p. 37-38). E, assim, deve se admitir que a neutralidade do juiz é uma falácia e irreal.

– Com base nisso, buscar-se-á uma visão crítica do conceito de imparcialidade aplicável ao direito.

Para o conceito clássico de imparcialidade jurídica, “A imparcialidade consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do julgador” (GOLDSCHMIDT, Werner, [1950]/2016, n.p., tradução nossa)¹³ – contudo, esse conceito foi refutado pela psicologia, pois nem o julgador tem como saber todas as suas considerações subjetivas (parte do aparelho psíquico é inconsciente), nem tem como colocá-las entre parênteses (a razão não consegue tanto) (NASIO, 1995, p. 21-22).

O que seria, então, a imparcialidade do juiz? Nesta pesquisa, adota-se que mesmo sendo impossível de ser plenamente alcançada pelo sujeito, a imparcialidade deve ser “meta” para o juiz. O vocábulo *μετά*, em grego, significa além (LIDDELL; SCOTT, 1968, p. 1109) e o vocábulo *meta*, em latim, significa fim (TORRINHA, 1942, p. 517); da reunião desses conceitos¹⁴ emerge a imparcialidade do juiz: em função do inconsciente, a imparcialidade – o julgamento desapaixonado que não favorece a qualquer resultado (TRUJILLO, 2007, p. 69-70) –, está para além das possibilidades do julgador, contudo, deve ser sua finalidade (seu fim) – e ainda que nunca atingida, o juiz deve sempre buscá-la, pois se se encontrar na situação em que, ao invés de aproximar, se distancie da imparcialidade, deve declarar o próprio impedimento ou suspeição (arts. 97, 112, 252 e 254 do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, [1941]/2016b)).

Partindo dessas premissas e considerando que a imparcialidade é meta, será explorado o conteúdo da imparcialidade a partir das contribuições de Fazzalari e de Andolina e Vignera. O estudo das propostas destes autores permitirá enxergar que a imparcialidade é um atributo tanto do juiz como do procedimento e que um procedimento imparcial aumenta o potencial de o julgador se aproximar da meta de imparcialidade.

¹³ “La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador.”

¹⁴ *Μετά* e *meta* são homófonos. Etimologicamente, *meta*, em português, deriva apenas do vocábulo latino. Miranda Coutinho, em 1998, já havia dito que a imparcialidade é *meta* (MIRANDA COUTINHO, 1998, p. 173); contudo, como o vocábulo em português deriva apenas do vocábulo latino *meta*, que significa “fim”, por honestidade intelectual, não se pode pressupor que o autor concorda com a construção aqui feita de somar *meta* (em latim) com o vocábulo grego *μετά*, que significa “além”.

2.2 A imparcialidade do juiz e do procedimento

Antes do estudo da contribuição de Fazzalari para o conceito de imparcialidade, faz-se necessário expor, brevemente, o cenário teórico anterior às suas proposições.

Para Bülow ([1868]/1964) e seus seguidores, processo e procedimento são separados. Processo seria uma relação jurídica “pela qual, de uma parte, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e de outra, as partes são obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeterem-se aos resultados desta atividade comum” (BÜLOW, [1868]/1964, p. 2, tradução nossa),¹⁵ e procedimento seria “uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros” (BÜLOW, [1868]/1964, p. 2-3, tradução nossa).¹⁶ Apenas o processo teria finalidades teleológicas, elas seriam ausentes no procedimento:

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 297).

Após Bülow, a teoria da relação jurídica foi desenvolvida na Alemanha especialmente por Wach, Hellwig e Köhler – para quem, respectivamente, a relação jurídica seria triangular, angular, linear (LEAL, 2014, p. 268). Na Itália, Chiovenda foi o pioneiro que, nas palavras de Carnelutti, determinou “uma mudança de rota, orientando para Alemanha o pensamento italiano” (CARNELUTTI, [s./d.], p. 7, tradução nossa).¹⁷ Dentre os discípulos de Chiovenda estava Liebman, que chegou ao Brasil no final da década de 1930 e iniciou seu trabalho como professor na Faculdade de Direito de São Paulo em 1941 (BUZOID, 1969) – o que continuaria até 1946 (GRINOVER, 1986, p. 99). Na docência em São Paulo, Liebman acumulou seguidores que continuariam o estudo da teoria da relação jurídica; entre eles estavam José Frederico Marques, Alfredo Buzaid e Moacyr Amaral Santos, que além de compor um grupo de discípulos

¹⁵ “por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común”.

¹⁶ “una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros.”

¹⁷ “un cambio de ruta, orientando hacia Alemania el pensamiento italiano”.

que foi orientado diretamente por Liebman (BUZAID, 1960, p. 5), moldaram toda uma geração do direito processual brasileiro.

A Escola Paulista de Direito Processual teve suas proposições teóricas sobre a relação jurídica sintetizadas na obra “A instrumentalidade do processo”, de Cândido Dinamarco ([1987]/2003). No que importa a este trabalho,¹⁸ segundo o autor paulista: “Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobri-los o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação”. Solitariamente, com base em sua “sensibilidade” e “sentimento de justiça”, os tribunais “canalizam a vontade dominante” e promovem a paz social pelo processo (DINAMARCO, 2003, p. 48).¹⁹ Em Dinamarco, o processo é um instrumento do juiz para alcançar a paz social. O autor ainda não esclarece – mantendo a confusão conceitual que existe desde Bülow – a diferença entre os conceitos de processo – que segundo o professor paulista tem um caráter teleológico (escopos sociais, políticos, econômicos, decididos pelo juiz)²⁰ – e de procedimento – que, também segundo o autor, não tem caráter teleológico (DINAMARCO, 2003, p. 273-280).

Como disse Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 65-66), nem Bülow nem seus discípulos explicaram como o procedimento poderia ser carente de caráter teleológico se o processo não se realiza por si, mas apenas pelo procedimento. Por isso, sem muito esforço, deve-se concluir pelo equívoco dessa formulação da teoria da relação jurídica e admitir que o procedimento está “impregnado de sentido teleológico” (GONÇALVES, 1992, p. 66). É ante essa aporia (existente desde Bülow) que Fazzalari vai criar sua teoria do processo e do procedimento e realizar sua contribuição para o estudo da imparcialidade.

2.2.1 O contributo de Elio Fazzalari²¹

¹⁸ Não se busca na pesquisa o detalhamento da teoria da relação jurídica, o que já foi feito por inúmeros pesquisadores da Escola Mineira de Direito Processual, por todos: Barros Pellegrini (2003, p. 8-13); Gonçalves (1992, p. 70-101); Cordeiro Leal (2008); e Nunes (2008, p. 98-106).

¹⁹ Como mostra Dierle Nunes, a proposta de o juiz ser guiado por escopos metajurídicos e utilizar o direito como instrumento de mudança social, típica do socialismo processual, já existia no final do século XIX em Menger e Klein (NUNES, 2008, p. 144).

²⁰ Na teoria do processo como relação jurídica, as finalidades teleológicas do processo são ditadas pelos juízes (CORDEIRO LEAL, 2008, p. 59-69) em acordo com uma matriz social do processo na qual o juiz seria “um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo” (NUNES, 2008, p. 102).

²¹ Como colocado na introdução, na presente pesquisa adota-se apenas as formulações do primeiro Fazzalari, década de 1950 à década de 1970, quando esse desenvolveu sua teoria do processo; não se adota, aqui, as propostas fazzalarianas posteriores, referentes às suas concepções hermenêuticas (FAZZALARI, 2004).

Para Fazzalari, o processo não é separado do procedimento, há uma relação de inclusão em que o processo é espécie do gênero procedimento (GONÇALVES, 1992, p. 67-68); e o que especifica um de outro é o contraditório:

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos [...], e se tal participação é pensada de modo que os contrapostos “interessados” [...] estejam sob o plano de simétrica paridade; então o procedimento compreende o “contraditório”, que o faz mais articulado e complexo, e do genus “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”. (FAZZALARI, 1996, p. 61, tradução nossa).²²

No autor italiano, o procedimento:

é uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final, na qual a norma precedente – que estabelece uma conduta valorada como lícita ou devida – é pressuposto para realização da consequente. A primeira norma e a conduta dela decorrente ligam-se à segunda como um pressuposto ou como sua *fattispecie*.” (BARROS PELLEGRINI, 2003, p. 4).

No procedimento, apenas o ato lícitamente construído é apto a ser precedente de seu consequente; somente com a observância da norma na realização do ato anterior é que é possível a estruturação de um ato posterior válido (GONÇALVES, 1992, p. 107-111). Observadas tanto a norma quanto a participação dos interessados²³ – em contraditório e em simétrica paridade – no desenvolvimento dos atos do procedimento constrói-se, em Fazzalari, o provimento final (GONÇALVES, 1992, p. 171). Para o autor italiano, não há um caráter teleológico (escopos metajurídicos) no processo que seria ausente no procedimento; tanto o processo como o procedimento têm um caráter lógico (a lei). Ao invés de escopos metajurídicos (sociais, políticos, econômicos) guiarem a atuação do juiz na realização da decisão, é a lei e a participação dos interessados (que é prevista pelo ordenamento jurídico) que orientam a construção do provimento final, como afirma Aroldo Plínio Gonçalves: “Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina.”; e isso é uma mudança relevantíssima na realização da jurisdição, pois deixa de

²² “Se, poi, il procedimento è regolato in modo che vi partecipino anche coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti [...], e se tale partecipazione è congegnata in modo che i contrapposti *interessati* [...] siano sul piano di simmetrica parità; allora il procedimento comprende il *contraddittorio*, si fa più articolato e complesso, e dal genus *procedimento* è consentito enucleare la *species* ‘processo’.”

²³ “Para se definir quem serão os contraditores, ou seja, quem participará do processo em contraditório, é necessário verificar quais sujeitos serão afetados pelo ato final, quais serão os sujeitos destinatários do provimento. Estes, que suportarão os resultados favoráveis ou desfavoráveis do provimento, é que serão os participantes em contraditório e que possuem legitimidade para agir [...]” (BARROS PELLEGRINI, 2003, p. 7).

existir a “aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz” e passa a existir uma técnica de aplicação do direito feita com base nos elementos intersubjetivos da lei (GONÇALVES, 1992, p. 45-46, 68).

Fazzalari tem a preocupação de diminuir a influência das ideologias dos juristas da estruturação do procedimento, de forma a “exorcizar estes fantasmas” (FAZZALARI, 1972, p. 194, tradução nossa)²⁴ – por isso a mudança de um critério teleológico (escopos metajurídicos) para um critério lógico (a lei) –; e, reconhecendo que isso é impossível de ser plenamente alcançado, o autor formula seu entendimento sobre a imparcialidade sustentando-o na legalidade: para Fazzalari, a observância da legalidade na construção de cada um dos atos do procedimento é que possibilita um julgamento imparcial. Longe de defender um juiz “boca da lei” – tal como Montesquieu (1748, p. 256) –, Fazzalari admite que o julgador está envolvido num contexto histórico-cultural que influenciará na decisão (FAZZALARI, 1972, p. 196). Todavia, o autor propõe que esse juiz não deve aplicar a lei guiado por seus valores privados, mas, sim, guiado pelos valores inseridos no texto constitucional; a Constituição – e não escopos metajurídicos²⁵ – deve ser o limite da interpretação do ator jurídico na aplicação da lei no caso concreto; e, com isso, é diminuída a relevância do intérprete na construção da decisão (FAZZALARI, 1972, p. 195-196). Assim, a sequência procedimental que observe a legalidade em cada um de seus atos potencializa a imparcialidade do juiz (FAZZALARI, 1972, p. 199-200): não seriam os anseios pessoais do julgador (escopos sociais, políticos, econômicos) que regeriam a construção do procedimento, mas a lei conforme a Constituição.

Aliado a isso, Fazzalari reconhece que a estrutura procedimental influencia na imparcialidade do juiz:

De um lado, há o juiz pré-constituído; normalmente escolhido por concurso [...]; independente e imune a qualquer outro poder [...]. De outro lado, há o direito dos destinatários do provimento jurisdicional de participar no processo de formação do

²⁴ “esorcizzare questi fantasmi”.

²⁵ “A manifestação do poder jurisdicional passou por diversos regimes jurídicos no curso de sua história, e a grande conquista do Direito contemporâneo é a de que, para que as liberdades se realizem dentro do Estado (e não fora dele, ou contra ele), o exercício do poder se submete à disciplina do Direito. É por isso que não é absolutamente vazia a afirmação de que a jurisdição e o processo são conceitos jurídicos, e a ciência do Direito Processual não pode renunciar a seu papel de tomar esses conceitos e trabalhá-los à exaustão, porque estaria negando a seu papel social de clarificar, de tornar visível e inteligível um tema de profunda importância para a sociedade. A admissão de escopos metajurídicos da jurisdição e do processo pressupõem, necessariamente, a existência de três ordens normativas distintas: a jurídica, a social e a política. Os escopos metajurídicos só poderiam ser entendidos, portanto, como escopos pré-jurídicos. [...] já não se pode mais cindir o ordenamento da sociedade para, paralelamente à ordem jurídica que ela instaurou, pensar-se em uma ordem social autônoma e em uma ordem política autônoma. Três ordens soberanas distintas não explicariam a soberania de uma nação, que não pode ser fragmentada.” (GONÇALVES, 1992, p. 182). Vide: Nunes (2008, p. 142-155).

mesmo, de desenvolver, em simétrica paridade, perante e com o juiz natural, um pleno contraditório [...]; bem como o direito dos litigantes de conhecerem a motivação do provimento (e, portanto, a utilização e a valorização que o juiz tenha feito dos resultados do processo) e o de recorrer. Estes dois pilares - um dos quais é constituído da reserva da função jurisdicional e de suas garantias, e o outro das garantias dos litigantes - são unidos por um só alvo: a imparcialidade do juiz. (FAZZALARI, 1972, p. 199, tradução nossa).²⁶

Dessa forma, a sequência procedimental, que ocorre segundo a legalidade, influencia diretamente a concretização da imparcialidade do juiz: tanto por limitar a atuação do julgador em cada um dos atos do procedimento; quanto por prever técnicas que possibilitam a imparcialidade (como o juízo natural) e técnicas que asseguram o controle dos atos parciais desse julgador (como o direito ao recurso). Assim, um procedimento pode possibilitar (ou dificultar) o cumprimento da imparcialidade em razão de quais sejam as normas, atos e posições subjetivas de sua sequência.

A proposta de Fazzalari tem o mérito de reconhecer a influência do procedimento na imparcialidade e de buscar que a decisão jurídica não seja um ato solipsista, fruto da presença ou ausência da sensibilidade e talento de um julgador, mas um ato fruto da observância do ordenamento jurídico e da construção participada da decisão. Contudo, o autor ainda acredita em demasia na força da legalidade, desconsiderando que “a vagueza e ambiguidade das expressões legais viabilizam a redefinição dos sentidos normativos estabelecidos e, na hipótese de interpretação judicial, a adoção de linhas decisórias alternativas” (CUNHA, 1979, p. 82) e desconsiderando também a magnitude da influência do inconsciente do julgador na construção da decisão jurídica.

Andolina e Vignera consideram as influências psicológicas do julgador na decisão e analisam a imparcialidade tanto do juiz como do procedimento; por isso, as contribuições desses autores sobre a imparcialidade também são relevantes para a presente pesquisa.

2.2.2 *O contributo de Italo Andolina e Giuseppe Vignera*

Após a segunda guerra mundial, a literatura jurídica passou a aproximar a Constituição e o processo, com a preocupação de aumentar a efetivação dos direitos fundamentais

²⁶ “Da un lato, c’è il giudice preconstituato; normalmente scelto per concorso [...]; indipendente e insindacabile da qualsiasi altro potere [...]. Dall’altro lato, ci sono il diritto dei destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al processo di formazione de medesimo, di svolgere, sul piede di simmetrica parità, innanzi e con quel giudice naturale, un pieno contraddittorio [...]; nonché il diritto dei litiganti de conoscere la motivazione del provvedimento (e quindi l’utilizzazione e l’apprezzamento che il giudice abbia fatto dei risultati del processo) e quello d’impugnare. Questi due piloni - l’uno dei quali è costituito dalla riserva della funzione giurisdizionale e dalle sue garanzie, l’altro dalle garanzie per i litiganti - sono uniti da una sola gittata: la imparzialità del giudice.”

(THEODORO JR., 2009, p. 234). Na Europa, Italo Andolina e Giuseppe Vignera formularam o processo como um modelo constitucional, que, nas palavras de Flaviane Barros:

[...] é “um esquema geral de processo” que possui três importantes características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função da característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral. (BARROS, 2009a, p. 334).

Partindo da formulação de Andolina e Vignera, Flaviane Barros coloca que o modelo constitucional se adapta a cada microssistema processual, em acordo com suas especificidades, “seja em razão do provimento pretendido ou dos direitos fundamentais a serem garantidos” (BARROS, 2009b, p. 15). Esse modelo, composto por uma base principiológica constitucional uníssona (*e.g.*, princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação e do terceiro imparcial), é garantia fundamental regente de toda a sequência procedimental (BARROS, 2009b, p. 14-22).

Além disso, mesmo com Andolina e Vignera tendo escrito “I fondamenti costituzionali della giustizia civile” (1997), o modelo constitucional, atendendo às características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, é aplicável ao microssistema processual penal, pois respeita as suas diferenças para com os demais microssistemas (*e.g.* civil, administrativo, eleitoral *etc.*); o que faz com que seja incluído, por exemplo, entre os princípios componentes de sua base principiológica constitucional uníssona, o princípio do estado de inocência (BARROS, 2009b, p. 15-16).

Posto isso – e focando-se nas contribuições dos autores ao tema desta pesquisa – para Andolina e Vignera, a imparcialidade é característica tanto do juiz quanto do procedimento (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 61); para facilitar o entendimento da matéria, primeiro será explicitada as formulações dos autores sobre a imparcialidade do juiz e, depois, sobre a imparcialidade do procedimento.

Segundo Andolina e Vignera, a imparcialidade do juiz configura-se na sua equidistância às partes, “pode ser definida como a sua indiferença pessoal ao resultado do processo que lhe foi confiado e se explica na inexistência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos

suscetíveis de condicionarem o conteúdo de sua decisão” (1997, p. 40, tradução nossa);²⁷ o que implica: na inexistência de interesses pessoais do juiz na causa (vínculo subjetivo); na situação do juiz de terceiro estranho ao objeto do processo (vínculo objetivo); e na inexistência de decisão anterior do juiz quanto à mesma causa, seja em outro grau ou fase do processo (vínculo psicológico) (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 43-44). Além disso, a imparcialidade do juiz é requisito irrenunciável de sua atuação e interliga-se diretamente à ampla argumentação, à essência da função judicial, à igualdade entre as partes e à independência judicial²⁸ (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 41-42); sem o cumprimento da imparcialidade, todos esses direitos ficam prejudicados.

Quanto ao vínculo psicológico, Andolina e Vignera – seguindo o entendimento da Corte Constitucional Italiana em julgamentos de casos penais – consideram a influência psicológica do julgador na imparcialidade e, conseqüentemente, na construção da decisão jurídica; para os autores, “a avaliação prévia realizada pelo juiz sobre a mesma matéria dispara mecanismos psicológicos suscetíveis de condicionar o conteúdo de sua decisão” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 44, tradução nossa);²⁹ segundo a Corte Italiana na sentença n. 155, de 20 de maio de 1996:

A imparcialidade é, portanto, inerente à essência da jurisdição e requer que a função de julgar seja atribuída a um “terceiro”, não apenas isento de interesses próprios que possam obscurecer a rigorosa aplicação do direito, mas também isento de convicções pré-constituídas relacionadas à matéria da decisão, formadas em fase diversa do julgamento por ocasião de função decisória a que foi chamado a desempenhar previamente. (ITÁLIA, 2016b, tradução nossa).³⁰

Partindo dessa decisão, Andolina e Vignera consideram que no momento em que o juiz realiza uma decisão relacionada ao objeto do processo há a criação de um vínculo psicológico pelo julgador que contaminará as suas decisões futuras, o que prejudicará a equidistância do

²⁷ “può essere definita come la sua indifferenza personale all’esito del processo affidatogli e si risolve nell’insussistenza di vincoli soggettivi, oggettivi e psicologici suscettibili di condizionare il contenuto della sua decisione.”

²⁸ Independência entendida como a ausência de subordinação do juízo a outro órgão estatal (judicial ou não) (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 59).

²⁹ “la precedente valutazione compiuta dal giudice sulla stessa materia innesca meccanismi psicologici suscettibili di condizionare il contenuto della sua decisione”.

³⁰ “L’imparzialità è perciò connaturata all’essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto ‘terzo’, non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie ch’egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza.”

juiz às partes na realização dos atos seguintes e, portanto, impossibilitará a sua imparcialidade (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 43-46).³¹

Quanto à imparcialidade do procedimento: como a imparcialidade é componente da base principiológica constitucional que orienta a estruturação processual, o procedimento deve ser de forma tal que efetive sua realização, sendo que a “imparcialidade não se limita a condicionar a estrutura do procedimento jurisdicional, mas tendencialmente penetra (*recte*: deve penetrar) na organização de qualquer esquema procedimental instrumental ao exercício de uma atividade pública” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 61, tradução nossa).³² Dessa forma, Andolina e Vignera consideram a imparcialidade não só como princípio regente da sequência procedimental, mas também como característica da organização da estrutura procedimental: a sequência legal dos atos do procedimento, bem como a forma de cada um desses atos, pode ser prevista de maneira tal que caracterize o procedimento, *in abstracto*, como parcial ou imparcial. Se a sequência procedimental é prevista pelo ordenamento jurídico de modo que garanta a equidistância do juízo às partes, pode-se dizer que o procedimento é imparcial; caso a sequência procedimental incentive a distância do juízo a alguma das partes, o procedimento é parcial. Assim, a imparcialidade é princípio regente da sequência procedimental e também possui uma implicação de tipo estrutural (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 46-47).

A estrutura procedimental imparcial não assegura plenamente a imparcialidade do juiz, mas a potencializa. Pelo procedimento são realizadas técnicas que possibilitam a imparcialidade (*e.g.*, o juízo natural) e técnicas que proporcionam a fiscalização sobre os atos judiciais para cassar os que sejam objetivamente parciais (*e.g.*, direito ao recurso) – sobre esse último ponto, a fiscalização das decisões para cassar as parciais, são também relevantes as contribuições do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

2.2.3 O contributo do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) – há mais de trinta anos – busca aplicar imparcialidade em acordo com a teoria da aparência. Nessa teoria, basta a dúvida quanto à imparcialidade do juiz causada por fatos concretos objetivos para o julgamento ser viciado e o julgador ser afastado da análise do caso penal (GIACOMOLLI, 2014, p. 235) – o Tribunal já

³¹ O que esta pesquisa confirmará durante todo o próximo capítulo com base na teoria da dissonância cognitiva (FESTINGER, 1975; 2008) (FREY; IRLE et al., 1982) e na pesquisa de Schönemann (1989; 2012; 2013).

³² “imparzialità non si limita a condizionare la struttura del procedimento giurisdizionale, ma tendenzialmente penetra (*recte*: deve penetrare) nell’organizzazione di un qualsivoglia schema procedimentale strumentale all’esercizio di una pubblica attività.”

entendeu, *e.g.*, que afeta a imparcialidade (entre outros casos) as situações de: o mesmo julgador participar da fase de investigação e de julgamento, o juiz ter interesse no resultado do processo, o juiz já ter decidido o caso em outro grau da jurisdição e o juiz que teve sua decisão anulada ser o mesmo que proferirá a nova decisão (ZAPPALÀ, 2008, p. 104-110). Segundo o TEDH:

[...] mesmo as aparências podem ser importantes; nas palavras da máxima inglesa citada, por exemplo, no julgamento de Delcourt de 17 de Janeiro de 1970 (Série A, no. 11, p. 17, para. 31), ‘a justiça não deve apenas ser feita: ela também deve ser vista sendo feita’. Como a Corte de Cassação Belga observou (21 de Fevereiro de 1979, Pasicrisie 1979, I, p. 750), qualquer juiz que a seu respeito exista uma razão legítima para se temer uma falta de imparcialidade deve ser retirado. O que está em jogo é a confiança que as cortes de uma sociedade democrática devem inspirar no público e, acima de tudo, na medida em que o processo penal está em causa, no acusado [...]. (TEDH, [1984]/2016, § 26, tradução nossa).³³

Para a teoria da aparência, a imparcialidade é presumida (MAYA, 2014, p. 93) e um fato objetivo que coloque em dúvida a imparcialidade do juiz é suficiente para superar a presunção e cassar a decisão – o que é um controle *a posteriori* da imparcialidade: após a decisão, pelos fatos objetivos inferidos do processo, declara-se a nulidade do ato que não tenha sido realizado de forma imparcial. Na lição de Nereu Giacomolli, a teoria da aparência exige a “demonstração de circunstâncias fáticas justificadoras no plano concreto” e “O fato de o mesmo julgador ter proferido decisões anteriores, envolvendo a mesma causa, de per se não é suficiente à justificativa da falta de imparcialidade; há que ser averiguado o conteúdo do *decisum*.” (GIACOMOLLI, 2014, p. 235).

A teoria da aparência é – sem dúvida – um avanço no estudo da imparcialidade ao proporcionar que os atos judiciais objetivamente parciais sejam cassados; contudo, ela não garante plenamente um juízo imparcial, vez que o julgador que for hábil, de boa retórica, consegue aparentar imparcialidade e esconder suas intenções (tais como convicções políticas, preferências econômicas *etc.*). Em outras palavras, na teoria da aparência não há uma resposta quanto ao problema do julgador parcial que mascara seu discurso com a aparência de legalidade – lembrando, novamente, Rosa Maria Cardoso da Cunha: “a vagueza e ambiguidade das expressões legais viabilizam a redefinição dos sentidos normativos estabelecidos e, na hipótese de interpretação judicial, a adoção de linhas decisórias alternativas” (CUNHA, 1979, p. 82);

³³ “[...] even appearances may be important; in the words of the English maxim quoted in, for example, the Delcourt judgment of 17 January 1970 (Series A no. 11, p. 17, para. 31), ‘justice must not only be done: it must also be seen to be done’. As the Belgian Court of Cassation has observed (21 February 1979, Pasicrisie 1979, I, p. 750), any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused [...]”.

por isso, a legalidade, apesar de restringir o campo semântico em alguma medida, ainda permite um espaço interpretativo e argumentativo relativamente amplo, o que, somado com a aplicação desorientada dos princípios jurídicos e o ativismo judicial (STRECK, 2011b, p. 213-242; 2013, p. 22), proporciona um cenário em que o direito não garante a previsibilidade da decisão jurídica: nesse cenário, torna-se possível que a legalidade assuma um caráter mais retórico do que de justificação (sendo que tal situação não ocorre necessariamente de má-fé e que, como o ser humano não tem acesso consciente ao Id (NASIO, 1995, p. 22), existem situações em que o julgador nem mesmo tem como saber que seu inconsciente o inclina para uma decisão parcial).

Assim, o que a teoria da aparência proporciona não é necessariamente a garantia de um juiz imparcial, mas, em determinados casos concretos, uma melhor fiscalização das decisões judiciais para cassar as que objetivamente levantem dúvidas de imparcialidade.

Posto isso, destaca-se que nesta pesquisa ter-se-á como preocupação não só o controle *a posteriori* da imparcialidade do julgamento (controle dos atos concretos que objetivamente levantem dúvida de imparcialidade); considerando a psicologia e a dissonância cognitiva explicitar-se-á que a imparcialidade não é um atributo apenas do julgador, mas que ela é também um atributo do procedimento que, *a priori* ao julgamento do caso penal – em sua sequência legal em abstrato –, pode ser previsto para estimular o juiz a aproximar da meta de imparcialidade ou distanciá-lo.

Entendendo que a imparcialidade é meta, ela será considerada tanto princípio regente da sequência procedimental como característica da organização da estrutura procedimental; assim, que ela diz respeito tanto ao juiz como ao procedimento (ANDOLINA; VIGNERA, 1997). O objeto da pesquisa será a estrutura procedimental penal brasileira ordinária que transporta o acervo produzido na fase de investigação – pelo inquérito policial – para a fase de julgamento: buscar-se-á demonstrar que esse procedimento é parcial (provoca a distância do juiz ao réu e sua defesa) e que deve existir uma mudança em sua estrutura para excluir os autos do inquérito policial após o julgamento de admissibilidade da acusação. Para tanto, em seguida será analisada a pesquisa de Bernd Schünemann (2013), que explicitará a magnitude do prejuízo para a imparcialidade existente no procedimento que determina a presença dos autos da investigação preliminar na fase de julgamento.

3 A IMPOSSIBILIDADE DE IMPARCIALIDADE COM A PRESENÇA FÍSICA DO INQUÉRITO NA FASE DE JULGAMENTO: A PESQUISA DE BERND SCHÜNEMANN

Bernd Schünemann³⁴ publicou, em 1989, um ensaio chamado “Perseverance in courtroom decisions” em que conceituou que a “Perseverança pode ser descrita como a tendência de a informação que o decisor inicialmente considerou crucial para a decisão manter sua influência mesmo quando demonstra ser inútil ou irrelevante.” (SCHÜNEMANN; BANDILLA, 1989, p. 181, tradução nossa)³⁵ e observou que a alteração da situação do juiz no procedimento pode causar a alteração da intensidade de perseverança do decisor. No mesmo trabalho, o professor alemão relacionou o conhecimento que o julgador tem do material produzido na investigação preliminar com a caracterização de um sistema processual como inquisitório ou adversarial: “[...] o sistema inquisitório é caracterizado pelo juiz ter um completo conhecimento dos resultados das investigações preliminares, e, assim, de materiais que incriminam o acusado num caso de processo penal, antes do processo.” (SCHÜNEMANN; BANDILLA, 1989, p. 182, tradução nossa);³⁶ e:

O sistema adversarial é essencialmente caracterizado pelos registros das investigações preliminares não serem conhecidos pelos juízes ou membros do júri antes do processo e pela apresentação ou elucidação das provas durante o processo estarem em grande parte nas mãos do acusador público ou do advogado de defesa num processo criminal, e da competição das partes num caso civil. (SCHÜNEMANN; BANDILLA, 1989, p. 182, tradução nossa).³⁷

Num sistema inquisitório o decisor seria mais perseverante do que num sistema adversarial, conseqüentemente, o julgador perceberia as informações de maneira mais viciada naquele do que nesse (SCHÜNEMANN; BANDILLA, 1989, p. 190).

³⁴ Nascido em 1º de novembro de 1944 na cidade de Braunschweig, Alemanha, Bernd Schünemann doutorou-se pela Georg-August-Universität Göttingen, orientado por Claus Roxin, e é professor emérito de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito e sociologia do direito na Ludwig-Maximilians-Universität München (GRECO, 2013, p. 7).

³⁵ “Perseverance can be described as the tendency for information the decision maker initially considered crucial to a decision to retain its influence even when shown to be useless or irrelevant.”

³⁶ “[...] the inquisitory system is characterized by the judge having a thorough knowledge of results of pretrial investigation, and thus of material incriminating the accused in the case of a criminal trial, prior to trial.”

³⁷ “The adversary system is essentially characterized by the records of pretrial investigation not being known to judges or jury members prior to trial and by the presentation or eliciting of evidence during trial being largely in the hands of the public prosecutor or the defense attorney in a criminal trial, and of the competing parties in a civil case.”

Tal situação foi objeto de pesquisa mais profunda em “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?”;³⁸ nessa pesquisa, Schünemann fez pioneiro estudo empírico sobre a relação entre a imparcialidade do juiz e a estrutura procedimental que mantenha o material das investigações preliminares na fase de julgamento.

A análise da pesquisa de Schünemann é o objeto deste capítulo: primeiramente, será apresentada a teoria da dissonância cognitiva (marco teórico da pesquisa de Schünemann); em seguida, serão vistos seu objeto, hipóteses, metodologia e resultados. Por fim, após a realização da genealogia teórica e explicitação da pesquisa, serão feitas considerações críticas relacionando-a ao cenário brasileiro.

3.1 Premissas à compreensão da pesquisa: a teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger

Em setembro de 1954 o *Lake City Herald* divulgou uma notícia em que a senhora Marian Keech³⁹ anunciava que “seres superiores” de um planeta chamado Clarion (que se auto intitularam “Guardiões”) a informaram que a cidade de *Lake City* seria destruída pela inundação do *Great Lake* naquele mesmo ano, pouco antes do amanhecer de 21 de dezembro. A senhora Keech acumulou um grupo de seguidores crentes de sua previsão apocalíptica. Curioso pelo acontecimento, Leon Festinger se infiltrou no grupo para analisar os eventos. Com o nascer do Sol da manhã de 21 de dezembro de 1954 e a inexistência do cataclismo anunciado, ao invés de negar a profecia, os membros do grupo continuaram crentes do fim de *Lake City* e fizeram ainda mais previsões, na esperança de que ao menos alguma se concretizasse; nenhuma ocorreu e a senhora Keech, em resposta, disse que *Lake City* foi poupada por causa da luz emitida pelo grupo (FESTINGER; RIECKEN; SCHACHTER, [1956]/2008, p. 39-40, 158-162).

A perseverança da senhora Keech e dos demais membros do grupo em insistir na previsão do fim de *Lake City*, mesmo após os eventos que os refutaram, forneceram os elementos necessários para que o psicólogo social Leon Festinger criasse uma nova teoria do comportamento humano: a teoria da dissonância cognitiva.

Apresentada em “When prophecy fails” ([1956]/2008), a teoria foi melhor estruturada em “Teoria da dissonância cognitiva” ([1957]/1975). Nessa obra, Festinger propõe que o sujeito busca estar em harmonia consigo mesmo, e que, quando isso não ocorre, há um “desconforto

³⁸ Publicado no Brasil, primeiramente, pela *Revista Liberdades* (SHÜNEMANN, 2012) e, depois, como um dos capítulos da obra “Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito” (SHÜNEMANN, 2013).

³⁹ Pseudônimo de Dorothy Martin (ROLLS, 2015, p. 97).

psicológico”; a partir daí, ante esse incômodo, o sujeito age de maneira a reduzi-lo (FESTINGER, [1957]/1975, p. 11-12). Nas palavras do autor:

[...] a dissonância, isto é, a existência de relações discordantes entre cognições, é um fator motivante *per se*. Pelo termo cognição [...] entendo qualquer conhecimento, opinião ou convicção sobre o meio ambiente, sobre nós próprios ou o nosso comportamento. A dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução da dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome. (FESTINGER, [1957]/1975, p. 13).

Os elementos de cognição internalizados no aparelho psíquico relacionam-se entre si, estabelecendo relações irrelevantes ou relevantes (dissonância e consonância). Nessa relação, a realidade (ou percepção da realidade) exerce uma pressão no sujeito para que em seu aparelho psíquico exista uma correspondência entre esses elementos de cognição e essa realidade (FESTINGER, [1957]/1975, p. 19).⁴⁰

Em casos de relações irrelevantes, dois ou mais elementos não têm qualquer conexão entre si – por exemplo, se um time de futebol ganhou uma partida e se vai chover. Já nas relações relevantes, pode ocorrer a dissonância ou a consonância. Na dissonância dois elementos são incoerentes entre si, na conceituação de Festinger: “[...] dois elementos estão em relação dissonante se, considerados isoladamente, o inverso de um elemento decorrer do outro.” (FESTINGER, [1957]/1975, p. 21), é o caso daquele que deseja parar de fumar, mas continua comprando o cigarro. A consonância, por sua vez, é a relação harmônica entre elementos de cognição: ao invés de um implicar na oposição a outro, aqui, um deriva do outro; o exemplo pode ser o estudante que quer aprender e estuda.

O foco principal da pesquisa de Festinger, como o próprio nome de sua teoria indica, é a dissonância. Suas hipóteses básicas são:

1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância (FESTINGER, [1957]/1975, p. 12).

O incômodo causado pela dissonância será mais intenso quanto maior for a magnitude da dissonância. Quanto mais importância um elemento tiver para um sujeito, maior será o grau de dissonância entre os elementos e, conseqüentemente, maior será o desconforto psicológico existente e maior será a pressão para reduzi-lo. Para combater essa situação, o indivíduo buscará

⁴⁰ O autor não se ocupou casos em que a realidade não possui alta importância para o sujeito, como nos autistas.

mudar os elementos de cognição, e, para isso, ele poderá, exemplificativamente: mudar seu comportamento – como parar de jogar pôquer ao perceber que já está endividado; alterar o ambiente – como mudar de um apartamento barulhento; ou adicionar novos elementos de cognição – como o religioso que em contato com elementos de cognição que vão contra sua crença, lê assiduamente algum livro que ele considere sagrado (FESTINGER, [1957]/1975, p. 23-30).

Na existência de dissonância estão presentes pressões que estimulam o sujeito a reduzi-la, contudo, a mudança pode ser bem-sucedida ou não. Há causas que provocam a resistência à mudança do elemento cognitivo, e, “a resistência à mudança do elemento cognitivo é idêntica à resistência à mudança do comportamento refletido por esse elemento, supondo-se que a pessoa mantém contato com a realidade” (FESTINGER, [1957]/1975, p. 31). A principal causa de resistência é a correspondência à realidade: os elementos cognitivos são mais fortes quando correspondentes à realidade, havendo elevada correspondência é difícil alterar o elemento cognitivo – se vemos o céu azul, é pouco provável que deixemos de o considerar azul; a resistência também existe quando a mudança é dolorosa, como o fumante que deixa de fumar e fica em crise de abstinência; podem existir elementos outros conexos com o que está em dissonância que dificultam a mudança, e, como o novo comportamento implica na mudança com os demais elementos relacionados, a alteração é dificultada – exemplo é aquele que continua a conviver com alguém indesejado porque esse alguém faz parte do mesmo grupo de amigos, afastar-se do sujeito indesejado (o que diminuiria a dissonância) implica no afastamento do grupo de amigos; ou a mudança do elemento cognitivo pode ser simplesmente impossível para o sujeito, mesmo que temporariamente, como no caso de um pai que não gosta da forma como trata os filhos mas não conhece outra maneira de comportamento (FESTINGER, [1957]/1975, p. 31-32).

Além disso, o sujeito não busca apenas diminuir ou extinguir a dissonância, ele também faz esforços – conscientes ou não – para impedir o aumento da dissonância: quando novos elementos cognitivos são colocados ao acesso do sujeito, esse busca aqueles que aumentam sua consonância e evita aqueles que possam aumentar sua dissonância (FESTINGER, [1957]/1975, p. 35).

Em linhas gerais, a teoria da dissonância cognitiva de Festinger parte dos enunciados básicos que: os elementos cognitivos podem ser incongruentes, o que provoca dissonância; a dissonância causa pressões para reduzir e evitar o desconforto psíquico; por causa dessas pressões, o sujeito altera seu comportamento, sua visão de mundo e sua exposição a novas informações.

Com base nessas premissas, Festinger realizou importantes pesquisas teóricas e empíricas de aplicação de sua teoria. São altamente relevantes para a compreensão desse trabalho, além do já exposto, os aspectos referentes aos problemas que surgem após a tomada de decisão.

Quando se toma uma decisão, entra-se em dissonância. No caso da escolha entre duas opções, a escolha por uma faz com que a preterida continue recalçada⁴¹ – o desejo por ela ainda está ali.

Após a decisão, para evitar o desconforto psíquico, o sujeito vai buscar elementos consonantes com sua escolha e evitar os dissonantes, o resultado será que “o indivíduo começará a alterar a cognição de modo que as alternativas que antes eram quase igualmente atraentes deixem de sê-lo.” (FESTINGER, [1957]/1975, p. 37-38).

Tudo o que levaria a uma decisão diferente da efetuada é dissonante com a ação realizada; quanto maior o grau de importância da decisão, maior o grau de dissonância; e, após empreender a decisão, o sujeito estará comprometido com sua escolha (FESTINGER, [1957]/1975, p. 40-43).

Num momento pós-decisório, de modo a reduzir a dissonância, o indivíduo buscará ao menos uma entre três ações: poderá mudar ou revogar psicologicamente sua decisão; poderá alterar a atração por uma das alternativas; e poderá realizar a sobreposição cognitiva. No caso de mudança de decisão, quando isso for possível, ocorre a inversão da escolha; nessa opção, não necessariamente o problema da dissonância será solucionado, vez que, nesse caso, é a alternativa antes escolhida e agora preterida que provocará a pressão e a dissonância; na opção da revogação psicológica, a pessoa admite que fez a escolha errada ou entende que não tinha de fato escolhido alguma – por colocarem novamente o indivíduo diante da escolha, e da dor que ela pode carregar, essas duas opções são mais raras na redução da dissonância. O mais comum é a alteração da atração por uma ou ambas as alternativas, aqui o indivíduo aumenta os elementos consonantes à escolha feita e diminui os elementos dissonantes. Por fim, na sobreposição cognitiva o indivíduo descobre ou cria semelhanças entre as vantagens da alternativa escolhida e da preterida (FESTINGER, [1957]/1975, p. 45-50).

⁴¹ Nasio conceitua o recalçamento como “[...] um espessamento de energia, uma capa de energia que impede a passagem dos conteúdos inconscientes para o pré-consciente.” (1995, p. 22) e diz que “Ora, essa censura não é infalível: alguns elementos recalçados vão adiante, irrompem abruptamente na consciência, sob forma disfarçada, e surpreendem o sujeito, incapaz de identificar sua origem inconsciente. Eles aparecem na consciência, portanto, mas permanecem incompreensíveis e enigmáticos para o sujeito.” (1995, p. 22).

Visto isso, torna-se possível tratar daquele que será um dos pontos da teoria da dissonância cognitiva mais importantes para a compreensão da pesquisa de Schünemann: a exposição voluntária e involuntária à informação.

Conforme Festinger, na exposição voluntária à informação, bem como na evitação voluntária: “A presença ou ausência de dissonância em alguma área particular de conteúdo terá importantes efeitos sobre o grau de busca de informação e sobre a seletividade dessa busca de informação” ([1957]/1975, p. 118-119). No caso de ausência de dissonância, o grau de busca de informação será baixo. Existindo dissonância moderada, a pressão para reduzi-la faz com que o indivíduo (inconscientemente ou conscientemente) aja de forma a aumentar os elementos de cognição consonantes com a escolha já feita; para isso, ele buscará informações de fontes que ele espera que confirmem as expectativas que criou e, para não aumentar a dissonância, ele evitará, e mesmo ignorará, as fontes de informação que ele imagina que serão dissonantes com sua decisão primeira. Se o caso for de dissonância extrema (como quando o indivíduo está perto de perceber o erro de sua decisão) o sujeito buscará intensamente novas informações dissonantes, o que, conseqüentemente, aumentará o grau de dissonância e fará com que ele dê o último passo na alteração da visão sobre sua escolha; aqui, mesmo novas informações consonantes não são suficientes para superar a pressão dos elementos dissonantes, assim, nesse caso, existe intensa busca por informações dissonantes e pouca busca por informações consonantes (FESTINGER, [1957]/1975, p. 118-123).

No caso de exposição involuntária à informação, além das formas já mencionadas para tentar reduzir a pressão causada pela dissonância, a pessoa utiliza também outros mecanismos de defesa para impedir que o novo elemento de cognição seja internalizado no aparelho psíquico. Festinger, com base num experimento de Cooper e Jahoda, demonstra alguns desses mecanismos. No experimento, pessoas com determinados preconceitos são colocadas em contato involuntário com uma propaganda contra o preconceito; foram observadas as seguintes reações: a pessoa procurou não se identificar com os casos de preconceito contidos na propaganda; aceitou-se parte da mensagem, mas internamente a refutou; ou, o indivíduo percebeu a informação da propaganda de maneira distorcida – em função dos seus preconceitos já existentes, o sujeito interpretou o material de uma forma alterada tal a ponto de passar a ser consonante com suas opiniões⁴² (FESTINGER, [1957]/1975, p. 125-127).

Tudo isso demonstra que, para evitar o desconforto psicológico, o sujeito expõem-se voluntariamente apenas a fontes de informação que ele tem expectativa que fornecerão

⁴² Esses exemplos de mecanismos não são exaustivos e a eles podem ser somados quaisquer outros que diminuam ou impeçam o aumento da dissonância.

elementos cognitivos consonantes com sua decisão já feita, bem como que ele evitará fontes de informação que espera que forneçam elementos cognitivos dissonantes; e ainda que, no contato involuntário com a informação, o indivíduo agirá de forma a tentar reduzir a dissonância e impedir que elementos dissonantes sejam internalizados no aparelho psíquico.

Esses, junto aos demais apresentados neste item, são os aspectos da teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger fundamentais para a compreensão da pesquisa Bernd Schünemann.

3.1.1 A versão reformulada de Martin Irle

Em sua pesquisa, Schünemann expressamente adota a teoria da dissonância cognitiva de Leon Festinger, mas a adota na reformulação de Martin Irle (SCHÜNEMANN, 2013, p. 208). Essa reformulação é o objeto deste tópico.⁴³

Conforme o próprio Irle (FREY; IRLE et al., 1982), são quatro os pontos mais importantes da reformulação.

Primeiro: na versão original da teoria da dissonância cognitiva não era muito bem explicado como ocorreriam as relações entre os elementos cognitivos que os colocariam como irrelevantes, consonantes ou dissonantes entre si. Irle, para melhor explicar isso, apresenta o conceito de “hipótese”: “[...] sempre que uma pessoa espera um evento decorrente de outro, ele/ela podem dizer que têm uma hipótese implícita sobre a sua inter-relação. Esta hipótese constitui uma ‘terceira cognição’, e sua violação é a condição necessária e suficiente para a ocorrência de dissonância.” (FREY; IRLE et al., 1982, p. 300-301, tradução nossa);⁴⁴ numa relação existiriam pelo menos três elementos de cognição: o elemento X, o elemento Y, e a hipótese H sobre a relação entre os elementos X e Y. A violação da hipótese do sujeito sobre a relação entre elementos de cognição é que provocaria a dissonância – exemplo: uma pessoa tem a opção por comprar um automóvel Mercedes-Benz (elemento X) ou um Volkswagen (elemento Y); supondo que, em sua concepção, o primeiro lhe daria mais luxo e o segundo teria melhor preço; caso ela escolha pelo primeiro, terá formulado a hipótese (H) de que é preferível para ela o Mercedes-Benz ao Volkswagen; se, posteriormente, ela se deparar com uma notícia que apresente a existência de um modelo da Volkswagen com um luxo próximo ao do

⁴³ Existem outras formulações da dissonância cognitiva (COOPER, 2007) (KAHNEMAN, 2012); mas nesse trabalho optou-se por analisar apenas os marcos teóricos de Schünemann, em função de a sua pesquisa ser o foco do estudo do capítulo.

⁴⁴ “[...] whenever a person expects one event to follow from another, he/she can be said to have an implicit hypothesis concerning their inter-relation. This hypothesis constitutes a ‘third cognition’, and its violation is the necessary and sufficient condition for dissonance to occur.”

Mercedes-Benz e com melhor preço, a hipótese de a Mercedes-Benz ser a melhor escolha pode ser abalada e, a partir daí, a pessoa estará em dissonância.

Segundo: na versão original a resistência à mudança seria proporcional à magnitude da dissonância. Na versão de Irle as duas categorias são separadas e a magnitude passa a ser uma probabilidade subjetiva ligada à violação da hipótese – a magnitude da dissonância será tão maior quanto maior tiver sido a violação à hipótese (FREY; IRLE et al., 1982, p. 301).

Terceiro: na versão reformulada a resistência à mudança não é analisada apenas na relação entre elementos de cognição isoladamente considerados, toda a implicação que a alteração do elemento de cognição vá causar no aparelho psíquico é considerada – se há a mudança de um elemento de cognição, essa mudança pode provocar uma nova dissonância com um elemento que antes era irrelevante na relação. Assim, a resistência à mudança não deve ser mensurada apenas pelas relações inicialmente relevantes, mas por todas as dissonâncias que essa alteração possa provocar (FREY; IRLE et al., 1982, p. 301-302).

Quarto: com Irle são desenvolvidas pesquisas relacionando a dissonância cognitiva com a teoria da atribuição, a teoria da comparação social, a teoria da percepção e a teoria da curiosidade e comportamento exploratório (FREY; IRLE et al., 1982, p. 302) – isso fez com que ampliassem em demasia as pesquisas da psicologia social relacionadas à teoria da dissonância cognitiva.

Esses são os pontos mais importantes da reformulação de Martin Irle. Não se tem aqui a pretensão de exaurir todo o estudo já realizado sobre a teoria da dissonância cognitiva (até por ser impossível exaurir qualquer teoria em ciência, pois sempre podem existir novos problemas e novas análises das teorias). Todas as explicações deste item (3.1) ocorreram para apresentar ao leitor os pontos centrais das propostas de Festinger e de Irle e em função de serem o marco teórico da pesquisa de Bernd Schünemann; agora, torna-se possível analisar seu experimento, suas hipóteses e suas conclusões.

3.2 Objeto da pesquisa de Schünemann

Percebe-se que o marco teórico de Schünemann – a teoria da dissonância cognitiva – é uma teoria do comportamento humano sobre as escolhas e a manutenção ou modificação das escolhas do sujeito; a partir dela, o professor alemão pesquisou o seguinte problema:

[...] o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitória na audiência e por ocupar, de facto, a posição de parte contrária do acusado que nega os fatos, não está impedido de realizar uma

avaliação imparcial, isto é, de processar as informações de forma adequada, ou se, pelo contrário, esse juiz não acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar, os quais foram construídos em regra de modo unilateral, porque quase exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contêm uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 207).

Dito de outro modo: o juiz que julgará o mérito do caso penal que tenha contato com as investigações preliminares tem como ser imparcial?

3.3 Hipóteses⁴⁵

Baseando-se na teoria da dissonância cognitiva, como hipótese principal, Schünemann formula:

[...] uma vez que a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-lo na audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consonantes e menosprezar as informações dissonantes. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 208).

A partir dela, são elaboradas quatro hipóteses decorrentes: primeira, se o juiz, antes da audiência, tiver conhecimento dos autos ele condenará mais frequentemente do que o juiz que não tenha esse conhecimento; segunda, caso o juiz conheça os autos, ele apresentará erros no armazenamento de informações que contradigam os autos; terceira, os erros no armazenamento de informações são diminuídos se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos de prova; quarta, caso o juiz conheça os autos previamente, na audiência ele formulará mais perguntas aos sujeitos de prova do que caso não conhecesse os autos.

A primeira e segunda hipóteses cuidam da perseverança na imagem inicial dos fatos causados pela exposição do julgador ao material das investigações preliminares e como ele lidará com as informações relacionadas a essa imagem; a terceira cuida da atenção do juiz quando ele pessoalmente argui os sujeitos de prova; a quarta cuida da intensidade da exposição voluntária à informação. Na análise dessas hipóteses, Schünemann diz que pela união da segunda e quarta hipóteses supõem-se que “[...] a busca de informações quantitativamente mais

⁴⁵ Como o foco do presente trabalho é a relação entre a imparcialidade e a presença dos autos da investigação preliminar na fase de julgamento, não serão analisadas as investigações de Schünemann sobre o efeito aliança feitas com base na teoria da comparação social que, apesar de serem relevantes para o estudo geral do processo penal, não fazem parte do recorte temático da dissertação.

intensa de modo algum traz consigo uma melhora qualitativa no processamento das informações” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 209).

3.4 Metodologia da pesquisa: operacionalização

A metodologia é composta pelo marco teórico e pela operacionalização da pesquisa (GALUPPO, 2002, p. 84-85) – o marco teórico já foi exposto no item 3.1 deste trabalho; tratar-se-á agora da operacionalização.

Para testar as hipóteses, Schünemann realizou um experimento com 58 juízes criminais e promotores da Alemanha.

Nesse experimento foram estipuladas as variáveis “conhecimento dos autos” e “direitos de inquirição em audiência”. Os juízes e promotores foram colocados em conjunto e divididos em quatro grupos: conhecimento dos autos e direitos de inquirição em audiência (1); não conhecimento dos autos e direitos de inquirição em audiência (2); conhecimento dos autos e inexistência do direito de inquirição em audiência (3); e não conhecimento dos autos e inexistência do direito de inquirição em audiência (4).

O “material de estímulo” foi construído com base em um processo real do crime de libertação de preso⁴⁶; “tratava-se de um processo que estava absolutamente em aberto, no qual era possível, sem erro técnico, tanto absolver, quanto condenar.” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 209).

Todos os participantes tiveram, em relação às variáveis de seus grupos, idêntico acesso às informações.

Aqueles que tiveram “conhecimento dos autos” receberam, por escrito, uma versão dos autos da investigação preliminar. Aqueles que tinham “direitos de inquirição na audiência” formulavam suas perguntas a um programa de computador que tinha respostas pré-programadas (duas perguntas sobre o mesmo fato, de dois participantes distintos, tinham a mesma resposta). Os em que “inexistia o direito de inquirição na audiência” recebiam, pela tela do computador, desde o início, todas as perguntas e respostas.

Ao longo da pesquisa, foram anotadas a quantidade de perguntas formuladas pelos participantes que poderiam inquirir em audiência; no fim, o participante deveria proferir uma sentença fundamentada; e, depois da aplicação das variáveis, foi feita uma sequência de

⁴⁶ § 120 do Código Penal alemão.

perguntas aos juízes e promotores para saber quanto de informação foi percebida e armazenada da audiência.

3.5 Resultados

O grupo “conhecimento dos autos” e “direitos de inquirição em audiência” (1) foi composto por 8 juízes e 6 promotores; o grupo “não conhecimento dos autos” e “direitos de inquirição em audiência” (2) foi composto por 11 juízes e 6 promotores; o grupo “conhecimento dos autos” e “inexistência do direito de inquirição em audiência” (3) foi composto por 9 juízes e 5 promotores; e o grupo “não conhecimento dos autos” e “inexistência do direito de inquirição em audiência” (4) foi composto por 7 juízes e 6 promotores.

As sentenças proferidas pelos participantes foram organizadas em tabela:

Tabela 1 – Sentenças proferidas

	Direitos de inquirição em audiência		Inexistência do direito de inquirição em audiência	
	Juízes	Promotores	Juízes	Promotores
Conhecimento dos autos	8 (C)	2 (C)	9 (C)	1 (C)
	0 (A)	4 (A)	0 (A)	4 (A)
Não conhecimento dos autos	3 (C)	1 (C)	5 (C)	1 (C)
	8 (A)	5 (A)	2 (A)	5 (A)

A: absolvição; C: condenação

Fonte: SCHÜNEMANN, 2013, p. 211.

Os resultados são significativos – especialmente na análise do julgamento dos juízes. Analisando-se a variante “conhecimento dos autos”, absolutamente todos os juízes que tiveram conhecimento dos autos da investigação preliminar condenaram; os juízes que não tiveram esse conhecimento absolveram em 56% das vezes e condenaram em 44%. O caso era o mesmo, a única variável era o conhecimento dos autos da investigação preliminar.

A primeira hipótese, de que o juiz que tem conhecimento dos autos da investigação preliminar condena com mais frequência do que o que não tem esse conhecimento, foi confirmada.

Para a avaliação da segunda hipótese (de que o juiz que tem conhecimento dos autos da investigação preliminar apresenta erros no armazenamento das informações que contradigam os autos), analisou-se o teste feito após a realização da sentença, em que os participantes responderam a perguntas sobre as informações da audiência. Os participantes com conhecimento dos autos da investigação preliminar acertaram, em média, a 6,59 respostas de 11 perguntas. Os participantes sem o conhecimento dos autos acertaram uma média de 7,69 das mesmas 11 perguntas (SCHÜNEMANN, 2013, p. 212).

Os resultados confirmam a segunda hipótese: para não aumentar a dissonância, os decisores que tomaram conhecimento dos autos da investigação preliminar não perceberam nem armazenaram corretamente as informações da audiência, só perceberam e armazenaram os elementos incriminadores consonantes com a imagem criada pelo seu contato anterior com os autos da investigação preliminar.

A terceira hipótese é que a memorização do juiz é melhor se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos de prova em audiência. Nas respostas às perguntas posteriores à sentença, os participantes que não tiveram o direito de inquirição em audiência acertaram a média de 6,33 respostas frente a 8,65 acertos do que tiveram esse direito – aqueles que não tiveram conhecimento dos autos e tiveram o direito de inquirir os sujeitos de prova acertaram 9,25 na média, sendo esse o grupo que melhor memorizou as informações da audiência (SCHÜNEMANN, 2013, p. 212). Assim, a terceira hipótese também foi confirmada.⁴⁷

Na quarta hipótese, formulou-se que o juiz que conhece os autos previamente faz mais perguntas do que se não conhecesse os autos. Dentre os participantes que conheciam os autos da investigação e tinham o direito de inquirir em audiência, os que condenaram realizaram uma média de 11,4 perguntas, os que absolveram uma média de 4,75 perguntas. Dentre os participantes que não tinham conhecimento dos autos da investigação e tinham o direito de inquirir em audiência, os que condenaram realizaram a média de 7,25 perguntas, e os que absolveram a média de 2,69 perguntas. A quarta hipótese foi confirmada e, considerando que o subgrupo que absolveu tendo apenas o direito de inquirição em audiência foi o que apresentou

⁴⁷ Aqui faz-se mister observação especial. A melhor memorização do juiz não tem a menor relevância se isso implica na perda de legitimidade da decisão jurídica. O juiz, quando assume uma postura ativa na audiência, acaba por romper com o princípio acusatório: o art. 386, VI, do CPP, impõe que no caso de dúvida o juiz deve absolver o réu (*in dubio pro reo*); assim, o juiz ativo que parte em busca de provas está é negando absolver pela dúvida e assumindo a posição de investigador que quer elementos que confirmem a sua hipótese de não absolver, ou seja, de condenar. “Não existe investigador imparcial – que não se exija, sobre-humanamente isto de alguém. Independente de estar desconfiado ou não da culpa do acusado [...] o juiz investindo na direção de agregar ou aprofundar meios de prova que foram ou não levantados pelo órgão acusador, verificado estará o mesmo tipo de comprometimento psicológico atinente ao poder do próprio juiz de iniciar o processo.” (AMARAL, 2014, p. 188). Mais esclarecimentos quanto a isso serão dados no capítulo 4 deste trabalho.

a melhor memorização e que o subgrupo que condenou tendo conhecimento dos autos e o direito de inquirir em audiência apresentou a pior memorização, “Pode-se daí concluir que a quantidade de perguntas nada tem a ver com a qualidade do processamento de informações e que a formulação de perguntas serve mais para a autoconfirmação da hipótese inicial do que para uma melhora do processamento de informações.” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 212).

O resultado de todo o experimento pode ser sintetizado em uma frase de Schünemann: “o juiz, com conhecimento dos autos, continua a operar como instância que investiga e decide” (2013, p. 221).

Explicitada a pesquisa de “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?”, torna-se possível realizar algumas primeiras considerações críticas a ela, relacionando-a ao cenário brasileiro.

3.6 Considerações sobre a pesquisa de Schünemann

Para cumprir a imparcialidade, o juiz deve ser um terceiro equidistante às partes na análise do caso objeto do processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 40); uma estrutura procedimental que mantenha os autos da investigação preliminar na fase de julgamento faz com que o juiz se atenha à imagem formada pelo seu contato inicial com esses autos – construídos, em regra, apenas pela polícia e pela acusação –; com isso, essa estrutura torna o juiz não um terceiro imparcial, mas sim um sujeito comprometido psicologicamente com as hipóteses e elementos condenatórios produzidos na investigação preliminar, o que corrompe significativamente a imparcialidade do procedimento e do juiz: essa é a principal consideração a ser feita sobre a pesquisa de Schünemann.⁴⁸

A atuação na investigação preliminar é protagonizada pela polícia e pela acusação, assim, as hipóteses e os elementos de prova buscados por esses órgãos na fase de investigação serão aqueles condizentes com suas expectativas, pois toda “*expectativa antecipa um preenchimento*” (CUNHA MARTINS, 2010, p. 11). A própria notícia do crime que dá ensejo ao início da investigação é uma hipótese sobre o acontecimento de um fato. É sobre essas hipóteses construídas pelo noticiante, pela suposta vítima ou seu representante, pelos órgãos de investigação ou pela acusação que a investigação preliminar se realiza. O juiz, por exemplo,

⁴⁸ A pesquisa de Schünemann mostra que o simples contato do juiz da fase de julgamento com o acervo produzido na investigação já interfere na imparcialidade do juiz – o que vai além da Corte Constitucional italiana que, por exemplo, na sentença n. 131 (ITÁLIA, 2016a) considerou que deve existir uma decisão do juiz sobre a matéria objeto do processo para existir o comprometimento de sua imparcialidade nas decisões futuras.

para decidir sobre uma medida cautelar, para autorizar o aumento do prazo para a realização da investigação, para analisar a justa causa de uma ação penal⁴⁹ ou para formar sua convicção (art. 155 do CPP (BRASIL, [1941]/2016b), tem contato com o material da investigação preliminar que contém hipóteses e elementos condenatórios que foram produzidos sem a participação da defesa. Esses elementos de cognição produzidos na investigação preliminar – principalmente – pela polícia e pela acusação serão os primeiros que o juiz terá contato (por serem produzidos antes dos demais atos do procedimento ou mesmo por estarem anexados à acusação e, portanto, se situarem em espaço anterior às demais peças dos autos do processo, sendo lidos frequentemente primeiro) e conduzirão o julgador a criar hipóteses sobre os fatos (e a entrar em dissonância cognitiva) antes de seu contato com a prova produzida em contraditório.

Na fase de julgamento, para não sofrer o desconforto psicológico resultante da dissonância cognitiva, o julgador buscará a confirmação de sua hipótese construída com base na investigação preliminar; por isso, ele analisará de forma seletiva a informação, aceitando elementos consonantes com sua escolha e evitando elementos dissonantes.

Tanto na estrutura procedimental alemã (objeto da pesquisa de Schünemann) quanto na brasileira, o juiz tem contato com todo o material resultado da investigação preliminar, o que faz com que, em ambas, o juiz seja um “terceiro manipulado” pelas hipóteses e elementos condenatórios produzidos por aqueles que têm um desejo de punição; isso provoca a inclinação do juiz para uma hipótese condenatória antes mesmo de o réu ter a oportunidade de se defender: antes do processo já se tem a decisão; todo o processo torna-se uma discussão das hipóteses feitas através do inquérito. No julgamento, a defesa que busca a absolvição passa a ter missão de superar não apenas a acusação como também a própria dissonância cognitiva do julgador que teve contato com o inquérito. Não há como essa estrutura proporcionar a equidistância que configura a imparcialidade. Não há, assim, como essa estrutura ser adequada ao Estado Democrático de Direito.

Com a pesquisa de Schünemann foi explícito que para uma estrutura procedimental ser imparcial e potencializar a imparcialidade do juiz deve existir a exclusão física dos autos das investigações preliminares da fase de julgamento. Esse tema será aprofundado no capítulo 6 deste trabalho. Antes, deve-se pesquisar a proveniência dessa estrutura e o porquê de ainda não ter existido a sua modificação no Brasil, para tanto, é necessário compreender como o poder opera por meio da estrutura mista do processo penal – apenas com essa compreensão será possível superar esse procedimento.

⁴⁹ Sobre a justa causa, vide: Marinho Marques (2006).

4 O PORQUÊ DE OS AUTOS DO INQUÉRITO ESTAREM PRESENTES NA FASE DE JULGAMENTO: PRÓLOGO

Não se pode encarar a presença do inquérito na fase de julgamento como se fosse uma “ideia inata” ou um acidente do destino. Existe um porquê de a estrutura do procedimento penal ser como é e, como disse Franco Cordero, “A melhor maneira de dismantlar uma ‘ideia inata’ é mostrar como ela foi feita” (1972, p. 60, tradução nossa).⁵⁰ Essa é a pretensão dos próximos dois capítulos; utilizando-se a genealogia do poder de Michel Foucault, analisar o poder-saber inquisitório, explicar o porquê de ele ter surgido e a forma que as relações de poder operaram e operam por meio do inquérito (capítulo 4) e da estrutura mista do processo penal que transporta o acervo da investigação preliminar para a fase de julgamento (capítulo 5).⁵¹

Roberto Machado identifica três fases da obra de Foucault: a da arqueologia do saber,⁵² a da genealogia do poder e a da genealogia do “governo de si” e do “governo dos outros”⁵³ (MACHADO, 2015). Nesta pesquisa, utilizar-se-ão os textos da segunda fase do autor (genealogia do poder), marcada com livros como “Vigiar e punir” ([1975]/2008) e “História da sexualidade 1: a vontade de saber” ([1976]/2015a), em que o foco dos trabalhos não é “como” os saberes se formaram, mas o “porquê”; nessa fase, o objetivo de Foucault:

[...] não é principalmente descrever as compatibilidades e incompatibilidades entre saberes a partir da configuração de suas positivities; o que pretende é, em última análise, explicar o aparecimento de saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que, imanentes a eles – pois não se trata de considerá-los como efeito ou resultante –, os situam como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica. (MACHADO, 2015, p. 11).

⁵⁰ “The best way of dismantling an ‘innate idea’ is to show how it was made”.

⁵¹ Na lição de Leonardo Augusto Marinho Marques: “Renunciar ao estudo da inquisitorialidade significaria renunciar à compreensão da nossa formação histórica. Não há como reformar o processo penal sem dialogar com a nossa tradição.” (2013, p. 18).

⁵² Iniciada com “História da loucura na idade clássica” (1978) (publicada primeiramente como “Folie et Dérison” em 1961) e chegando ao ápice com “A arqueologia do saber” ([1969]/2014a), a arqueologia do saber “[...] descreve os discursos como práticas especificadas no elemento do arquivo” (FOUCAULT, [1969]/2014a, p. 161), e o arquivo “É o sistema geral da formação e da transformação dos enunciados.” (FOUCAULT, [1969]/2014a, p. 159), sendo os enunciados, por sua vez, “[...] uma função que se exerce verticalmente, em relação às diversas unidades, e que permite dizer, a propósito de uma série de signos, se elas estão aí presentes ou não.” (FOUCAULT, [1969]/2014a, p. 105); nesta fase, pela arqueologia do saber, Foucault procura delimitar as especificidades do discurso, aquilo que o individualiza, não com o foco no criador do discurso como fundamento e princípio da unidade da obra, mas com o foco nas práticas discursivas, não sendo analisados apenas os discursos oficiais, mas também o silêncio, a arqueologia “[...] é a descrição sistemática de um discurso-objeto.” (FOUCAULT, [1969]/2014a, p. 7-9, 169-171) – com a arqueologia foi proporcionado o entendimento de como se formou, se praticou e se pratica um discurso. Sobre a arqueologia do saber, vide: Machado (1982).

⁵³ Esta terceira fase (iniciada com “Subjetividade e verdade” ([1980]/2011b) e que é focada nos modos da relação do indivíduo consigo mesmo), em função da morte de Michel Foucault, ficou inconclusa e, como disse Roberto Machado “sendo a investigação de alguém que, pondo sempre em questão as evidências, escrevia para ser diferente do que era e modificar o que pensava, é impossível apontar em que direção ele seguiria” (MACHADO, 2015, p. 34).

A genealogia é uma metodologia de análise das relações de poder (FOUCAULT, [1976]/2015b, p. 282-289). Com ela será possível explicar as condições de surgimento do saber inquisitório, da estrutura mista e de sua manutenção no Brasil. Essa análise permitirá o enfrentamento dos efeitos do poder desses discursos e contribuirá para a necessária ruptura com o poder-saber inquisitório.

Apenas com o entendimento da dinâmica do poder é possível compreender o surgimento do saber, sua manutenção e transformação; para tanto, é fundamental a contribuição de Foucault sobre o poder-saber e a genealogia do poder.

4.1 O poder-saber e a genealogia do poder em Michel Foucault

Michel Foucault concentrou suas preocupações sobre o poder nos efeitos de seu exercício (CALVET DE MAGALHÃES, 2008) (MACHADO, 2015, p. 12); por isso, o autor, em sua análise do sistema penal em “Vigiar e punir” ([1975]/2008), por exemplo, vai se dedicar mais à análise da prisão do que à análise da teoria da lei penal. Essa preocupação centralizada nas práticas dos discursos, e não em suas razões oficiais, orienta toda a construção foucaultiana sobre o poder-saber e a genealogia do poder.

Segundo o professor francês: “o poder não se dá, não se troca nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação, [...] o poder não é principalmente manutenção e reprodução das relações econômicas, mas acima de tudo uma relação de força.” (FOUCAULT, [1976]/2015b, p. 274). Esse poder – que é relacional – não é apenas repressivo, ele também provoca o prazer, constrói coisas e cria o saber (FOUCAULT, [1977]/2015b, p. 45)⁵⁴; além disso, “por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder” (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 56). Para Foucault, são as relações de poder que criam o saber – entendido como as “possibilidades de utilização e de apropriação oferecidas pelo discurso” (FOUCAULT, [1969]/2014a, p. 220) –; e o saber, por sua vez tem uma função estratégica nas relações de poder (MACHADO, 2015, p. 27-28). Segundo Foucault:

Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder. [...] não é a atividade do sujeito de conhecimento que produziria um saber, útil ou

⁵⁴ “[...] o poder produz; ele produz o real; produz domínios de objeto e rituais de verdade.” (MACHADO, 1982, p. 193).

arredio ao poder, mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento.” (FOUCAULT, [1975]/2008, p. 27).

As regras de discurso demarcam formalmente o poder, que provocará efeitos com base num regime de verdade que estabelece as obrigações dos sujeitos na produção do verdadeiro (FOUCAULT, [1980]/2011a, p. 77-78); “Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. [...] somos obrigados ou condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la.” (FOUCAULT, [1976]/2015b, p. 278).

O poder relaciona-se diretamente com a construção da verdade – entendida como “conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder” (FOUCAULT, [1977]/2015b, p. 53-54) –: é o poder-saber que produz e sustenta a verdade; a verdade é produzida, assim, a partir de uma relação de força. Pela dominação, em suas múltiplas formas (pelo direito, pela educação, pela psiquiatria, etc.), a produção da verdade está conectada com o exercício do poder (FOUCAULT, [1976]/2010, p. 45-46); para Foucault “o interesse é posto radicalmente antes do conhecimento e subordina-o a si como um simples instrumento;” (FOUCAULT, [1971]/2014c, p. 178, 196-197, 205-206).

O poder – que cria o saber – opera pelo discurso,⁵⁵ que é uma série de acontecimentos “através dos quais o poder é vinculado e orientado” (FOUCAULT, [1978]/2003, p. 253-254); é o discurso que articula o poder e o saber (FOUCAULT, [1976]/2015a, p. 109). Sem preocupar-se com o sujeito falante, Foucault preocupa-se com a função que determinado discurso desempenhou ou desempenha nas relações de força e com os fatores externos que possibilitaram seu surgimento; e aqui se faz presente a genealogia do poder.

Como o próprio Foucault afirma (2015b, p. 55), sua genealogia do poder parte de Nietzsche. Nietzsche, na visão de Foucault, recusa à genealogia um papel de pesquisa da origem (*ursprung*), como se existisse uma “identidade ainda preservada da origem” que fosse acessível a um pesquisador de uma história linear e finalística, que se situaria num presente maior que o passado. Para o professor francês, a genealogia é a pesquisa da proveniência (*herkunft*), que é a pesquisa das marcas singulares, das redes complexas que alteraram e diferenciaram o corpo do indivíduo; e também é a pesquisa da emergência (*entstehung*), que é a pesquisa do surgimento das relações de dominação (FOUCAULT, [1976]/2015b, p. 55-86) (CALVET DE MAGALHÃES, 1987, p. 70-71).

⁵⁵ Vide a nota 52.

Em Foucault, a genealogia do poder é uma metodologia de análise das relações de poder. Essa metodologia possui cinco precauções fundamentais: primeira, analisar o exercício do poder em suas extremidades, focando-se em suas consequências e técnicas; segunda, não analisar o poder em suas intenções declaradas, mas sim em suas práticas reais; terceira, não enxergar o poder como a dominação exclusiva e estática de um grupo sobre outro, mas enxergá-lo como algo que circula, que é exercido em rede, algo que passa pelo indivíduo, que sofre, mas também exerce, em alguma medida, o poder; quarta, não visar o discurso oficial hierarquizado, mas considerar o silêncio dos excluídos, dos dominados; quinta, observar como o poder é exercido pelos mecanismos de criação do saber, tais como técnicas de registro e o procedimento do inquérito (FOUCAULT, [1976]/2015b, p. 282-289). Nas palavras de Foucault, a genealogia é:

o acoplamento do conhecimento com as memórias locais, que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização desse saber nas táticas atuais. [...] Trata-se da insurreição dos saberes não tanto quanto aos conteúdos, os métodos e os conceitos de uma ciência, mas de uma insurreição dos saberes antes de tudo contra os efeitos de poder centralizadores que estão ligados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade como a nossa. ([1976]/2015b, p. 267-268).

Neste capítulo, utilizando-se como metodologia historiográfica a genealogia do poder de Michel Foucault, pesquisar-se-á o porquê de ter surgido o saber inquisitório católico e a forma do poder operar por esse saber. A análise deste capítulo (propositadamente chamado de “prólogo”, que é a primeira parte da tragédia no teatro grego (ARISTÓTELES, 1994, p. 119)) permitirá a compreensão – explorada no capítulo seguinte (capítulo 5) – do porquê de ter surgido a estrutura mista que transporta o acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento e o porquê de ainda ser assim no Brasil.

4.2 O poder-saber inquisitório⁵⁶

As práticas penais são antes uma parte da política do que do direito (FOUCAULT, [1975]/2008, p. 28). Na segunda metade do século XII, o papa Alexandre III foi forçado ao exílio por seus conflitos com Frederico I – conhecido como Frederico Barba-Ruiva –, imperador do Sacro Império Romano-Germânico; seu sucessor, papa Lúcio III, governou exilado em

⁵⁶ Neste item, analisar-se-á apenas o poder-saber inquisitório católico no século XIII; não faz parte do recorte temático da pesquisa outros poderes-saberes inquisitórios, tal como o romano. Sobre o sistema romano, vide: Khaled Jr. (2013, p. 21-34), Ambos (2008, p. 51-53) e Prado (1999, p. 78-80).

Velletri, Anagni e Verona (RUST, 2012, p. 131-133). O ambiente era de avanço da centralização monárquica, de expansão da vida urbana e do comércio; numa sociedade estratificada e cada vez mais burguesa, a mercancia passou a ditar os valores sociais (CORDERO, 1986, p. 45). Ao mesmo tempo, os cátaros e valdenses negavam à Igreja Católica o domínio exclusivo do cristianismo (CORDERO, 2000a, p. 17). Após o declínio do Império Romano do Ocidente (século V) e o poder político dispersar-se nas diversas tribos bárbaras, nos séculos XII e XIII a Igreja Católica estava ameaçada por outras forças (tal como o Sacro Império Romano-Germânico) e por outras visões de mundo (tal como a dos cátaros).

Michel Foucault afirma que o discurso de um saber produz poder ([1976]/2015a, p. 110); a reação da Igreja a essas ameaças foi realizada por uma mudança de saber; foi um novo saber que proporcionou à Igreja a modificação das relações de poder.⁵⁷ Por isso, antes de se tratar do impacto no poder da mudança de saber católico, será vista qual foi essa a mudança de saber. Esse é o propósito deste item; no seguinte, será demonstrada a forma que esse saber foi incorporado ao direito canônico e os seus efeitos (tal como a mudança nas relações de poder e a criação da técnica do inquérito).

Nos séculos XII e XIII, com o intercâmbio comercial entre o ocidente e o oriente, além da vinda de seda e especiarias, retornam à Europa as obras de Aristóteles, como explica Le Goff:

As obras de Aristóteles, Euclides, Ptolomeu, Hipócrates, Galeno foram levadas ao Oriente por cristãos heréticos – monofisitas e nestorianos – e judeus perseguidos por Bizâncio; esses homens as transmitiram às bibliotecas e às escolas muçulmanas que as acolheram amplamente. E agora, em uma jornada de regresso, chegam de novo às margens da cristandade ocidental. (LE GOFF, 1996, p. 32, tradução nossa).⁵⁸

Esse retorno está no centro da mudança do saber da Igreja (MIRANDA COUTINHO, 2010, p. 3), especialmente pelo entendimento de verdade do Estagirita e de sua analítica.

Começa-se pelo impacto de Aristóteles na mudança do entendimento de verdade. Até o século XIII a filosofia cristã era dominada pelo pensamento do neoplatônico Santo Agostinho – o que é relevante desse autor para a presente pesquisa é que a verdade agostiniana está no mundo suprasensível e o seu conhecimento é resultado da iluminação de Deus no homem

⁵⁷ “O poder político não está ausente de saber, ele é tramado com o saber.” (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 56).

⁵⁸ “Las obras de Aristóteles, Euclides, Ptolomeu, Hipócrates, Galeno fueron llevadas al Oriente por los cristianos heréticos – monofisitas y nestorianos – y los judíos perseguidos por Bizancio; esos hombres las legaron a las bibliotecas y las escuelas musulmanas que las acogieron ampliamente. Y ahora, en un periplo de regreso, llegan de nuevo a las orillas de la cristiandad occidental.”). Apesar de parte das obras de Aristóteles estarem oficialmente proibidas no século XIII pela Igreja (TARUFFO, 2012, p. 17), essa proibição foi desprezada, vez que até nos programas de estudo das Universidades europeias elas se faziam presentes (LE GOFF, 1996, p. 109).

(ABBAGNANO, 2007, p. 995). Em Aristóteles, por outra via, a verdade é resultado do raciocínio analítico e não se encontra no mundo suprassensível, se encontra na análise da coisa (ARISTÓTELES, 2002, p. 141-145).⁵⁹ Para o Estagirita, a verdade é a correspondência entre o pensamento e a realidade: “[...] falso é dizer que o ser não é ou que o não ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não ser não é.” (ARISTÓTELES, 2002, p. 179) e “as coisas se dizem falsas neste sentido: ou porque não existem, ou porque a imagem que delas deriva é de algo que não existe.” (ARISTÓTELES, 2002, p. 261), assim, o que existe, o real, é a medida do falso e do verdadeiro – e a correspondência entre o pensamento e o real é que configura o verdadeiro, como se pode inferir do seguinte trecho: “De fato, não és branco por pensarmos que és branco, mas porque és branco, nós, que afirmamos isso, estamos na verdade.” (ARISTÓTELES, 2002, p. 429). Dessa forma, em Aristóteles, a verdade – ao invés de estar no mundo suprassensível – está na análise da coisa (BITTAR, 2003, p. 877-878) (REALE, 2001, p. 68-69; 1994, p. 345).

Essa mudança no lugar da verdade, do mundo suprassensível para a análise da coisa, foi intensamente explorada na construção do poder-saber inquisitório. Partindo desse entendimento de verdade, o inquirido é a coisa, o objeto de investigação, que, culpado ou inocente, continha em si uma verdade que só pode ser extraída pelo inquisidor (CORDERO, 1986, p. 48-49); “Interrogado sob juramento, o réu está obrigado a descobrir-se” (CORDERO, 2000a, p. 22, tradução nossa),⁶⁰ e seu descobrimento (desnudamento) ocorre para que um outro qualificado (o inquisidor) analise aquilo que a coisa lhe mostra; e aqui a Igreja apropria-se de outro ponto da obra aristotélica: a analítica – antes de explicá-la, deve ser feito um introito.

No Evangelho segundo Mateus (Mt. 16, 18-19), Jesus Cristo teria dito que: “Também eu te digo que tu és Pedro, e sobre esta pedra edificarei a minha igreja, e as portas do inferno não prevalecerão contra ela. Dar-te-ei as chaves do reino dos céus; o que ligares na terra terá sido ligado nos céus; e o que desligares na terra terá sido desligado nos céus.” (MATEUS, 1999, p. 647). Esse trecho está diretamente ligado ao uso que a Igreja Católica fez da analítica a partir do século XIII. Como coloca Leonardo Boff (1993, p. 9-10), Adão e Eva teriam pecado ao comer do fruto proibido, o que fez com que perdessem os dons para conhecerem as revelações naturais; Deus, em sua misericórdia, teria entregue as Escrituras sagradas para que os humanos conhecessem a verdade divina – ali se encontraria tudo o que é necessário para ser salvo. Todavia, o livro poderia gerar diversas interpretações e, assim, ficaria a dúvida sobre qual a correta para se seguir e obter a salvação; Deus, novamente em sua misericórdia, teria criado o papa (*vicarius Christi*) e o clero, para que eles dessem a interpretação autêntica das Escrituras

⁵⁹ Para o aprofundamento em toda a metafísica aristotélica, remetemos o leitor a Giovanni Reale (2001, *passim*).

⁶⁰ “Interrogado bajo juramento, el reo está obligado a descubrirse; [...]”.

(fossem os mediadores entre Deus e o homem para guiar os humanos à salvação). Porém, tanto o papa quanto os demais membros do clero, por serem humanos, não errariam? Não; Deus teria dado ao *vicarius Christi* e ao restante do clero um privilégio: a infalibilidade quanto às questões da salvação. Por ato divino, apenas o papa e os demais membros do clero – por sua vinculação com a Igreja e com o *Christus in terris* (o papa) – são intérpretes privilegiados e podem acessar à verdade. Dessa forma, como se percebe na fala de Nicolau Eymerich, a Igreja “é o próprio fundamento da verdade” ([1376]/1993, p. 34); nas questões da fé e da salvação, a Igreja possui o monopólio do verdadeiro; é a única a deter as “chaves do reino dos céus”.

Além disso, – não por coincidência – no século XIII, Inocêncio III oficializou que unicamente o papa é “vigário de Cristo” (*vicarius Christi*) (KANTOROWICZ, 1998, p. 72-74, 131), ou seja, que apenas o papa é o substituto do Cristo na terra e governa em seu nome (CORDERO, 1967, p. 247-248); sendo que os membros do clero, por sua vez, têm a sua ligação com Deus e a sua autoridade de sua vinculação com a Igreja e com o *Christus in terris*, o papa (KANTOROWICZ, 1998, p. 126-127) (EYMERICH; LA PEÑA, 1993, p. 186). Dessa forma, com Jesus Cristo no reino dos Céus, é a Igreja regida pelo *vicarius Christi* papal que é a mediadora entre Deus e o homem a detentora exclusiva das “chaves do reino dos céus”.

Agora, torna-se possível começar a entender o que a Igreja Católica fez com a analítica aristotélica.

A analítica aristotélica é a parte da lógica que cuida dos elementos do silogismo (ABBAGNANO, 2007, p. 54). Em linhas gerais, “O silogismo é uma locução em que, uma vez certas suposições sejam feitas, alguma coisa distinta delas se segue necessariamente devido à mera presença das suposições como tais” (ARISTÓTELES, 2005, p. 112), nessa locução, a relação entre as premissas (suposições) leva à conclusão: uma premissa é “uma oração que afirma ou nega alguma coisa de algum sujeito” (ARISTÓTELES, 2005, p. 111), composta por termos,⁶¹ uma premissa maior⁶² relacionada a uma premissa menor que tenha entre elas algum termo comum (termo médio)⁶³ – o que permite o silogismo – proporciona uma conclusão que não poderia ser logicamente inferida de cada umas das premissas isoladamente consideradas (ARISTÓTELES, 2005, p. 181-184). Exemplo: premissa maior, “todos os homens são

⁶¹ “Chamo de termo aquilo em que a premissa se resolve, a saber, tanto o predicado quanto o sujeito, quer com a adição do verbo ser, quer com a remoção de não ser.” (ARISTÓTELES, 2005, p. 112).

⁶² “Chamo de termo maior aquele no qual está contido o termo médio, e de termo menor aquele que se subordina ao termo médio.” (ARISTÓTELES, 2005, p. 117).

⁶³ “Entendo por termo médio aquele que tanto está contido num outro quanto contém um outro em si mesmo e que ocupa a posição mediana [...]” (ARISTÓTELES, 2005, p. 116).

mortais”; premissa menor, “Sócrates é homem”; conclusão, “Sócrates é mortal” (aqui, o termo médio é “homem”) (REALE, 1994, p. 458) (BITTAR, 2003, p. 241-289).

Posto isso, note-se que até o início do século XIII a Igreja não impunha a confissão a um padre; a confissão já existia, mas mesmo entre leigos ela era possível, vez que, perante Deus, a própria vergonha daquele que confessa já seria um início de sua expiação do pecado (FOUCAULT, [1975]/2001, p. 218-219). Todavia, em 1215, no IV Concílio de Latrão,⁶⁴ foi instituída a confissão anual obrigatória a um padre; a partir daí, não bastava o arrependimento e a confissão a um leigo, ela deveria ser realizada necessariamente perante o padre – nesse momento, foi incorporado ao direito canônico o monopólio da verdade pelo clero; aqui, como disse Foucault “o cristianismo separou o conhecimento de Deus e conhecimento de si” ([1980]/2011a, p. 137). Misturando essa mudança com a analítica aristotélica chega-se a um dos pontos centrais do poder-saber inquisitório: apenas o clero pode acessar as premissas, e, assim, apenas ele pode dar as conclusões, de novo com Foucault, no século XIII, o padre passa a ser “o único a deter o ‘poder das chaves do reino dos céus’” ([1975]/2001, p. 222). Quem acessa a verdade, quem possui as chaves do reino dos céus, ou, simplesmente, quem conhece as premissas e as conclusões – o padre/inquisidor – é que será o senhor da verdade e o ditador do devir.

Esse poder-saber inquisitório, ao estabelecer que o acesso à verdade era privativo ao clero, consagrou o controle do discurso pela restrição dos sujeitos que podiam acessá-lo (FOUCAULT, [1970]/2014b, p. 35, 39); ao restringir os sujeitos que estão qualificados a ter acesso ao verdadeiro, a Igreja Católica centralizou em si a condução do mundo ocidental e excluiu a todo o resto da humanidade a possibilidade de análise da verdade.

Isso em si já seria um problema sério ante a exclusão e dominação que o discurso criado pelo poder-saber inquisitório provoca; mas o problema é muito maior, pois ao invés de “inalterável conformidade com o Pai” (AGOSTINHO, 2014, p. 464) o inquisidor padece de uma “lógica deformada”; ao invés de um raciocínio neutro – desinteressado, guiado pelo divino – que leva a uma conclusão, há a manipulação das premissas para atingir o resultado que o inquisidor desejou antes da análise dos fatos, nas palavras de Cordero:

A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-los “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 este trabalho estimula cautelarmente a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é

⁶⁴ Confira-se o próximo item.

ele quem as coloca na mesa, aponta para a “sua” hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conta (alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, calorosamente recomendada pelo piedoso penalista Ippolito Marsili); usando-a orienta o êxito para onde quer. Nas causas milanesas da peste manufaturada, junho-julho de 1630, vemos como juízes por nada desonestos, antes inclinados a um incomum garantismo, fabriquem delito e delinquentes: o inquirido responde docilmente; o inquisidor lhe retira da cabeça os fantasmas que tenha ali projetado. (CORDERO, 1986, p. 51-52, tradução nossa).⁶⁵

Essa lógica deformada pelos quadros mentais paranoicos faz com que o inquisidor selecione ou ignore as informações conforme confirmem sua hipótese ou não (CORDERO, 2000a, p. 23) (MIRANDA COUTINHO, 2010, p. 3-4);⁶⁶ como consequência, não se obtém a verdade, mas apenas a confirmação do próprio desejo do inquisidor; afinal, “[...] na vontade de dizer esse discurso verdadeiro, o que está em jogo, senão o desejo e o poder?” (FOUCAULT, [1970]/2014b, p. 19).

Independente da má-fé, ou não, da Igreja;⁶⁷ essa transformação no saber foi altamente bem-sucedida na ambição católica de centralizar em si o controle do exercício do poder político; por centenas de anos o ocidente teve de se ajoelhar perante o papa e qualquer visão de mundo contrária ao entendimento de verdade do clero foi sufocada. Nesse sistema católico em que “O que conta é o respeito à autoridade.” (CORDERO, 1972, p. 95, tradução nossa),⁶⁸ que “[...] se pregava a obediência à autoridade e a aceitação das condições de vida dadas.” (WEBER, 2004, p. 77), em que, de acordo com Joseph Ratzinger (papa Bento XVI): “A atitude cristã do crente exprime-se na palavrinha ‘amém’ [...]” (1970, p. 41-42); nesse sistema católico que visava o controle da vida na terra e no céu,⁶⁹ foi forjada a mudança de saber que alterou as relações de poder no século XIII e seguintes. Sua influência foi muito além da Igreja Católica, e aprofundar em seus efeitos é o propósito do próximo subitem.

4.2.1 A perseguição aos hereges nos séculos XII e XIII

⁶⁵ “Logica deforme. La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoici. Chiamiamoli 'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la 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 Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole. Nelle cause milanesi di peste manufatta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nient'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbrichino delitto e delinquenti: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in teste i fantasmi che vi ha proiettato.”

⁶⁶ *Supra*, capítulo 3.

⁶⁷ “Aceitemos que má-fé seja mentir a si mesmo [...]” (SARTRE, [1943]/2007, p. 92).

⁶⁸ “What counts is respect for authority.”

⁶⁹ “[...] quanto os homens estão preocupados com a sua salvação no além, tanto é fácil aqui embaixo governá-los.” (FOUCAULT, [1980]/2011a, p. 68).

Visto a mudança no saber da Igreja Católica, aprofundar-se-á em suas consequências, especialmente nas técnicas da inquisição. Seu grande arquiteto foi Inocêncio III (AMBOS, 2008, p. 55), mas deve-se retroceder aos atos de um de seus antecessores, papa Lúcio III, para compreender como o poder-saber inquisitório foi implantado no direito.

Como já dito,⁷⁰ Lúcio III exerceu seu pontificado fora de Roma, disputando a centralidade do poder político com Frederico Barba-Ruiva e buscando o monopólio do cristianismo.

No combate aos grupos laicos, em 1184 Lúcio III editou a bula *Ad Abolendam* “[1] Para abolir a depravação pervertida das heresias [...]” (IGREJA CATÓLICA, [1184]/2012, p. 150).

Heresia, do grego *αἵρεσις*, significa “escolher” (FALBEL, 1977, p. 13). O alvo de perseguição de Lúcio III era todo aquele que escolhe um caminho diferente do ditado pela Igreja – na *Ad Abolendam* consta expressa referência aos Cátaros, Patarinos, Pobres de Lyon, Passaginos, Josefinos e Arnaldistas, assim como seus “acolhedores e protetores” (IGREJA CATÓLICA, [1184]/2012, p. 151). Como meio de investigação, qualquer arcebispo ou bispo deveria percorrer a própria paróquia para averiguar a notícia de que ali viveriam hereges e estimular que a vizinhança delatasse a presença dos inimigos da Igreja (IGREJA CATÓLICA, [1184]/2012, p. 154). Com os hereges descobertos, os bispos os condenariam à excomunhão e ao confisco de seus bens em favor do clero – assim, no final do século XII já estava instaurada a perseguição ao herege pela Igreja Católica.

Aí entrou em cena o maior responsável pela criação do poder-saber inquisitório: Lottario di Segni. De família aristocrata, Lottario estudou teologia em Paris (LAVEAGA, 2007, p. 333) quando lá emergia o debate entre as antigas visões do cristianismo e o pensamento de Aristóteles (LE GOFF, 1996, p. 36-37) (seu aprendizado da obra do Estagirita somado ao estudo do direito que realizou em Bolonha resultou naquilo que seria a base do poder-saber inquisitório). No mesmo dia da morte do papa Celestino III, 08 de janeiro de 1198, Lottario foi eleito para o lugar de São Pedro e assumiu o nome de Inocêncio III, pouco mais de um ano depois, em 25 de março de 1199, foi editada a bula *Vergentis in Senium*.

Com ela, Inocêncio III equiparou a heresia ao delito de lesa-majestade:

[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 no Senhor, ofendendo a Jesus Cristo, Filho de Deus, sejam separados

⁷⁰ Item 4.2.

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? (IGREJA CATÓLICA, [1199]/2012, p. 161).

Após essa bula, “bastava ser desleal à autoridade clerical para ser culpado de contrariar a ‘divina majestade de Jesus Cristo’.” (RUST, 2012, p. 141) – e novamente previu-se o confisco dos bens dos hereges em favor do clero. Todavia, apesar de ter delitos e punições, ainda não existia um aparato persecutório eficiente.

Sabendo disso, em 1213, Inocêncio III convocou todo o clero⁷¹ para o XII concílio ecumênico da Igreja, que se realizaria dois anos depois. Sua convocação foi realizada pela bula *Vineam Domini Sabaoth* (a vinha do Senhor dos exércitos), título inspirado em Isaías (Is. 5, 1-7):

Agora, cantarei ao meu amado o cântico do meu amado a respeito da sua vinha. O meu amado tem uma vinha num outeiro fertilíssimo. Sachou-a, limpou-a das pedras e a plantou de vides escolhidas; edificou no meio dela uma torre e também abriu um lagar. Ele esperava que desse uvas boas, mas deu uvas bravas. Agora, pois, ó moradores de Jerusalém e homens de Judá, julgai, vos peço, entre mim e a minha vinha. Que mais se podia fazer ainda à minha vinha, que eu lhe não tenha feito? E como, esperando eu que desse uvas boas, veio a produzir uvas bravas? Agora, pois, vos farei saber o que pretendo fazer à minha vinha: tirarei a sua sebe, para que a vinha sirva de pasto; derrubarei o seu muro, para que seja pisada; torná-la-ei em deserto. Não será podada, nem sachada, mas crescerão nela espinheiros e abrolhos; às nuvens darei ordem que não derramem chuva sobre ela. Porque a vinha do Senhor dos Exércitos é a casa de Israel, e os homens de Judá são a planta diletta do Senhor; este desejou que exercessem juízo, e eis aí quebramento da lei; justiça, e eis aí clamor. (ISAÍAS, 1999, p. 471-472).

O espírito que marcaria o evento de 1215 já estava estabelecido; segundo Inocêncio III “Animais multiformes provocam a vinha do Senhor dos exércitos ser destruída” e para a “§1º [...] recuperação da Terra Santa, e a reforma da Igreja Universal” era necessário o comparecimento massivo dos membros da Igreja, para um ato que seria “§3º [...] em proveito unicamente das almas” (IGREJA CATÓLICA, [1213]/2015, p. 94).

O ato, agendado para 1º de novembro de 1215 e iniciado em 11 de novembro do mesmo ano (HEFELE; LECLERCQ, 1913, p. 1321), foi o IV Concílio de Latrão – o maior marco da história da inquisição.

E por que o maior marco? Porque aqui ocorreu a mudança no regime de verdade. O regime de verdade é “aquilo que determina as obrigações dos indivíduos quanto ao procedimento de manifestação do verdadeiro.” (FOUCAULT, [1980]/2011a, p. 77); após o IV Concílio de Latrão, a construção da verdade deixa de ser agostiniana e torna-se aristotélica

⁷¹ Arcebispos, bispos, abades, priores, decanos e arquiidiaconos (IGREJA CATÓLICA, [1213]/2015, p. 94).

(como já explicou-se no item anterior). Até aqui era admitido o julgamento por “juízos de Deus”, nos quais a verdade apareceria por intervenção divina e o juiz era um inerte que proclamava o resultado – por exemplo, na ordália da “prova pela sorte” em que, no caso de não se soubesse a identidade de um assassino, sete pessoas deveriam afastar de si a suspeita por um juramento (*duodecima mano*) que, posteriormente, seria conferido por dois sorteios: enrolar-se-iam dois pedaços de madeira numa lã, um deles gravados com uma cruz e o outro não, ambos seriam colocados em um altar e um menino ou sacerdote escolheria um dos pedaços; caso o escolhido fosse o que contivesse a cruz, todos os sete juramentos eram tidos como verdadeiros e estavam todos os sete suspeitos absolvidos; caso não contivesse, o nome de cada um dos sete suspeitos seria gravado separadamente em outros sete pedaços de madeira; num segundo sorteio, esses sete novos pedaços seriam colocados no altar e, o que o menino ou o sacerdote sortearia, era o culpado (AMARAL SANTOS, 1983, p. 17-19). Com o IV Concílio de Latrão, “juízos de Deus” por ordálias ou duelos são expressamente proibidos: nenhum clérigo poderá “18 [...] conferir um rito de bênção ou consagração em uma purgação por ordálias da fervura ou da água fria ou do ferro em brasa, sem prejuízo, no entanto, das proibições previamente promulgadas em relação aos combates individuais e duelos.” (IGREJA CATÓLICA, [1215]/2016d, tradução nossa).⁷² A verdade seria construída pela análise que o inquisidor proativamente realizaria dos documentos, testemunhos e da confissão⁷³ – a partir daqui a verdade não está mais no além, mas na análise que o inquisidor (e só ele) faz das coisas.

Essa nova metodologia do verdadeiro é explícita quando se estuda a confissão. Segundo o IV Concílio de Latrão: “21. Todos os fiéis de ambos os sexos, depois de terem atingido a idade de discernimento, devem confessar individualmente todos os seus pecados, de maneira fiel, para o seu próprio padre, pelo menos uma vez ao ano [...]” (IGREJA CATÓLICA, [1215]/2016d, tradução nossa).⁷⁴ Para o catolicismo, desde o pecado original, há uma transmissão da culpa de geração em geração. A culpa seria o triunfo do demônio e o homem estaria em constante luta contra a influência do demônio em si. Seria necessário vigiar se o demônio está influenciando o homem ou não, o que só seria possível por provas de verificação – a rainha das provas de verificação é a confissão; essa confissão, apesar de ser dever daquele que se mostra (pois só assim, segundo a Igreja, ele teria a salvação), só pode ser analisada pelos enviados de Deus para guiar os homens, os padres. Vez que há o perigo de relaxamento, a

⁷² “18. [...] confer a rite of blessing or consecration on a purgation by ordeal of boiling or cold water or of the red-hot iron, saving nevertheless the previously promulgated prohibitions regarding single combats and duels.”

⁷³ Itens 1, 3, 8, 10, 18, 21, 38, 48, 51, 52, 62 (IGREJA CATÓLICA, [1215]/2016b).

⁷⁴ “21. All the faithful of either sex, after they have reached the age of discernment, should individually confess all their sins in a faithful manner to their own priest at least once a year [...]”.

confissão e seu exame devem ser constantes. E o outro, a quem se confessa, por fim, é o guia que o confidente deve obedecer para ser salvo. A confissão:

[...] trata-se, enfim, de uma lei de produção da verdade na medida em que não se trata simplesmente de constatar isso que se passa em mim; trata-se de fazer aparecer em mim qualquer coisa que eu não poderia conhecer e que não se torna conhecida a não ser por esse trabalho de aprofundamento de mim sobre mim, trata-se bem de produzir uma verdade que estava desconhecida. (FOUCAULT, [1980]/2011a, p. 91-93, 116-117, 134-135)

Com o IV Concílio de Latrão foi imposto que apenas o padre possuía a capacidade para analisar se o homem percorria o caminho da salvação; apenas ele era apto ao exame, à análise. O investigado deveria revelar a si e confessar sua culpa para o possuidor das chaves do reino dos céus, que lhe aplicaria a penitência a fim de restaurá-lo do pecado (CORDERO, 1986, p. 47). Como consequências disso, entre outras: “Para centenas de milhões de homens e durante séculos, o mal teve de se confessar na primeira pessoa, em um cochicho obrigatório e fugidio.” (FOUCAULT, [1977]/2003, p. 213); o regime de verdade foi alterado, com a mudança na atuação dos envolvidos na produção do verdadeiro; o clero passou a ter o potencial de controlar a vida de todos; e o homem passou a ser coisa, “animal da confissão” na expressão de Cordero (1986, p. 48, tradução nossa),⁷⁵ que deveria obedecer e se revelar diante da “sentinela da verdade” (LAVEAGA, 2007, p. 26), o inquisidor.

Estava feito, o poder e a metodologia do verdadeiro agora eram outros. O saber inquisitório arquitetado por Inocêncio III havia constituído um novo entendimento de verdade e transformado as obrigações dos sujeitos na construção do verdadeiro; com isso, o saber inquisitório produziu as condições para o exercício do poder católico.

E o extenso IV Concílio de Latrão ainda tinha mais inovações. Segundo o estipulado por Inocêncio III, o procedimento seria iniciado “8. [...] per accusationem [...] denunciationem et inquisitionem [...]” (IGREJA CATÓLICA, [1215]/2016b). Pela acusação, uma pessoa acusa outra de heresia e assume o encargo de provar o delito sujeitando-se à lei de talião; caso não provasse o alegado, o acusador sofreria a pena que o acusado receberia se tivesse sido provada a acusação. Pela denúncia, o delator denuncia que alguém cometeu heresia, há o registro dessa denúncia nos autos lavrados pelo escrivão e o inquisidor procede à inquisição (ao inquérito)⁷⁶ sobre o delito. Pela inquisição (pelo inquérito), o próprio inquisidor iniciava o procedimento, investigava e condenava os hereges; pela *inquisitio generalis* (inquisição geral)

⁷⁵ “animale da confessione.”

⁷⁶ Vide o próximo item, em que a pesquisa aprofunda especificamente no inquérito.

o inquisidor percorria sua própria diocese investigando a ocorrência de heresia, fazendo perguntas e estimulando a delação; pela *inquisitio specialis* (inquisição especial) o inquisidor investigava uma pessoa ou heresia específicas, estabelecendo a (sua) verdade sobre um autor e um fato (EYMERICH; LA PEÑA, [1376]/1993, p. 105-109) (BATISTA, 2013, p. 232-235) (FOUCAULT, [1975]/2008, p. 32).

Na *inquisitionem* o inquisidor atua de ofício, determina o *thema probandum* e o *thema decidendum*, dirige o procedimento e sentencia; senhor da verdade, ao inquisidor cabe o início do procedimento, a gestão da prova e o resultado do julgamento (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 23-24).

Como se vê, o IV Concílio de Latrão foi marcante para a mudança na metodologia do verdadeiro e na criação dos procedimentos de investigação católicos; no que interessa à pesquisa, ainda se menciona que nele – novamente – foi ordenado o confisco dos bens dos hereges em favor do clero.⁷⁷

Durante o resto do século XIII a máquina inquisitória continuou sendo aprimorada pelos pontífices seguintes.

O papa Gregório IX, sobrinho de Inocêncio III, organizou a criação de um órgão católico punitivo próprio: o tribunal da inquisição. Em 1231, pelas *Excommunicamus* e *Ille Humani Generis*, Gregório IX criou a inquisição delegada ao conferir aos dominicanos a incumbência de perseguir os hereges; em 1233, ele atribuiu o mesmo ofício aos franciscanos (IGREJA CATÓLICA, [1231]/2016c; [1231]/2016e; [1233]/2016e):

Estava sendo criada a inquisição delegada que irá substituir a inquisição episcopal, não sem muitos incidentes sobre os limites jurisdicionais do inquisidor e do bispo, motivo frequente de bulas papais, e também não sem instalar uma certa rivalidade entre dominicanos e franciscanos, já que ambas as ordens mendicantes estavam engajadas no ofício santo; [...] (BATISTA, 2013, p. 246).

Esse órgão punitivo – específico e com maior número de inquisidores – aumentaria a eficiência da inquisição; mas a Igreja ainda disputava a centralidade do poder. O conflito político com o Sacro Império Romano-Germânico permanecia, em 1239 o papa Gregório IX chegou a excomungar o imperador Frederico II – neto de Frederico Barba-Ruiva; e os grupos perseguidos pela inquisição conseguiam opor resistência (RUST, 2014, p. 201-206). Nesse contexto, em 1252 o papa Inocêncio IV editou a bula *Ad Extirpanda*, que determinava em sua “lei” 25:

⁷⁷ Item 3 (IGREJA CATÓLICA, [1215]/2016b).

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. (IGREJA CATÓLICA, [1252]/2014, p. 223).

A partir daqui o uso da tortura – “a pretensa busca da verdade por meio dos tormentos” (VERRI, [1804]/1992, p. 70) – passava a ser orientação papal na atuação inquisitória. Inocente ou culpado, o investigado saberia de fatos relevantes; e para revelá-los todos, ele deveria ser investigado profundamente (CORDERO, 2000a, p. 21-23). Contudo, a verdade era manipulada: na lógica deformada inquisitória (CORDERO, 1986, p. 51), se o investigado resistisse era por força do diabo e, portanto, ele era aliado de Satã; se o investigado cedesse e confessasse, tinha-se a prova viva de que ele era, de fato, parceiro do demônio (FOUCAULT, [1971]/2014c, p. 77-78).

Além disso, a *Ad Extirpanda* também delineou o procedimento a ser observado pelos encarregados do “santo ofício”: o governante local, com a participação do bispo, deveria nomear no mínimo doze católicos, dois notários e dois auxiliares, para perseguir os hereges, capturá-los, retirar-lhes seus bens e leva-los à presença do bispo ou de seus vigários; o grupo teria livre acesso às moradias das pessoas; após capturados, os hereges deveriam ser reclusos em cárcere específico, às custas do governo local; havia o dever dos investigados de dizer a verdade; era (como dito) permitida a tortura; *reus tenetur se detegere*; era estimulada a delação; todos os nomes dos hereges deveriam ser registrados por escrito em quatro livros, um para o próprio lugar, um para o bispo, um para os frades pregadores, um para os frades menores; os nomes dos hereges que constassem nesses livros deveriam ser lidos em assembleia pública, três vezes ao ano; os filhos e sobrinhos dos hereges e seus colaboradores deveriam ser investigados e impedidos de pertencer a cargo público; os que fossem condenados em penas pecuniárias deveriam ser reclusos ao cárcere até seu pagamento; no caso de novo governante, esse deveria aceitar que três homens escolhidos pelo bispo investigassem seu antecessor e respectivos assessores; qualquer lei local que fosse contrária ao determinado pela Igreja na perseguição aos hereges deveria ser extinta; um terço de tudo o que fosse confiscado iria para o grupo de perseguidores, outro terço iria para o governante local e o outro terço para a Igreja (IGREJA CATÓLICA, [1252]/2014, p. 216-228).

Num último ponto neste item, deve-se mencionar que foi ainda no século XIII que a Igreja Católica determinou o sigilo no procedimento inquisitório, como mostra o inquisidor Francisco de La Peña:

Na instância inquisitorial, atualmente, não se divulgam mais os nomes das testemunhas e delatores, por razões óbvias [...]. Com essa prática, a Inquisição enquadrou-se perfeitamente no que foi estabelecido pelos Papas Inocêncio IV (*Cum negotium fidei*) e Urbano IV (*Praecunctis*). Os Concílios de Béziers e Narbona, por sua vez, retomaram essa prática do sigilo, acrescentando a proibição formal de se revelarem as circunstâncias, tanto do depoimento quanto do delito: através das circunstâncias do depoimento, o acusado poderia descobrir, por dedução, a identidade do seu acusador. (EYMERICH; LA PEÑA, [1578]/1993, p. 223).

O aparato inquisitório estava altamente sofisticado. A Igreja Católica controlar a maior parte do mundo ocidental nos séculos seguintes seria a prova de sua eficiência. No século XIII, o poder-saber inquisitório estava estabelecido no direito canônico. Visto isso, passa a ser mais claro o entendimento da maneira desse poder-saber autenticar a sua verdade: o inquérito.

4.2.2 Observações sobre o inquérito

O inquérito é uma forma de saber onde o poder é exercido; por ele há uma regularidade na “descoberta da verdade”. Por proporcionar o controle da enunciação da verdade, ele é muito útil para a centralização do poder político.⁷⁸ Sua origem é dupla, administrativa e religiosa.

Na época do Império Carolíngio – reino franco da dinastia carolíngia – (séculos VIII a X), em questões administrativas, tais como as relacionadas aos impostos e à propriedade, o representante do governo selecionava pessoas que tinham o saber dos costumes, do direito ou dos títulos de propriedade. Em reunião dessas pessoas, após juramento de dizer a verdade, elas relatariam o que soubessem sobre um fato determinado. Depois de deliberação, era dada a resposta coletiva dos sábios ao problema. Nesse modelo não se sabia a verdade, que era buscada pelo poder político através da investigação (do inquérito). O passado, aquilo que aconteceu e gerou o objeto da investigação, se prorrogaria no tempo através de técnicas, tais como o testemunho e a deliberação de terceiros capazes de saber. Esta é a origem administrativa do inquérito (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 71-74).

Já a autoria religiosa do inquérito coube à Igreja Católica em sua ambição de centralidade do poder e monopólio do cristianismo. Como já visto, com o IV Concílio de Latrão ocorreu uma mudança na visão de verdade católica, da agostiniana para a aristotélica. No século

⁷⁸ Sobre a relação saber-poder, vide item 4.1, *supra*.

XIII, a metodologia do verdadeiro foi modificada e se realizou pela inquisição. A forma de saber da inquisição é o inquérito. O saber inquisitório, que proporciona a dominação e a exclusão, materializa-se no inquérito. No século XII já era praticada a *inquisitio generalis* e a *inquisitio specialis*, mas a racionalização do inquérito aliada à sofisticação do aparato inquisitório ocorreria no século XIII, a partir daí, com o fim de ordálias e duelos e com a verdade sendo monopolizada pelo inquisidor, pelo inquérito, a Igreja Católica iria conseguir controlar a produção do verdadeiro e efetivar seu projeto de domínio. É pelo inquérito que o poder católico vai autenticar o seu saber:

O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 72-79).

“O inquérito era o poder soberano que se arrogava o direito de estabelecer a verdade através de um certo número de técnicas regulamentadas.” (FOUCAULT, [1975]/2008, p. 185). Ao invés da dependência da “sorte” em ordálias e duelos e a manifestação viva e presente da verdade, pelo inquérito há uma produção racional da verdade sobre o passado segundo um conjunto de regras estabelecidas pelo poder; “Tem-se aí uma nova maneira de prorrogar a atualidade, de transferi-la de uma época para outra e de oferecê-la ao olhar, ao saber, como se ela ainda estivesse presente.” (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 74). Criado pelo poder carolíngio e católico, o inquérito permitiu o controle da enunciação da verdade e, conseqüentemente, o controle dos bens e dos homens. Dada sua utilidade para governos autoritários, sua forma foi copiada para muitos outros ordenamentos jurídicos, mas um, em especial, utilizou o inquérito de forma inovadora, o francês napoleônico. Esse é o tema do próximo capítulo.

5 O PORQUÊ DE OS AUTOS DO INQUÉRITO ESTAREM PRESENTES NA FASE DE JULGAMENTO: O MONSTRO DE DUAS CABEÇAS⁷⁹

Estudado o inquérito como forma de saber pela qual o poder é exercido, torna-se possível aprofundar na compreensão do porquê de ele estar presente na fase de julgamento. Para tanto, primeiramente, será analisado o saber acusatório e seus efeitos; posteriormente, será analisado surgimento da estrutura que prevê um inquérito preliminar fazendo parte da fase de julgamento, misturando uma fase inquisitória com uma fase acusatória.

5.1 O saber acusatório⁸⁰

Como não poderia deixar de ser, o saber acusatório também foi criado pelo poder político. Em 1066, Guilherme I, originário da Normandia (noroeste da França), conquistou a Inglaterra e foi coroado seu rei. O ambiente era instável, o momento era da unificação inglesa e o novo rei era estrangeiro. Era fundamental para Guilherme I controlar as relações internas de seu reino e aumentar seus recursos; para conseguir isso, além de manter leis inglesas,⁸¹ o novo rei realizou uma espécie de reforma fundiária distribuindo territórios para seus soldados e consolidando os feudos ingleses em propriedades pequenas e médias (RAMOS, 2006, p. 40); e promoveu o *Domesday*, segundo Foucault, uma espécie de inquérito administrativo, semelhante ao do Império Carolíngio (que foi um Império franco), para averiguar a totalidade de seus bens, a situação dos impostos e unir a Normandia à Inglaterra (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 71).

Um sucessor de Guilherme I na coroa inglesa, seu bisneto Henrique II, com a mesma ambição do ancestral, criou um método que modificaria sensivelmente as relações de justiça: o controle governamental de parte dos litígios pela figura do emissário do rei.

Pelos litígios e seus desdobramentos havia circulação de bens entre os litigantes, aquele que controlasse os litígios, controlaria a circulação de riqueza; Henrique II não só buscou esse controle e cobrou taxas pelo “acesso à justiça” (DAVID, 1978, p. 335) como colocou que a infração que um indivíduo cometesse contra outro não seria apenas uma questão entre eles,

⁷⁹ Em italiano, “*mostro a due teste*” é uma expressão original de Franco Cordero (1986, p. 73).

⁸⁰ Neste item, analisar-se-á apenas o saber acusatório na *common law*; não faz parte do recorte temático da pesquisa a acusatoriedade grega e romana; para tanto, remetemos o leitor a Khaled Jr. (2013, p. 16-34), Ambos (2008, p. 50-52) e Prado (1999, p. 80-85).

⁸¹ Logo no momento de sua coroação, o primeiro rei normando da Inglaterra confirmou as “Leis de Eduardo, o Confessor”, mantendo as tradições locais firmadas pelo seu antecessor (RAMOS, 2006, p. 40); o ato foi estratégia recomendada (posteriormente) por Machiavelli ([1532]/2006, p. 37-38) para manter territórios conquistados que, antes da conquista, viviam com as próprias leis, pois diminuía a revolta do povo.

seria uma lesão do indivíduo à ordem, à lei, ao soberano. Assim, o indivíduo culpado não deveria reparar apenas a ofensa que fez a outro indivíduo, mas também a ofensa que ele realizou contra o soberano. Com isso, pelas multas aos indivíduos por ofensas contra o soberano, eram confiscados bens dos litigantes, o rei aumentava sua riqueza e, conseqüentemente, suas armas; segundo Foucault:

Aparece um personagem totalmente novo, sem precedente no Direito Romano: o procurador. Esse curioso personagem, que aparece na Europa por volta do século XII, vai se apresentar como o representante do soberano, do rei ou do senhor. Havendo crime, delito ou contestação entre dois indivíduos, ele se apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime. O procurador vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa, dizendo: “Se é verdade que esse homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele”. O soberano, o poder político vem desta forma dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Esse fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano. (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 67-69).

No direito inglês, ainda hoje, por ficção jurídica, todo crime ofende o rei (PRADO, 1999, p. 98).

Na solução dos litígios de interesse da coroa, nesse ato de “*dublar*” a vítima e se sentir ofendido, o rei e o procurador não duelariam com o indiciado ou realizariam ordálias para assegurar alguma verdade; eles não podiam arriscar suas vidas em cada caso apresentado a julgamento (FOUCAULT, [1973]/2013, p. 70-71). Além disso, Henrique II ainda estava tentando consolidar seu poder interno, ele não poderia impor sua intromissão direta nos litígios dos indivíduos; o início do procedimento ainda dependeria de provocação do queixoso, “estamos em um ambiente insular, onde indivíduo, autonomia, memória, contam muito.” (CORDERO, 1986, p. 40-41, tradução nossa).⁸² Sabendo disso, Henrique II implanta um método alternativo que se assemelha ao inquérito carolíngio. O representante do rei iniciaria a persecução e chamaria pessoas da comunidade que conheçam os costumes, as faria jurar dizer a verdade e o que sabiam sobre um caso concreto, após deliberação, essas pessoas acusariam o suspeito e dariam o veredito (*vere dictum*). Esse método seria a proveniência inglesa do *jury*⁸³ e se somaria aos *writs*⁸⁴ na solução dos litígios de competência da corte real (RAMOS, 2006, p. 46).

⁸² “siamo in un ambiente insulare, dove individui, autonomie, memorie, contano molto.”

⁸³ Sobre a origem do júri em outras localidades, vide Ruy Barbosa (1950, p. 27-46).

⁸⁴ No *writ*, o queixoso reclamava ao rei por petição, o Lord Chanceler recebia a questão e emitia ordem (*writ*) para os representantes do rei que, por sua vez, fariam com que o indiciado desse explicações à corte do rei ou já satisfizesse o queixoso (MIRANDA COUTINHO, 2010, p. 5).

Mais detalhadamente, essa construção do *jury* se deu, num primeiro momento, não apenas para as questões penais (FORSYTH, 1852, p. 136): no século XII, os conflitos poderiam ser de competência real, senhorial ou eclesiástica (RAMOS, 2006, p. 45-50); no ato que buscou delimitar a solução no conflito de atribuições entre a justiça real e a eclesiástica, a *Constitutions of Clarendon*, de 1164, em seu item 7, foi determinado que:

Ninguém que tem o rei como chefe, e nenhum de seus servos demesnes [espécie de proprietário feudal], será excomungado, nem as terras de qualquer um deles será colocada em interdito, a menos que primeiro o senhor rei, se ele estiver na terra, ou a sua Justiça, se ele estiver fora do reino, seja convidado a fazer justiça concernente a ele [...] (INGLATERRA, [1164]/2016b, tradução nossa).⁸⁵

Nesse procedimento o rei teria conhecimento dos julgamentos de seu interesse e, conforme o item 9, seria o *chief Justice* do rei quem determinaria se a competência de julgamento do caso era real ou eclesiástica. A Igreja também participaria do procedimento, pois, de acordo com o item 6: “Leigos não devem ser acusados, salvo se por meio de acusadores e testemunhas confiáveis e de direito na presença do bispo, de tal modo que o arqui-diácono não perca seu direito, nem qualquer coisa que ele deva ter com isso.” (INGLATERRA, [1164]/2016b, tradução nossa).⁸⁶ O objetivo das *Constitutions* era de tanto a Igreja quanto o rei assegurarem seus interesses; mas sua grande inovação foi a perseguição que poderia ser solicitada pelo bispo ao representante do rei; na segunda parte do item 6 foi determinado que:

6. [...] E se aqueles que são culpados são tais que ninguém deseja ou ousa acusá-los, o xerife, sendo solicitado pelo bispo, fará com que doze homens confiáveis da vizinhança ou vila jurem na presença do bispo que eles farão manifestar a verdade sobre este assunto, de acordo com a sua consciência (INGLATERRA, [1164]/2016b, tradução nossa).⁸⁷

O *sheriff*, solicitado pelo bispo, provocaria um grupo de 12 homens para dizer a verdade e acusar alguém de uma infração. Isso seria modificado pela *Assize of Clarendon*, de 1166, em que, de acordo com o item 1:

Em primeiro lugar, o acima mencionado rei Henry, pelo conselho de todos os seus barões, para a preservação da paz e a observação da justiça, decretou que uma

⁸⁵ “No one who holds of the king in chief, and no one of his demesne servitors, shall be excommunicated, nor shall the lands of any one of them be placed under an interdict, unless first the lord king, if he be in the land, or his Justice, if he be without the kingdom, be asked to do justice concerning him [...]”

⁸⁶ “Laymen ought not to be accused unless through reliable and legal accusers and witnesses in the presence of the bishop, in such wise that the archdean do not lose his right, nor any thing which he ought to have from it.”

⁸⁷ “6. [...] And if those who are inculpated are such that no one wishes or dares to accuse them, the sheriff, being requested by the bishop, shall cause twelve lawful men of the neigh bourhood or town to swear in the presence of the bishop that they will make manifest the truth in this matter, according to their conscience.”

investigação será efetuada ao longo dos condados separados, e ao longo das centúrias separadas, por meio de doze dos homens mais confiáveis da centúria, e através de quatro dos homens mais confiáveis de cada condado, sob juramento de que eles dirão a verdade: se na sua centúria ou em seu condado houver qualquer homem que, desde que o senhor rei tem sido rei, foi acusado ou conhecido como sendo um assaltante ou assassino ou ladrão; ou qualquer um que é um hospedeiro de assaltantes ou assassinos ou ladrões. E os juízes devem fazer esta investigação por si mesmos, e os xerifes por si mesmos. (INGLATERRA, [1166]/2016a, tradução nossa).⁸⁸

A mudança das *Constitutions* para a *Assize* foi que passou a constar que a atuação do *sheriff* e do conselho de homens confiáveis não seria mais vinculada à solicitação do bispo – o início da persecução não seria por interesse eclesiástico, mas por interesse do rei no julgamento de crimes graves. Do ponto de vista do poder político, foi uma alteração relevantíssima, do ponto de vista jurídico, foi o início do júri penal.

Nesse procedimento, o representante do rei apresentava o potencial culpado a um grupo de homens confiáveis, que realizariam ou não o ato do *indictment* (acusação); era uma combinação de ação popular e autonomia local, o início da persecução é de iniciativa do representante do rei, mas “a acusação é uma *voice of the county*.” (CORDERO, 1986, p. 41, tradução nossa).⁸⁹ A solução foi brilhante, respeitava-se os costumes locais e a autonomia do povo, garantia-se a estabilidade interna, enriquecia-se com as taxas e multas e reprimia-se os crimes graves.

No início, ainda existiam julgamentos por “juízos de Deus” perante o *jury* (provas da água fervente, da água fria, duelo judiciário) (FRAGOSO, 1961, p. 20). A disputa entre os litigantes era uma espécie de guerra particular em que o direito aparecia apenas para estabelecer as regras da luta, do duelo, dos juramentos.⁹⁰ Sendo que os julgamentos não eram necessariamente realizados no local dos eventos relacionados ao processo (FORSYTH, 1852, p. 136). Então, ocorreram dois eventos importantes no mesmo ano, 1215: a *Magna Charta Libertatum* e o *Concilium Lateranense Quartum* (IV Concílio de Latrão).

⁸⁸ “1. 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.”

⁸⁹ “è una voice of the county l'accusa.”

⁹⁰ Foucault diz que o direito germânico “era uma maneira regulamentada de fazer a guerra.” ([1973]/2013, p. 60); e Gilissen lembra que a Inglaterra, após deixar de fazer parte do Império Romano (séc. V), foi invadida pelas tribos germânicas dos anglos, saxões e dinamarqueses; o que fez com que fossem desenvolvidos reinos germânicos em território inglês a partir do século VI, e que fossem redigidas as “leis bárbaras” a partir do direito consuetudinário anglo-saxão. Na invasão de 1066 Guilherme I manteve os direitos anglo-saxônicos, o que explica a presença do direito germânico na Inglaterra (GILISSEN, 1995, p. 209).

Quanto ao primeiro, a situação antes mencionada, de os territórios ingleses se constituírem em feudos pequenos e médios, inicialmente facilitou o controle do monarca sob os senhores feudais, vez que nenhum desses senhores possuía força para rivalizar com o rei; posteriormente, esses senhores se uniram e retiraram parte da força do rei. Juntamente a isso, em 1209, João Sem-Terra (filho mais novo de Henrique II) não reconheceu um bispo católico e acabou excomungado por Inocêncio III (RAMOS, 2006, p. 40-43). Nesse contexto, com o enfraquecimento do rei, o cenário favorável para a criação da *Magna Charta Libertatum* estava pronto. Com ela os senhores feudais aumentariam seu poder e alterariam os julgamentos. No que importa a esta pesquisa, em primeiro lugar, a corte real que julgava os crimes graves, o *King's Bench*, era ambulatória e seguia o rei (GILISSEN, 1995, p. 210), com a *Magna Charta* esse tribunal continuaria ambulatório (isso perdurou até o século XV), mas os processos judiciais deveriam ocorrer na localidade dos eventos e serem julgados pelos pares, de acordo com o *due process of law*; conforme a Carta:

18. [...] Nós, ou, se nós estivermos fora do reino, o nosso chefe de justiça, enviaremos dois oficiais judiciários para cada condado quatro vezes por ano, que devem, a sós com quatro cavaleiros do condado, escolhidos pelo condado, manter as referidas assizes na corte do condado, no dia e no local de encontro daquela corte. [...] 39. Nenhum homem livre será levado ou preso, ou privado de seus bens ou exilado ou de qualquer modo destruído, nem vamos ir contra ele nem mandaremos alguém contra ele, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra. (INGLATERRA, [1215]/2016c, tradução nossa).⁹¹

Em segundo lugar, foi previsto que “A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça.” (INGLATERRA, [1215]/2016c, tradução nossa),⁹² impondo ao rei o respeito às regras e a repressão da corrupção. Em terceiro lugar, foi determinado que um grupo de vinte e cinco barões poderia reformar qualquer decisão do rei contrária ao direito (item 61). Era um momento histórico contra a arbitrariedade e de mudança de poder, com a diminuição da força do rei e o aumento da força dos senhores feudais.

No mesmo ano da criação da *Magna Charta*, 1215, como já demonstrado,⁹³ Inocêncio III realizou o IV Concílio de Latrão e proibiu a participação do clero nos “juízos de Deus”. Sem a participação da Igreja nas cerimônias de ordálias e duelos não teria como a água ou as armas

⁹¹ “18. [...] We, or, if we should be out of the realm, our chief justiciar, will send two justiciaries through every county four times a year, who shall alone with four knights of the county chosen by the county, hold the said assizes in the county court, on the day and in the place of meeting of that court. [...] 39. 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.”

⁹² “40. To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.”

⁹³ Item 4.2.1, *supra*.

serem abençoadas, a presença de Deus para a manifestação da verdade estava prejudicada. Aí ocorreu um fator decisivo para a criação do saber acusatório: sem os “juízos de Deus” eclesiásticos, os duelos passaram a ser “[...] juízos de Deus intelectualmente elaborados” (CORDERO, 2000a, p. 87, tradução nossa).⁹⁴ As disputas das partes permaneceram, mas ao invés da manifestação divina da verdade, a verdade passou a ser fruto do argumento.

Na sequência, conforme Heleno Fragoso:

Com a abolição das ordálias, pelo Concílio de Latrão, em 1215, todas as acusações passaram a ser julgadas pelo mesmo Júri de acusação, acrescido de novos membros. Rapidamente, porém, distinguiu-se o Júri de acusação do Júri de julgamento, sendo este constituído pelos novos membros que se acrescia ao primeiro Júri. Esta distinção, que já havia penetrado na prática judiciária, foi estabelecida por lei, em 1352, instituindo, assim, sistema de dois júris. (1961, p. 20).⁹⁵

E, posteriormente, existiu uma mudança no procedimento; após o fim dos “juízos de Deus”, no início, o júri era a prova, eles eram – além de julgadores – as testemunhas do caso; as provas “[...] só vieram – como regra – nos séculos XV e XVI, como *evidence*, quando já não se tinha conhecimento dos fatos e, portanto, era necessário reconstruir o crime e seus pormenores.” (MIRANDA COUTINHO, 2010, p. 6). Com isso, foi sendo gradativamente estabelecido o duelo intelectual segundo as provas produzidas pelas partes, julgado por um terceiro que garantia a observância das regras. Agora torna-se possível compreender o saber acusatório.

O saber acusatório é uma metodologia do verdadeiro, mas radicalmente distinta do inquisitório. A verdade acusatória não é fruto da iluminação divina ou da análise dos enviados de Deus, é fruto do argumento das partes – que vincula o resultado (CORDERO, 2000a, p. 89) –, e do respeito às regras. No dizer de Bettiol:

[...] foi o mundo anglo-saxão a recolher a herança do mundo clássico da prova entendida como *argumentum*. A tradição tópico-retórica e a dialética entendida como *ars disputandi* foram as matrizes de um sistema de aquisição e avaliação da prova por meio da qual se tende a excluir a falácia do juízo e se persegue o raciocínio da decisão. (2008, p. 168).

Não há um monopólio da verdade como no saber inquisitório; no saber acusatório o julgamento é feito pelos pares, pelos iguais, todos podem participar e potencialmente entender o jogo de dar e receber razões.⁹⁶ O regime de verdade, a posição dos sujeitos na construção do

⁹⁴ “[...] juicios de Dios intelectualmente elaborados”.

⁹⁵ Citação como no original. No mesmo sentido: Forsyth, (1852, p. 215-216).

⁹⁶ Vide: Brandom (2013), Zaffaroni (2011, p. 505) e Carnelutti (1950, p. 44-53).

verdadeiro, é completamente distinto do inquisitório; no regime de verdade acusatório o acusado não é coisa a ser analisada, é um sujeito de direitos, há o “respeito da dignidade do processado como cidadão.” (GOLDSCHMIDT, James, 1935, p. 69, tradução nossa);⁹⁷ sua participação na construção da decisão é de pessoa, não de coisa. O juiz, por sua vez, não é proativo numa falaciosa descoberta da verdade, ele sabe seu lugar de garante do *fair play* (CORDERO, 1986, p. 42); se assume que a verdade não é absoluta, que nunca se chega na verdade real, é aceito que a decisão não tem como ir mais longe do que a dúvida além do razoável (GARAPON, 1999, p. 164); a verdade não é pressuposta, é construída; na ação argumentativa e intelectual do debate e do julgamento, a verdade é resultado da atuação das partes e da seriedade na observância do *due process*:

A perspectiva inquisitória geralmente considera que o objetivo do processo penal é a descoberta da verdade; essa é e deve ser a preocupação principal das regras do processo penal. As regras devem permitir que o “inquisidor” extraia a verdade do suspeito. Em contrapartida, de um ponto de vista acusatório, o processo per se é o que realmente importa. O estabelecimento da verdade histórica não pode ser assegurado senão através do respeito pelas regras processuais, que constituem o método para se obter a “verdade judicial”. No final, essa diferenciação reflete duas crenças epistemológicas opostas: enquanto para o paradigma inquisitório há uma verdade objetiva que o “inquisidor” deve buscar, para a abordagem acusatória a verdade é o resultado natural e lógico de um processo pré-determinado. (ZAPPALÀ, 2008, p. 16, 97-100, tradução nossa).⁹⁸

A construção da verdade por sujeitos de direito, pelo argumento, observando as regras de construção do verdadeiro, com cada um em seu lugar demarcado, essas são as características do saber acusatório; “No fundo, transparece o conceito científico moderno de que a verdade de uma afirmação é essencialmente construída pela seriedade dos processos.” (BETTIOL, 2008, p. 168).

O saber acusatório não proporciona um poder intenso (entendido como relação de força).⁹⁹ O exercício de dominação – pela retórica, por exemplo – é possível, mas não é pressuposto o poder de um sujeito sobre outro. Existe igual oportunidade de participação da acusação e da defesa na construção da decisão; e o juiz deve respeitar o devido processo sob

⁹⁷ “respeto de la dignidad del procesado como ciudadano.”

⁹⁸ “The inquisitorial perspective generally considers that the objective of the criminal process is ascertaining the truth; this is and should be the overriding concern of the rules of criminal procedure. The rules must enable the ‘inquisitor’ to extract the truth from the suspect. On the other hand, from an accusatorial viewpoint the process per se is what really matters. The establishment of historical truth cannot be ensured other than through respect for procedural rules, which constitute the method for reaching ‘judicial truth’. In the end, this differentiation reflects two opposing epistemological beliefs: while for the inquisitorial paradigm there is an objective truth that the ‘inquisitor’ must ascertain, for the accusatorial approach the truth is the natural and logical result of a predetermined process.”

⁹⁹ *Supra*, item 4.1.

sanção de nulidade – ele não pode agir arbitrariamente como o inquisidor, deve respeitar as regras e considerar a argumentação das partes.

Em síntese, o estilo acusatório, nas palavras de Cordero “É um espetáculo dialético, uma luta atlética, um combate aberto, cargas processuais, autorresponsabilidade [...] o único valor está na observação das regras” (2000a, p. 86). Nele, o objeto do processo (*thema decidendum*), o limite de cognição (*thema probandum*) e o limite da decisão (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*) são determinados pela acusação e defesa, que vinculam o juiz do caso (FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 65). Como há igual oportunidade de participação das partes na construção da decisão, tende a existir a paridade entre ambas (MIRANDA COUTINHO, 2010, p. 6).

Enquanto o poder-saber inquisitório surgiu da ambição de alguns papas em dominar o mundo, o saber acusatório surgiu da resistência dos ingleses ao rei normando e seus descendentes. Enquanto em um o acesso ao discurso é restrito e a metodologia do verdadeiro se faz pela análise da coisa, em outro o acesso ao discurso é livre e a verdade é construída por sujeitos de direito que argumentam segundo um conjunto de regras. Ambos os saberes são opostos, mas existiu alguém que resolveu uni-los; esse será o tema do próximo item.

5.2 O monstro de duas cabeças

Para compreender o nascimento do monstro é preciso entender seus antecessores.

Em França, quando oficialmente católica e sob o reinado de Luís XIV, foi construída a *Ordonnance criminelle* de 1670. Apogeu do poder-saber inquisitório, a *Ordonnance* foi um monumento técnico do *ancien régime* (CORDERO, 1986, p. 54). Em linhas gerais, a investigação, sigilosa, é gerida por um juiz, que encaminha as informações produzidas para os procuradores do rei realizarem o exercício da ação pública. Após, há a captura do acusado e o seu interrogatório; caso o acusado não diga nada, isso constitui um indício de culpa. Em seguida, há uma audiência secreta, conduzida também pelo juiz, que lê o que as testemunhas declararam anteriormente e pergunta se elas confirmam o que tenham dito, e em que o acusado, sob juramento, é confrontado com os testemunhos. Posteriormente, após as petições de partes civis (que podem juntar documentos) e a manifestação do procurador do rei, todos os autos são enviados ao tribunal. Composto por três juízes, o tribunal decide se o acusado será submetido à tortura. Por fim, o tribunal realiza o julgamento com base em todo o material produzido – nas palavras de Foucault, a verdade “[...] os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam com o

acusado uma vez antes de dar a sentença.” (FOUCAULT, [1975]/2008, p. 32). Apenas um voto pela condenação já é suficiente para a declaração de culpa. A decisão, se condenatória, determina a pena do acusado, que esse indenize a parte civil e que pague as custas do procedimento. Somente em alguns delitos de caráter financeiro ou administrativo é admitida a defesa técnica. O segredo rege todo o procedimento (CORDERO, 2000a, p. 26-34).

Apesar do procedimento de instrução e julgamento secreto, a execução da sentença é pública. Nela, por um ritual de suplício o soberano exhibe seu poder. O suplício é uma técnica que produz certa quantidade de sofrimento que, se não é possível de ser medido com exatidão, é possível de ser comparado. Pelo suplício o soberano pune um súdito que ousou violar a sua lei. O suplício (a execução da sentença) é uma reação do soberano que, pela força, “se apodera do corpo do condenado para mostrá-lo marcado, vencido, quebrado.” Esse ritual de sofrimento executado publicamente “não restabelecia a justiça; reativava o poder”; demonstrava aos demais súditos o que era possível de lhes acontecer caso quisessem afrontar o soberano ou suas leis (FOUCAULT, [1975]/2008, p. 31-32, 42-43). Com isso, na *Ordonnance* o saber inquisitório impunha um certo poder já na instrução e julgamento ao prender, torturar e humilhar o acusado; e, em sua execução, a condenação resultado desse saber tinha o efeito de expor o condenado a um suplício que era o ápice da dominação e afirmação de poder do soberano sobre o súdito.

Tal espécie de procedimento perdurou até a Revolução Francesa. No século XVIII, com a com a mudança de ideias políticas (influenciada, *e.g.*, pelas obras dos franceses Voltaire e Montesquieu e pela tradução francesa do *Dei delitti e delle pene*, de Beccaria), e com a burguesia inconformada com o absolutismo, com a centralidade administrativa e com o regime fiscal abusivo, eclodiu a Revolução (ESMEIN, 1908, p. 1-4). Com ela, a máquina da *Ordonnance* teria um fim e seriam editadas diversas mudanças sobre os procedimentos penais. Dentre elas, se destacam para a presente pesquisa: as causadas pelo Decreto de 16-29 de setembro de 1791 e o *Code des délits et des peines* de 1795.¹⁰⁰

Pelo Decreto de 16-29 de setembro de 1791 foi regulado, entre outros temas, o julgamento por jurados, cumprindo exigência da Constituição de 3 de setembro de 1791, que determinava o procedimento com dois júris, um de acusação e outro de julgamento:

Um juiz de paz é encarregado da investigação do crime; um juiz togado (*directeur du jury*) colhe a prova a fim de que o júri de acusação (8 membros) decida sobre a

¹⁰⁰ Os demais atos legislativos intermediários entre a *Ordonnance criminelle* de 1670 e o *Code d'Instruction criminelle* de 1808, que não possuem especial relevância para a pesquisa, são detalhadamente explicados por Esmein (1882, p. 399-480), a quem remetemos o leitor interessado.

procedência dela (*s'il y a lieu*) ou não (*s'il n'y a pas lieu*), de modo a que, em caso de decisão positiva, fosse o acusado submetido a um novo órgão, o júri de julgamento, agora composto por 12 membros, o qual decidiria sobre o mérito. (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 38).

Pelo *Code des délits et des peines* de 1795, editado após o *terreur*, Merlin de Douai – o principal autor do Código (CORDERO, 1986, p. 65) – iria criar o embrião da estrutura mista. Segundo o *Code*: “[...] não pode ser lido ao júri qualquer declaração escrita de testemunhas não presentes na audiência.” (art. 365); todavia, caso surjam contradições entre a declaração da testemunha feita em audiência de sua declaração escrita da fase de investigação, o próprio juiz *directeur du jury* deve ler as declarações anteriores (art. 366), o que faz com que o júri de julgamento seja influenciado pelas informações secretas produzidas na investigação (CORDERO, 2000a, p. 52); além disso, todo o material produzido na fase de investigação seria entregue aos jurados, “[...] com exceção das declarações escritas de testemunhas e dos interrogatórios escritos do acusado.” (art. 382); sendo que, de acordo com o art. 477, os jurados devem observar sempre “[...] que as provas escritas não são o único ponto que rege suas decisões, e que elas só lhes servem como informações.” (o mito de que o julgador consegue separar as informações preliminares das provas produzidas em debate teve início junto com a presença dos autos de investigação na fase de julgamento)¹⁰¹ (FRANÇA, [1795]/2016b, tradução nossa).¹⁰²

Como se vê, após esses dois atos legislativos (especialmente) já se tinha em solo francês a mescla da *inquisitionem* ao *jury*, com os atos inquisitórios da investigação influenciando a “fase de debate” (ESMEIN, 1882, p. 448). Porém, o acesso integral aos autos da investigação, incluindo os testemunhos e interrogatórios escritos, com a influência desse material em qualquer situação do julgamento – e não só em casos específicos – só iria ocorrer em 1808, com o *Code d’Instruction criminelle*, o primogênito monstro de duas cabeças.

Após o fim da revolução e o início do consulado, em 1801, com Napoleão Bonaparte já no centro do exercício do poder político, inicia-se a redação de um novo projeto de Código Penal e Processual Penal (CORDERO, 2000a, p. 52). Um dos pontos mais relevantes da

¹⁰¹ O mito ainda permanece nos tribunais: “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 um 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.” (LOPES JR., 2015, p. 154).

¹⁰² “[...] ne peut être lu aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l'auditoire.”; “[...] à l'exception des déclarations écrites des témoins et des interrogatoires écrits de l'accusé”; “[...] que les preuves écrites ne sont point la règle unique de leurs décisions, et qu'elles ne leur servent que de renseignements.”

discussão do projeto era a manutenção ou extinção do júri – parte dos envolvidos no projeto era favorável à manutenção do júri, Napoleão era manifestamente favorável à sua extinção (ESMEIN, 1882, p. 505; 1908, p. 336). Prevaleceram os acordos. Como resultado da discussão, extinguiu-se o júri de acusação e manteve-se o júri de julgamento; além disso, e de altíssima relevância para a essa pesquisa, criou-se um procedimento em que o juiz de instrução produziria as provas numa primeira fase inquisitória,¹⁰³ e, na segunda fase, “acusatória”, as partes debateriam e o júri realizaria o julgamento com acesso tanto àquilo que foi produzido em audiência, quanto à integralidade dos autos da investigação preliminar (CORDERO, 2000a, p. 54-59). De fato, a fase de debate se convertia numa rediscussão da fase de investigação (LOPES JR., 2015, p. 154), o que cumpria a vontade do agora imperador francês Napoleão Bonaparte que, não por qualquer coincidência ou acaso, era quem escolhia os juízes de instrução (art. 55) para um mandato prorrogável de três anos e quem os controlava em sua função de polícia judiciária pela figura do procurador-geral imperial (art. 57)¹⁰⁴ (FRANÇA, [1808]/2016a).

Napoleão concordou com a manutenção do júri de julgamento se os jurados tivessem acesso ao material da investigação preliminar, a troca era interessante para o ditador, afinal, como o próprio disse: “Que importância tem a maneira desde que se chegue ao fim?” (NAPOLEÃO BONAPARTE, 2006, p. 55). Fazem-se devidas as palavras de Aury Lopes Jr.:

[...] alguém imagina que Napoleão aceitaria o tal sistema bifásico se não tivesse certeza de que era apenas um “mudar para continuar tudo igual”? Como “bom” tirano, jamais concordaria com uma mudança dessa natureza se não tivesse certeza de que continuaria com o controle total, por meio da fase inquisitória, de todo o processo. (LOPES JR., 2015, p. 154).

Em 1808 (entrando em vigor em 1811) nasce o monstro bifásico com o *Code d’Instruction criminelle* de uma fase de investigação inquisitória e uma fase de julgamento “acusatória”.

5..2.1 Considerações sobre a estrutura mista do processo penal que mantém os autos da investigação preliminar na fase de julgamento

A estrutura mista mistura saberes incompatíveis, em 1832, Carmignani já dizia:

¹⁰³ “O segredo e a escritura regem o labor do instrutor (arts. 71-86), o acusado não sabe o que lhe virá, e estes autos é que pesarão sobre a decisão [...]” (AMARAL, 2014, p. 115).

¹⁰⁴ Art. 57: “Os juízes de instrução estarão, quanto às funções de polícia judiciária, sob a supervisão do procurador-geral imperial.” (FRANÇA, [1808]/2016a, tradução nossa: “Les juges d’instruction seront, quant aux fonctions de police judiciaire, sous la surveillance du procureur général impérial.”).

Os dois processos com espíritos diferentes não podem ter formas compatíveis, e apenas o som do nome persuade: enquanto a acusação é voz designativa do ato inicial da controvérsia: a inquisição é voz designativa do ato de uma investigação, que não pode ter nem controvérsia, nem lide. [...] Em um há no ânimo a certeza: no outro há a dúvida. Como iludir-se que dois sistemas de características tão diversas possam fazer aliança entre eles? (CARMIGNANI, 1832, p. 295, tradução nossa).¹⁰⁵

No saber inquisitório primeiro se cria uma hipótese solipsista (e paranoica) e depois se busca os fatos (CORDERO, 1986, p. 51); no saber acusatório se apresentam os fatos dialogicamente e depois se aceita ou não as hipóteses. O que acontece na estrutura mista que determine a presença física dos autos de investigação na fase de julgamento é que – além de elementos produzidos sem a participação da defesa influenciarem no convencimento do julgador e a fase de debate acabar se tornando uma repetição da fase de investigação (LOPES JR. 2015, p. 154) – aquele que terá a responsabilidade de proferir o provimento final (o juiz que proferirá a sentença) terá contato com as hipóteses punitivas daqueles que conduziram a investigação e com sua produção unilateral de informação antes dos atos do debate – no ordenamento francês: porque os jurados tem acesso ao material produzido na investigação preliminar, antes do início da participação da defesa, pelas leituras dos autos da investigação preliminar (ESMEIN, 1882, p. 543-545) (CORDERO, 2000a, p. 59-59);¹⁰⁶ no ordenamento brasileiro: porque o juiz que proferirá a sentença atua na investigação, analisa os autos do inquérito para decidir uma cautelar ou para decidir se existe justa causa para a ação penal, também porque os autos da investigação preliminar são anexados à denúncia, estando situados em espaço anterior às demais peças dos autos, sendo, frequentemente, lidos primeiro. Esse procedimento manipula o juiz a criar hipóteses antes dos fatos, com base em informações feitas de modo unilateral, o que fará com que o julgador aja segundo a lógica inquisitória, buscando

¹⁰⁵ “I due processi con difforme spirito non potrebbero aver compatibili forme, e il solo suono del nome ne persuade: imperocchè l'accusa è voce designativa di atto iniziale di controversia: la inquisizione è voce designativa di atto d'una ricerca, che non può avere nè controversia, nè lite. [...] L'uno ha nell'animo la certezza: l'altro vi ha il dubbio. Come lusingarsi che due sistemi di sì diverso carattere possano fare alleanza tra loro?”

¹⁰⁶ Segundo o *Code d'Instruction criminelle* (FRANÇA, [1808]/2016a), logo no início da sessão de julgamento, o presidente do júri deve expor aos jurados a matéria que será julgada (art. 267) e possui um poder discricionário para realizar qualquer medida que considere útil para a descoberta da verdade (art. 268), o que inclui a leitura de qualquer detalhe dos autos da investigação preliminar que entenda ser relevante para o julgamento (CORDERO, 2000a, p. 58-59) – além disso, o art. 318 determina expressamente que o juiz presidente deve destacar as adições, mudanças ou variações entre a declaração de uma testemunha em audiência e suas declarações anteriores, o que também ocorre antes da participação da defesa. Com essa dinâmica, o contato dos jurados com a leitura do material produzido na investigação preliminar, antes da atuação da defesa na sessão de julgamento, é frequente.

confirmar a verdade que já aceitou¹⁰⁷ – o que foi demonstrado empiricamente por Schünemann (2013, p. 205-221).

O epílogo de tudo isso é a constatação de que a estrutura mista que mantenha os autos da investigação preliminar na fase de julgamento não é composta de uma fase inquisitória que é seguida por uma fase acusatória, ela é composta de uma fase inquisitória que contamina tudo o que vem depois e que impede a realização da fase acusatória (a argumentação da defesa e os elementos que sejam contrários às hipóteses que o juiz já aceitou serão relativamente ignorados pelo julgador, que estará em situação de dissonância).¹⁰⁸ Desta maneira, essa estrutura mista, ao invés de ser primeiramente inquisitória e posteriormente acusatória, é neoinquisitória (MARINHO MARQUES, 2014, p. 26). Nas palavras de Giuliano Vassalli:

[...] quando se pode transportar ao debatismo como fonte de prova única ou prevalente a prova coletada pela polícia, não sei como se possa definir “misto” um tipo similar de processo, que permanece essencialmente inquisitório, ao menos na minha modesta opinião (2010, p. 14, tradução nossa).¹⁰⁹

Nessa estrutura neoinquisitória, criada num período de absolutismo francês, em que há a presença física dos autos da investigação na fase de julgamento, o juiz, mesmo que bem-intencionado, estará em dissonância cognitiva causada pela sequência dos atos do procedimento (SCHÜNEMANN, 1989; 2012; 2013, p. 205-221). Suas hipóteses serão construídas sem a participação da defesa, pelos elementos do inquérito, que são os primeiros que ele tem contato e serão os primeiros a fazerem com que o julgador crie uma hipótese. Pior, para não sofrer desconforto psicológico, ele modificará sua ação buscando confirmar a sua hipótese já aceita e, com isso, não conseguirá ser o máximo possível equidistante à acusação e defesa.¹¹⁰

Certo é que, hoje, todas as estruturas do processo penal são mistas – possuem um núcleo acusatório ou inquisitório e agregam elementos secundários do seu oposto (MIRANDA COUTINHO, 2004, p. 81). Mas a transposição do acervo produzido na investigação para a fase de julgamento não é condição para que exista processo penal – nem foi sempre assim (como demonstrou-se na análise do direito inglês, por exemplo, e como será demonstrado¹¹¹ pela

¹⁰⁷ “[...] a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro mental paranoico. Decide-se antes (o que é normal, no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha.” (MIRANDA COUTINHO, 2004, p. 84).

¹⁰⁸ *Supra*, capítulo 3.

¹⁰⁹ “[...] quando si può travasare nel dibattito come fonte di prova unica o prevalente la prova raccolta dalla polizia, non so come si possa definire ‘misto’ un simile tipo di processo, che rimane essenzialmente inquisitorio, almeno a mio modesto avviso.”

¹¹⁰ Vide, *supra*, capítulo 2.

¹¹¹ Item seguinte.

análise do Código do Processo Penal do Distrito Federal, de 1924) e numa estrutura de preponderância acusatória não pode ser assim, vez que a passagem do acervo da investigação preliminar para a fase de julgamento impede que exista uma fase acusatória.

Por isso, a estrutura procedimental mista que mantenha os autos da investigação preliminar na fase de julgamento é neoinquisitória, parcial e leva o juiz a entrar em dissonância cognitiva e a tomar partido consonante às hipóteses e elementos criados no inquérito sem a participação em contraditório da defesa.

Essa estrutura mista que atendeu a vontade do déspota francês influenciou várias legislações posteriores da Europa continental e também de países não europeus, como o Brasil (MIRANDA COUTINHO, 2001, p. 40).

5.3 Genealogia da presença física do inquérito policial na fase de julgamento no Brasil

Agora, visto como foi construída a estrutura mista, torna-se possível analisar a situação do Brasil.

A primeira grande mudança no procedimento penal brasileiro posterior ao *Code* francês de 1808 foi causada pela Constituição de 1824. Em função da pressão liberal que oligarcas brasileiros exerciam sobre o imperador (FAORO, 2008, p. 334), esse texto foi influenciado mais pelos ideais da Revolução Francesa do que pelos do governo napoleônico (PIERANGELLI, 1983, p. 99).

A Constituição de 1824 previa, por exemplo, a legalidade, a liberdade de pensamento, a inviolabilidade do domicílio, a ilegalidade de prisão que não seja em flagrante ou por ordem judicial, o juiz natural, abolição da tortura, a pessoalidade da pena, o direito de propriedade e o sigilo de correspondência (art. 179) (BRASIL, [1824]/2016d) – lembrando-se, contudo, que esses eram direitos garantidos aos brancos e que a escravidão continuaria por décadas.

Buscando adequar o procedimento penal à Constituição, em 1832 – logo após a abdicação de Pedro I e o início do período regencial em 1831, ou seja, num período de enfraquecimento da monarquia –, foi editado o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, o Código Processual Penal do Império. Nele, apesar da inclusão dos avanços da Constituição de 1824, o procedimento era misto, predominantemente inquisitório, com a gestão da prova centralizada no juiz e com a fase de investigação preliminar influenciando o debate. Sua estrutura era composta de três grandes momentos: no primeiro, o juiz de paz, eleito pelos

homens brancos¹¹² (art. 10), atuaria acumulando as funções de polícia administrativa, polícia judiciária e de juiz – ele era, *e.g.*, o vigilante contra os suspeitos e desconhecidos (art. 12, § 1.º), realizava o auto de corpo de delito (art. 12, § 4.º), formava a culpa dos delinquentes (art. 12, § 4.º) e determinava a prisão (art. 12, § 5.º). Num segundo momento, o próprio juiz de paz previamente eleito julgava os delitos leves (arts. 205 a 212); nos demais, se fossem casos de delitos públicos, a ação era promovida pelo promotor público, por qualquer do povo ou pelo próprio juiz *ex officio* (arts. 74, 154, 206); e, se fossem casos de delitos privados, a ação era promovida pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 72) – ressalvada a situação de o ofendido ser miserável, na qual o promotor público ou qualquer do povo podia iniciar o procedimento (art. 73). O julgamento de admissibilidade da acusação era dirigido pelo juiz de direito (nomeado pelo imperador, art. 44) e efetuado pelo júri de acusação, composto de 23 pessoas do distrito, a quem eram lidos todos os autos produzidos na investigação (arts. 243 e 244). Rejeitada a acusação pelo júri, encerrava-se o procedimento (art. 251), admitida, iniciava-se o terceiro momento: perante o júri de sentença, de 12 membros populares, o juiz de direito interrogava o acusado (art. 259) e – de especial relevância para essa pesquisa –, conforme o art. 260 do Código, “Findo o interrogatorio, o Escrivão lerá todo o processo de formação de culpa, e as ultimas respostas do réo, que estarão nelle escriptas.” – fazendo com que, já no primeiro Código de Processo Penal de autoria brasileira, a investigação preliminar influenciasse o julgamento de mérito. Após esse ato, ocorria a inquirição das testemunhas pela acusação e defesa e o debate entre ambas (arts. 261 a 267); em seguida, o júri de sentença realizava o julgamento do caso penal (art. 270) (BRASIL, [1832]/2016a) (PIERANGELLI, 1983, p. 103-106).

Nas décadas seguintes, o recém independente Império do Brasil enfrentaria ameaças em sua dominação interna em função de revoltas que buscaram modificar a centralidade do poder, *exempli gratia*, a Cabanagem (1832-1835), a Revolução Farroupilha (1835-1845), a Sabinada (1837-1838) e a Balaiada (1838-1841) (FAORO, 2008, p. 367-368).

A resposta do Império, além de armada pelos artefatos bélicos, foi armada pelo direito. Em 3 de dezembro de 1841, pouco mais de quatro meses após a coroação de Pedro II, passou a vigor a Lei n. 261, que reformou o Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Com ela, atribuições do juiz de paz seriam transferidas para a polícia¹¹³ e, ao invés de juízes eleitos

¹¹² Arts. 90 a 97 e 162 da Constituição de 1824 (BRASIL, [1824]/2016d).

¹¹³ Conforme disposição expressa da Lei n. 261 (arts. 4.º e 5.º): “Art. 4.º Aos Chefes de Policia em toda a Provincia e na Côte, e aos seus Delegados nos respectivos districtos compete: § 1.º As attribuições conferidas aos Juizes de Paz pelo art. 12 §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 7.º do Codigo do Processo Criminal. § 2.º Conceder fiança, na fôrma das leis, aos réos que pronunciarem ou prenderem. § 3.º As attribuições que ácerca das Sociedades secretas e

conduzirem a investigação, ela seria conduzida pelos chefes de polícia, delegados e subdelegados¹¹⁴ nomeados pelo imperador ou pelos presidentes das províncias (equivalente aos atuais governadores dos Estados):

Art. 1.º Haverá no Municipio da Côrte, e em cada Provincia um Chefe de Policia, com os Delegados e Subdelegados necesarios, os quaes, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiaes são subordinadas ao Chefe da Policia. (BRASIL, [1841]/2016h).

Todos os responsáveis por essas funções policiais só permaneciam no cargo enquanto satisfizessem a vontade do governo; além disso, ocorreu um aumento significativo do número de promotores públicos com o art. 23 da lei¹¹⁵ e, entre outras modificações, foi extinto o júri de acusação (FREDERICO MARQUES, 1980, p. 118-120) (PIERANGELLI, 1983, p. 140-143). No ponto principal, com a Lei n. 261, a atividade policial passou a ser intensamente centralizada

ajuntamentos illicitos concedem aos Juizes de Paz as leis em vigor. § 4.º Vigiar e providenciar, na fôrma das leis, sobre tudo que pertence á prevençãõ dos delictos e manutençãõ da segurança o tranquillidade publica. § 5.º Examinar se as Camaras Municipaes tem providenciado sobre os objectos do Policia, que por Lei se achãõ a seu cargo, representando-lhes com civilidade as medidas que entenderem convenientes, para que se convertãõ em Posturas, e usando do recurso do art. 73 da Lei do 1.º de Outubro de 1828, quando não forem attendidos. § 6.º Inspeccionar os Theatros e espectaculos publicos, fiscalizando a execuçãõ de seus respectivos Regimentos, e podendo delegar esta inspecçãõ, no caso de impossibilidade de a exercerem por si mesmos, na fôrma dos respectivos Regulamentos, ás Autoridades Judiciarias, ou Administrativas dos lugares. § 7.º Inspeccionar, na fôrma dos Regulamentos as prisões da Provincia. § 8.º Conceder mandados de busca, na fôrma da Lei. § 9.º Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposiçãõ do caso e de suas circumstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa. Se mais de uma autoridade competente começarem um processo de formaçãõ de culpa, proseguirá nelle o Chefe de Policia ou Delegado, salvo porém o caso da remessa de que se trata na primeira parte deste paragrapho. § 10. Velar em que os seus Delegados, e Subdelegados, ou subalternos cumprãõ os seus regimentos, e desempenhem os seus deveres, no que toca a Policia, e formar-lhes culpa, quando o mereçãõ. § 11. Dar-lhes as instrucções que forem necessarias para melhor desempenho das attribuições policiaes que lhes forem incumbidas. Art. 5.º Os Subdelegados, nos seus districtos, terãõ as mesmas attribuições marcadas no artigo antecedente para os Chefes de Policia e Delegados, exceptuadas as dos §§ 5.º, 6.º e 9.º.” (BRASIL, [1841]/2016h); e a referênciã do art. 4.º, § 1.º, da Lei n. 261 é: “Art. 12. Aos Juizes de Paz compete: § 1.º Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu Districto, sendo desconhecidas, ou suspeitas; e conceder passaporte ás pessoas que lh'o requererem. § 2.º Obrigar a assignar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das famílias. § 3.º Obrigar a assignar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretençãõ de commetter algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos comprehendidos no paragrapho antecedente, multa até trinta mil réis, prisãõ até trinta dias, e tres mezes de Casa de Correçãõ, ou Officinas publicas. § 4.º Proceder a Auto de Corpo de delicto, e formar a culpa aos delinquentes. § 5.º Prender os culpados, ou o sejam no seu, ou em qualquer outro Juizo. § 7.º Julgar: 1.º as contravenções ás Posturas das Camaras Municipaes: 2.º os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisãõ, degredo, ou desterro até seis mezes, com multa correspondente á metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correçãõ, ou Officinas publicas onde as houver.” (BRASIL, [1832]/2016a).

¹¹⁴ “[...] com a chegada da Corte portuguesa no Brasil, foi criada a Intendência Geral de Polícia, cuja chefia era desempenhada por um desembargador, nomeado Intendente Geral de Polícia, com status de ministro de Estado. Dadas as peculiaridades e extensão do território nacional, o intendente podia autorizar outra pessoa a representá-lo nas províncias, surgindo desta atribuição o uso do termo ‘delegado’ no Brasil.” (PERAZZONI, 2015, p. 20).

¹¹⁵ “Art. 23. Haverá pelo menos em cada Comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito: quando porém as circumstancias exigirem, poderão ser nomeados mais de um.” (BRASIL, [1841]/2016h).

no governo central e organizada de cima para baixo, nas palavras de Raymundo Faoro: “A liberdade – isto é, a autonomia das influências locais – estava morta.” (2008, p. 384).

Nos anos seguintes, impulsionados pelo aumento dos ganhos econômicos do século XIX, os oligarcas liberais aumentaram seu poder (FAORO, 2008, p. 457-500); somado a isso, desde o início de sua vigência a Lei n. 261 já era combatida, tendo sido apresentados projetos de reforma por Fernando Tôrres, Pimenta Bueno, Nabuco de Araújo, Martim Francisco e José de Alencar. Nesse contexto, com a pressão por mudança, em 1871, sob a influência do visconde do Rio Branco, foi promulgada a Lei n. 2.033, regulamentada pelo Decreto n. 4.824, que, no que importa a este trabalho, separou as funções de polícia das de justiça e criou o inquérito policial (FREDERICO MARQUES, 1980, p. 120-121). De acordo com o art. 38 do Decreto n. 4.824, pelo inquérito:

Os Chefes, Delegados e Subdelegados de Policia, logo que por qualquer meio lhes chegue a noticia de se ter praticado algum crime commum, procederão em seus districtos ás diligencias necessarias para verificação da existencia do mesmo crime, descobrimento de todas as suas circunstancias e dos delinquentes. (BRASIL, [1871]/2016e).

Assim, para apurar a materialidade e a autoria de um crime, os agentes responsáveis pela investigação deveriam realizar diligências, registradas por escrito (art. 42), que seriam encaminhadas aos promotores públicos e juízes para a análise da conveniência da prisão do investigado e o exercício da ação penal (art. 44) (BRASIL, [1871]/2016e) (PIMENTA BUENO, [1857]/1959, p. 71).

Com a Constituição Republicana de 1891, o Distrito Federal e os Estados-Membros passaram a ter competência para legislar em matéria processual – desse período, destaca-se que no “Codigo do Processo Penal para o Distrito Federal”,¹¹⁶ de 1924, a investigação era realizada majoritariamente pela polícia,¹¹⁷ mas seu registro era feito em dois autos distintos (FRANCO, 1950, p. 59). No primeiro, os autos de investigação, eram juntados, *e.g.*, os registros do exame de corpo de delito, do flagrante, das buscas e apreensões e os documentos relacionados ao suposto delito. No segundo, nos autos de inquirição, feitos em apartado, eram registradas as declarações de pessoas que tinham conhecimento sobre os fatos. Com essa dinâmica, segundo o art. 243:

¹¹⁶ Redação como no original.

¹¹⁷ O Ministério Público também podia investigar: “Art. 245. Durante a investigação policial, poderá o Ministerio Publico requerer ou promover todas as diligencias que lhe parecerem convenientes.” (BRASIL, [1924]/2016g).

Os autos de inquirição, appensos aos de investigação, nos termos dos arts. 241 e 242 servirão, apenas, de esclarecimento ao Ministerio Publico, não se juntarão ao processo, quer em original, quer por certidão, e serão entregues, após a denuncia, pelo representante do Ministerio Publico ao cartorio do juizo, em envolvero lacrado e rubricado, afim de serem archivados á sua disposição. (BRASIL, [1924]/2016g).

Assim, grande parte do procedimento preliminar era impedida de contaminar a fase judicial; apenas os elementos irrepetíveis eram mantidos na fase de debate.

Em 1928, período de greves trabalhistas, que tinha presidente Washington Luís e em que “A questão social se converte – quer tenha pronunciado ou não a frase o último presidente da República Velha – numa questão de polícia.” (FAORO, 2008, p. 756), o inquérito policial foi reestabelecido pelo Decreto 5.515, tendo sido determinado em seu art. 33 que “O inquerito policial, quando concluído ou no caso do art. 19, paragrapho unico. acompanhará sempre a denuncia ou queixa, iniciadora da acção penal, e, merecendo valor até prova em contrario, será incorporado aos autos do processo.” (BRASIL, [1928]/2016f).

Posteriormente, ocorre a Revolução de 1930, a deposição do presidente Washington Luís e a ascensão de Getúlio Vargas à chefia do “Governo Provisório”. Quatro anos depois – com a pressão da Revolução Constitucionalista de 1932 (Guerra Paulista) à então recente governança varguista – foi promulgada uma nova Constituição em 1934 que, no que interessa a esta pesquisa, determinou que a competência para legislar em matéria processual seria privativa da União e, no art. 11 de suas disposições transitórias, estabeleceu que o governo nomearia uma comissão de três juristas, sendo dois Ministros do Supremo Tribunal Federal e um advogado, para elaborar o projeto de um novo Código de Processo Penal. A comissão foi nomeada pelo Decreto de 22 de agosto de 1934 e composta pelo advogado Gama Cerqueira, pelos Ministros Bento de Faria, Plínio Casado, e pelo então Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, Vicente Ráo, que foi o seu presidente. Essa comissão criou o “Projeto do Código do Processo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil” de 1935, que ficou conhecido como Projeto Vicente Ráo (FREDERICO MARQUES, 1980a, p. 122-123).

No que importa a este trabalho, o Projeto Vicente Ráo abolia o inquérito policial e implantava o juizado de instrução. Segundo a Exposição de Motivos do Projeto:

Uma inspeção, por mais ligeira que seja, das leis do processo penal vigentes, revela desde logo, a par de um lastimável atraso, uma evidente inadaptação às condições atuais de nossa vida social. Diga-se a verdade por inteiro e com coragem: – à apuração da responsabilidade criminal não se procede, hoje ainda, em juízo, mas perante a polícia. Esta, ao envez de se limitar às funções de investigação e de manutenção da ordem, forma o conteúdo do processo e, antecipando-se às autoridades judiciárias, pratica atos inequivocamente processuais, tais, por exemplo, as declarações do acusado e o depoimento das testemunhas, que toma por escrito. Ê ao que se chama “inquérito” ou seja, a peça donde o Ministério Público, raramente colaborador de sua

feitura, extrai os elementos para a denúncia, escolhe a dedo o rol das testemunhas de acusação e colhe a indicação das demais provas, inicialmente constituídas, todas elas, pelo espírito obliterado, que a prática do ofício determina, da autoridade policial respectiva. Acumulado esse material, com êle se amálgama o “processo” propriamente dito. Mas, em que consiste o “processo”? — Consiste, em última análise, na reprodução dos depoimentos, circunstâncias indiciárias, declarações, exames e vistorias já constantes dos autos do inquérito. Chama-se a isso, por sua vez, “formação da culpa”, que vem a ser a procura, pelo promotor e pelo juiz sumariante, da ratificação do inquérito, isto é, da peça formada fora do juízo e sem maior garantia, quer para o acusado, quer para a ordem social. (RÁO et al., 1938, p. 155).

Como solução foi proposto o juizado de instrução em que ao juiz instrutor competia a instrução do processo (auxiliada pela polícia); ao juiz processante competia o preparo do julgamento, o julgamento e a execução; e, à polícia competia as diligências e investigações preliminares, assim como as ordenadas pelo juiz instrutor (RÁO et al., 1938, p. 158). Quando não fosse o caso de arquivamento de ofício da instrução (art. 139) o próprio juiz instrutor julgava certos delitos;¹¹⁸ outros tinham o seguinte procedimento: o juiz instrutor, quando entendesse haver indícios de algum delito, remetia os autos ao juízo processante competente (art. 138); esse abria vista à acusação para o oferecimento da ação penal (art. 142); em seguida, o acusado era notificado para oferecer “contestação escrita” no prazo de cinco dias (arts. 148 e 149), em que poderia requerer diligências e juntar documentos. Após, nos termos do art. 206: “Todas as provas devem ser produzidas no processo perante o respectivo Juiz”. Realizada a produção probatória e preparado o processo, o juiz processante agendaria audiência para que o réu fosse interrogado e ocorresse o debate oral entre as partes (art. 287). Com essa etapa realizada, o juiz proferiria a sentença (art. 293) – recorrível (art. 383 e 410) (RÁO et al., 1938).

O Projeto avançava em dizer que toda prova deveria ser produzida perante o juiz da fase de julgamento (art. 206), mas continuava mantendo o acervo produzido pelo juiz instrutor (então responsável pela investigação) nos autos do processo (arts. 112, 123-136, 138). Além disso, ao juizado de instrução cabem as críticas de Aury Lopes Jr., para quem a investigação judicial apresenta os inconvenientes de: outorgar à mesma pessoa a investigação e a decisão de sequência da persecução; a mesma pessoa decidir sobre a necessidade de um ato e se foi observada a legalidade; na fase de investigação existir uma enorme desigualdade entre aquele que investiga e o investigado; pela formalidade dos atos judiciais, a investigação tender a ser menos célere; a investigação não ser orientada segundo a opinião de seu principal destinatário

¹¹⁸ Segundo o seguinte procedimento: “Art. 291 – Quando o julgamento competir ao Juiz de instrução, depois de encerrada a mesma, mandará êle abrir vista dos autos, pelo prazo de três dias, ao representante do Ministério Público ou ao ofendido, quando a este couber o exercício da ação penal, para indicar o artigo de lei em que houver incorrido o acusado, bem como as circunstâncias agravantes. Em seguida, dará vista ao acusado, por igual prazo, para deduzir sua defesa. Parágrafo único – A seguir, serão os autos imediatamente conclusos para julgamento, que deverá ser proferido dentro do prazo de cinco dias.” (RÁO et al., 1938, p. 224).

– a acusação; confundir as funções de acusar e julgar (no Projeto Vicente Ráo o juiz chegava a intimar o acusador para oferecer a acusação quando ele (juiz instrutor) entendesse ser devido o início da fase processual em contraditório (art. 291)); acabar por existir a produção de elementos na fase de investigação (sigilosa, sem contraditório)¹¹⁹ que influenciarão o julgador da fase de julgamento (por estarem presentes nos autos) e que terão a credibilidade de um acervo produzido por um juiz (LOPES JR., 2001, p. 76-77).¹²⁰

De qualquer sorte, com a ditadura de Getúlio Vargas e a nova Constituição – redigida, principalmente, pelo autoritário Francisco Campos – em 1937, o Projeto Vicente Ráo jamais entrou em vigor.

Na Constituição do Estado Novo de 1937 a competência privativa da União para legislar em matéria processual foi mantida (PIERANGELLI, 1983, p. 165-167). E, em 1941, em plena ditadura varguista, com o mundo vivendo a segunda guerra – e com o fascismo tentando dominar a humanidade –, foi decretado o atual Código de Processo Penal (inspirado no *Codice Rocco* criado na Itália de Mussolini).¹²¹ Segundo seu idealizador Francisco Campos (Ministro da Justiça de Getúlio Vargas):

De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o seu afeiçoamento ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do estado. As nossas leis vigentes 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 terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum. (CAMPOS, 2001, p. 121)

De estrutura mista, predominantemente inquisitória, o Código chegou a eliminar quase por completo os procedimentos iniciados *ex officio* pelo juiz, mas, com uma fase de investigação inquisitória seguida por uma fase de debate, o inquérito policial (nos moldes da reforma de 1871) foi mantido¹²² e, segundo o art. 12, deve acompanhar a denúncia ou queixa

¹¹⁹ Conforme o Projeto Vicente Ráo: “Art. 125 – O procedimento em segredo da justiça e a incomunicabilidade dos indiciados somente serão permitidos quando a ordem pública, ou o interesse da sociedade ou a conveniência da instrução o exigir, sendo nesse caso proibida qualquer publicação, sob pena de responsabilidade. Parágrafo único – A incomunicabilidade do indiciado não poderá exceder de 48 horas.” (RÁO et al., 1938).

¹²⁰ Para Lopes Jr., a investigação judicial também teria as vantagens de: garantir que o executivo não interfira na investigação; o fato de a investigação ser realizada por um órgão que teoricamente não favorecerá a qualquer das partes; a maior qualidade do que é produzido; fazer com que o juiz que investiga não julgue (LOPES JR., 2001, p. 73).

¹²¹ Vide a própria exposição de motivos do Código de 1941 em Pierangelli (1983, p. 534).

¹²² A justificativa da exposição de motivos do Código de 1941 para a manutenção do inquérito policial foi: “O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias

sempre que lhe servir de base (BRASIL, [1941], 2016b). Em regra,¹²³ o mesmo juiz atua na fase de investigação, recebe ou rejeita a acusação e julga o mérito do caso penal, sendo que, com base na “livre apreciação da prova” presente na redação original do art. 157, a literatura jurídica afirmava que:

Poderá o juiz basear o seu livre convencimento, para condenar o réu, em peças do inquérito policial? Tudo depende das circunstâncias do caso, como aliás, sempre acontece, quando se focaliza a “livre convicção”. Se os indícios e elementos circunstanciais do *factum probandum* forem tais que gerem a convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar sua decisão. Notadamente quando os fatos apurados no inquérito se entrosam, como dados circunstanciais, a provas colhidas na fase judicial de instrução. (FREDERICO MARQUES, 1959, p. 86).

O Código do Estado Novo foi reformado diversas vezes, destaca-se para a pesquisa a reforma de 2008, em que não só a “livre apreciação da prova” foi mantida como o art. 155 passou a ter a seguinte redação: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (BRASIL, [1941]/2016b).

No projeto inicial de reforma do Código não constava o vocábulo “exclusivamente”, o que provocava a vedação da utilização no julgamento de mérito daquele material produzido na investigação preliminar – o que se justificava (e se justifica) na inexistência de contraditório na fase preliminar (BARROS, 2009, p. 24-25). Todavia, no Congresso Nacional foi adicionado o

dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual.” (PIERANGELLI, 1983, p. 535). Novamente com Lopes Jr., a investigação policial tem as vantagens da “amplitude da presença policial, a teórica celeridade e a economia para o Estado”; e as desvantagens de: terem “*discricionariade de fato* para selecionar as condutas a serem perseguidas” – o que é percebido pela preocupação dos policiais muito maior com os delitos violentos do que com os sem vítima concreta, como os delitos econômicos –; não necessariamente servir para a apuração do que o titular da ação penal entende que seja relevante ser apurado; frequentemente encarar a atuação da defesa como prejudicial à investigação; o acervo investigativo ter pouca credibilidade por causa da forma e do ambiente em que o material é produzido (LOPES JR, 2001, 58-63).

¹²³ A exceção ocorre, por exemplo, nos procedimentos do tribunal do júri e em comarcas que possuem um juízo com competência exclusiva de atuação na fase de investigação, como em Belo Horizonte.

vocábulo referido e a rançosa interpretação de que o juiz pode livremente fundamentar sua decisão nos elementos do inquérito, desde que confirmados em prova judicial, permanece.¹²⁴

No meio do caminho, no que importa a este trabalho, entre o Código do Estado Novo de 1941 e a reforma de 2008, o Brasil se fez democrático e promulgou a Constituição Federal de 1988. Isso deveria ter mudado tudo e colocado fim à ditadura de qualquer agente público (seja ele do executivo, do legislativo ou do judiciário); mas, “A fronteira entre a ditadura e democracia não é dada pela sucessividade no tempo histórico, desenha-se nas práticas, isto é, nas decisões políticas.” (CUNHA MARTINS, 2010, p. 114) e, mesmo sob regime democrático, a estrutura procedimental brasileira permanece neoinquisitória, antidemocrática, criadora de dissonância cognitiva e parcial, com reformas pontuais do Código que se mostraram “mudanças para tudo permanecer como sempre esteve” (MIRANDA COUTINHO, 2008, p. 11), vez que a inquisitorialidade continua a reinar no processo penal.

Tal situação é inadmissível no Estado Democrático de Direito brasileiro, como será demonstrado no próximo capítulo.

¹²⁴ Vide, por todos, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC 118.627/RJ (BRASIL, 2016j); e também Müller (2011, p. 101).

6 A EXCLUSÃO FÍSICA DOS AUTOS DO INQUÉRITO DA FASE DE JULGAMENTO

Como foi explicitado, o atual Código de Processo Penal brasileiro foi editado na ditadura do Estado Novo, possui uma estrutura de ascendência do absolutismo francês e privilegia a investigação moldada pela inquisição católica; seu procedimento estimula o juiz a tomar partido antes do debate, mantendo a lógica inquisitória do “*primado das hipóteses sobre os fatos*” (CORDERO, 1986, p. 51, tradução nossa)¹²⁵ – o que, como mostrou a dissonância cognitiva, leva ao desprezo com a participação da defesa e ao solipsismo na construção da decisão.¹²⁶ Sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito é explícita.

O Estado Democrático de Direito articula a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos, ou seja, no Estado Democrático de Direito se fazem presentes os limites estabelecidos pelo direito (autonomia privada) e as decisões jurídicas somente são legítimas se construídas pela participação efetiva do cidadão (autonomia pública), que é o destinatário da norma. Nele, o cidadão se reconhece como coautor das decisões jurídicas e, tanto o direito possibilita e estimula a participação do cidadão, quanto a decisão jurídica só é legítima quando essa participação é considerada (BARROS, 2008, p. 22-35; 2009b, p. 10-13).

Esse limite ao exercício do poder que ao mesmo tempo assegura a participação do cidadão na construção da decisão é garantido pelo processo, entendido como modelo constitucional (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).¹²⁷ O modelo constitucional do processo, ao determinar que em todos os atos estatais (seja do legislativo, executivo ou judiciário) deve ser observado um conjunto de princípios processuais, limita a arbitrariedade e a centralização do exercício do poder: é previsto pelo ordenamento, já em sua constituição – texto maior na limitação do exercício do poder (BARACHO, 1977, p. 151-153) –, que os provimentos devem ser construídos, *e.g.*, observando o contraditório, a fundamentação das decisões, a ampla argumentação, a imparcialidade e, especificamente no processo penal, o estado de inocência (BARROS, 2009b, p. 10-22).

Com a garantia do processo ninguém tem a possibilidade de agir como bem entende na construção das decisões jurídicas; a cada um cabe um espaço demarcado, que limita o seu potencial de atuação; sem a centralidade do poder na construção da decisão, o provimento

¹²⁵ “*primato dell'ipotesi sui fatti*”.

¹²⁶ “fala-se em *solipsismo judicial* para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício pleno do contraditório, donde decisões judicial nascem do labor solitário do juiz, ao arripio do contraditório. O *juiz solipsista* é o arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua isoladamente, compromissado com a sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade e eficiência.” (NUNES; DELFINO, 2014, p. 205).

¹²⁷ *Supra*, item 2.3.

jurídico é o resultado de um debate policêntrico (NUNES, 2008) estruturado de forma tal que assegura a participação direta e efetiva dos interessados (destinatários do provimento) em sua formação, em igualdade de condições. Nessa formação da decisão no Estado Democrático de Direito, tanto a acusação quanto a defesa têm o direito de ter suas razões consideradas (BARACHO, 1995, p. 60); como disse André Cordeiro Leal: “Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade.” (2002, p. 105).¹²⁸

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, [1988]/2016c) expressamente estabelece que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” e prevê elementos da matriz acusatória do processo: ação penal pública privativa do Ministério Público (art. 129, I); ampla defesa (art. 5.º, LV); contraditório (art. 5.º, LV); devido processo legal (art. 5.º, LIV); princípio do estado de inocência (art. 5.º, LVII); júízo natural (art. 5.º, XXXVII e LIII); publicidade dos atos judiciais (art. 93, IX); dessa forma, a Constituição Federal de 1988 impõe o processo democrático e a preponderância da acusatoriedade em todo o processo penal brasileiro (PRADO, 1999, p. 149).

No processo democrático, ao contrário do saber inquisitório, ninguém possui o monopólio do saber e, em acordo com o saber acusatório, as decisões jurídicas são resultado do respeito às regras do jogo e da consideração efetiva pelo júízo da participação das partes, de forma o mais imparcial possível – lembrando-se que, como demonstrado no item 2.3, a imparcialidade deve penetrar a organização da estrutura do procedimento (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 61) para que seja potencializado ao juiz a aproximação da meta de ser imparcial.

Com a teoria da dissonância cognitiva de Festinger e Irle aplicada por Schünemann, fica claro que a estrutura que mantenha fisicamente os autos da investigação preliminar na fase de julgamento impede a possibilidade de o julgador se aproximar da meta de imparcialidade (SCHÜNEMANN, 2013, p. 205-221). O juiz não conseguirá ouvir a argumentação da defesa que cause a si desconforto psicológico com a hipótese que já construiu com base nos elementos do inquérito. A fase processual, que era para ser acusatória, acaba se tornando uma repetição do inquérito com atores paranoicos.¹²⁹ Sem a consideração com a participação da defesa –

¹²⁸ Vide: Del Negri (2008, p. 55-88).

¹²⁹ De acordo com Freud: “Ora, sucede que a paranóia, na sua forma clássica, é um modo patológico de defesa, tal como a histeria, a neurose obsessiva e a confusão alucinatória. As pessoas tornam-se paranoicas diante de coisas

incentivada pelo próprio juiz que, inconscientemente, não quer aumentar sua dissonância –, a decisão sobre o mérito do caso penal acaba por ser construída de modo unilateral e inquisitório. Sem imparcialidade e o devido respeito à participação do principal interessado no resultado do procedimento (o acusado), não há como existir uma decisão legítima no Estado Democrático de Direito (TRUJILLO, 2007, p. 386-387).

O inquérito policial é espécie do gênero investigação criminal (CHOUKR, 2006, p. 71) e é constituído de procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária que tem a finalidade de promover a apuração de elementos de informação aptos a demonstrar autoria e a materialidade de um delito. O inquérito policial auxilia o titular da ação penal a formar sua opinião sobre o delito, pode produzir elementos de informação que sirvam para demonstrar a necessidade e adequação de uma medida cautelar, assim como a existência de justa causa para a ação penal e, principalmente, com o inquérito “Evita-se que a ação penal possa ser instaurada como aventura processual, dado que o simples fato de ser acusado já ‘etiqueta’ o sujeito para todo o sempre, mesmo que absolvido ao final.” (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 117).

É relevante a existência das investigações preliminares e não é objeto da pesquisa a defesa do fim da investigação policial. Na pesquisa analisa-se exclusivamente o prejuízo para a imparcialidade existente no procedimento que prevê a realização da técnica de presença dos autos do inquérito na fase de julgamento.

No ensinamento de Aroldo Plínio Gonçalves: “Uma técnica é valorada segundo sua idoneidade para a realização de suas finalidades.” (1992, p. 169). Como já amplamente demonstrado, a técnica da presença dos autos do inquérito na fase de julgamento do caso penal torna o procedimento parcial e contrário ao processo constitucional democrático ao estimular que o juiz tome partido de uma das partes antes do debate. Assim, essa técnica deve ser valorada como absolutamente inidônea em realizar a finalidade de imparcialidade e efetivação do modelo constitucional do processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

Com a pesquisa historiográfica efetuada neste trabalho demonstrou-se que a proveniência da estrutura mista que transporta as investigações preliminares para a fase de julgamento é o absolutismo francês; sendo que, no monstro de duas cabeças (tanto o primogênito como os seus semelhantes) há uma mistura de saberes incompatíveis que matam a acusatoriedade e mantêm a exclusão do acusado na construção da decisão jurídica.

que não conseguem tolerar, desde que para isso tenham a predisposição psíquica característica.”; “[...] o propósito da paranóia é rechaçar uma idéia que é incompatível com o ego, projetando seu conteúdo no mundo externo.”; e “Em todos os casos a idéia delirante é sustentada com a mesma energia com que uma outra idéia, intoleravelmente penosa, é rechaçada do ego. Assim, essas pessoas amam seus delírios como amam a si mesmas. É esse o segredo.” (FREUD, 1996, p. 254, 256-257).

Posto isso, deve-se considerar que, necessariamente (como demonstrado no capítulo 2), o inconsciente dos sujeitos envolvidos influenciará a construção da decisão; mas, atendendo ao modelo constitucional do processo, o procedimento deve ser estruturado de forma a aumentar ao máximo possível a imparcialidade (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 61) – para tanto, é urgente a exclusão dos autos do inquérito da fase de julgamento do caso penal. Somente assim o material produzido sem o contraditório da defesa não contaminará toda a sequência do procedimento, as razões expostas pela defesa serão de fato ouvidas e o juiz não tomará partido de qualquer das partes antes do debate. Somente assim não se terá uma hipótese que depois o julgador buscará confirmar e, ao contrário, se terá fatos construídos pelas partes para depois o julgador aceitar ou não uma hipótese.

Ressalta-se que a defesa de tal mudança não é inédita no Brasil; segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

[...] há de se dar cabo do inquérito policial, não para introduzir-se (como ingenuamente querem alguns menos avisados) o chamado juizado de instrução (juízes ou promotores de justiça, como parece primário e demonstrou a história, não serão menos inquisidores que as autoridades policiais: basta estar naquela situação!), mas para, aproximando-se da essência acusatória, permitir tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório. (2001, p. 41).

E de acordo com Alexandre Morais da Rosa:

A prova indiciária não deve adentrar validamente no debate porque, por evidente, não havia acusação quando colhida, violando, dentre outros, o princípio da publicidade. Logo, as declarações prestadas naquele momento são – para se utilizar o estatuto probatório italiano, perfeitamente aplicável ao brasileiro –, absolutamente inutilizáveis [...] (2004, p. 331).

E também Aury Lopes Jr.: “Somente através da exclusão do inquérito dos autos do processo é que se evitará a condenação baseada em meros atos de investigação, ao mesmo tempo em que se efetivará sua função endoprocedimental.” (2001, p. 196).

Ao se compreender como o poder opera pela estruturação do discurso processual penal, levando-se em conta os efeitos do saber inquisitório, aquele que tem compromisso com a democracia não tem como ser favorável à manutenção da estrutura mista que mantenha o inquérito na fase de julgamento.¹³⁰

¹³⁰ Todavia, lembra-se que o Projeto de Lei do Senado n. 156 de 2009 (SENADO, 2009) (que se converteu no Projeto de Lei n. 8.045 na Câmara dos Deputados (CÂMARA DOS DEPUTADOS [2010]/2016)), que busca instituir um novo Código de Processo Penal, mantém a presença dos autos do inquérito na fase de julgamento; ante a ofensa de tal medida para o cumprimento da imparcialidade, em apêndice a esta pesquisa são propostas mudanças nessa estrutura.

Num epílogo: a imparcialidade deve reger a sequência procedimental e penetrar na organização da estrutura do procedimento: um procedimento imparcial possibilita ao juiz a aproximação da meta de imparcialidade (capítulo 2). A estrutura mista do procedimento que transporta o acervo das investigações preliminares para a fase de julgamento manipula o juiz a tomar partido dos responsáveis pela investigação – normalmente a polícia e o Ministério Público – antes do debate processual, em função da sequência dos atos do procedimento, que faz com que o julgador tenha contato com o inquérito antes das provas e do debate entre as partes e o conduz a construir a sua hipótese antes dos fatos, com base em hipóteses punitivas e informações produzidas unilateralmente pelos representantes dos órgãos que tem uma expectativa de punição (capítulo 3). A proveniência dessa estrutura é o saber inquisitório e o *Code d’Instruction criminelle* de 1808 – primogênito neoinquisitório –, que foram construídos para a centralização do poder e o domínio dos indivíduos (capítulos 4 e 5). No Estado Democrático de Direito brasileiro – constituído pela Constituição Federal de 1988 – é estabelecida a processualidade democrática e a preponderância da matriz acusatória do processo, o que impõe ao juiz o dever de consideração da argumentação tanto da acusação como da defesa (capítulo 6). Para essa consideração e a efetivação da imparcialidade do juiz e do procedimento é necessário que o procedimento não manipule o julgador a estar em dissonância cognitiva durante a sequência dos atos do procedimento e no momento do provimento final; para tanto, é necessária a exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento.

7 CONCLUSÃO

Com a pesquisa efetuada, defendendo-se a hipótese de que deve existir a exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento para a efetivação da imparcialidade no processo penal brasileiro e tendo-se como marco teórico o modelo constitucional do processo, chega-se às considerações seguintes.

1. Nenhum ser humano é neutro e nenhum método é capaz de eliminar plenamente a influência da vontade e das paixões do sujeito no resultado da investigação. Por isso, o lugar em que o juiz (que é humano) se encontra – seu horizonte de sentido –, que não foi construído endoprocessualmente e em contraditório, interferirá em seu julgamento.
2. Mesmo sendo impossível o julgamento desapassionado (ausente de desejo), o julgador deve buscar aproximar-se da meta de imparcialidade – com meta significando tanto finalidade (*meta*) quanto algo que está além (*μετά*) – vez que em situação de parcialidade o juiz deve declarar o próprio impedimento ou suspeição e, se não o fizer, poder ser declarado impedido ou suspeito por outro órgão da jurisdição.
3. Entendendo-se o procedimento como uma sequência de atos encadeados, em que apenas o ato lícitamente construído é apto a ser precedente de seu consequente, tal como na formulação de Fazzalari; tem-se que a imparcialidade é característica tanto do juiz como do procedimento. Adotando-se que a imparcialidade se configura na equidistância do juízo às partes e que ela implica na inexistência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos suscetíveis de condicionarem o conteúdo da decisão do juízo, conclui-se, amparado em Andolina e Vignera, que a imparcialidade é princípio regente da sequência procedimental e também possui uma implicação de tipo estrutural – o procedimento imparcial (que em sua sequência legal em abstrato não favorece a qualquer resultado) possibilita ao juiz a aproximação da meta de imparcialidade.
4. A dissonância cognitiva – existência de relações discordantes entre cognições – faz com que o ser humano busque reduzir o desconforto psicológico provocado pela possibilidade de alteração da sua primeira opinião (primeira hipótese) sobre a relação entre dois – ou mais – elementos de cognição.

5. Por causa da sequência dos atos do procedimento, os elementos de cognição produzidos na investigação preliminar serão os primeiros que o juiz terá contato (por serem produzidos antes dos demais atos do procedimento ou mesmo por estarem anexados à acusação e, portanto, se situarem em espaço anterior às demais peças dos autos do processo, sendo lidos frequentemente primeiro) e conduzirão o julgador a criar hipóteses sobre os fatos, e a entrar em dissonância cognitiva, antes de seu contato com a prova produzida em contraditório.

6. Por estar em dissonância cognitiva provocada pela sequência procedimental que mantém os autos da investigação preliminar na fase de julgamento, o juiz se atém à imagem formada pelo seu contato inicial com os autos da investigação – construídos, em regra, apenas pela polícia e pela acusação – e é manipulado a não ser um terceiro imparcial, mas um sujeito comprometido psicologicamente com as hipóteses e elementos condenatórios produzidos na investigação preliminar, o que corrompe significativamente a imparcialidade do procedimento e do juiz.

7. Para não sofrer o desconforto psicológico resultante da dissonância cognitiva, na fase de julgamento, o julgador busca a confirmação de sua hipótese construída com base na investigação preliminar; por isso, ele analisa de forma seletiva a informação, aceitando elementos consonantes com sua escolha e evitando elementos dissonantes; o que implica no desprezo do juiz para com as provas e para com a argumentação defensiva que vão contra sua primeira hipótese sobre o caso penal.

8. Enquanto a estrutura que mantém os autos da investigação preliminar na fase de julgamento manipula o juiz a entrar em dissonância cognitiva e, conseqüentemente, a desprezar os elementos dissonantes produzidos pela defesa, a estrutura que exclui os autos do inquérito da fase de julgamento possibilita uma decisão mais imparcial e em acordo com o modelo constitucional do processo.

9. Como demonstra Michel Foucault, o poder constrói o saber e o saber vincula e orienta o poder. Com base na relação poder-saber e na genealogia do poder, é possível afirmar que a proveniência da estrutura mista que transporta o acervo investigativo para a fase seguinte é o poder da Igreja católica e da França absolutista napoleônica. O primeiro que, por uma mudança de saber – da verdade agostiniana para a aristotélica – criou o saber inquisitório, o inquérito e conseguiu, por séculos, a centralidade do poder político e o monopólio do cristianismo. E o

segundo que, pela mescla da *inquisitionem* ao *jury*, criou o monstro de duas cabeças neoquisitório e mascarou a inquisitorialidade do procedimento com a aparência de uma segunda fase acusatória.

10. O saber inquisitório, criado no século XIII pela Igreja católica, determina o acesso restrito ao discurso e o domínio da verdade pelo inquisidor, que por sua análise exclusiva da coisa – o animal da confissão – determina, de ofício, o início do procedimento, monopoliza a gestão da prova e sentencia.

11. O inquérito foi criado pelo poder do Império Carolíngio (origem administrativa do inquérito) e pelo poder da Igreja católica (origem religiosa do inquérito) para a regularidade na “descoberta da verdade” e o controle da produção do verdadeiro.

12. O saber inquisitório materializa-se pelo inquérito.

13. O saber acusatório, de proveniência da resistência dos ingleses ao rei normando Guilherme I e seus descendentes, determina que a verdade é fruto do argumento das partes – sujeitos de direito – e do respeito às regras; sendo que o objeto do processo, o limite de cognição e o limite da decisão são determinados pelas partes e vinculam o julgador, que é um terceiro garante do *fair play*.

14. A estrutura mista, criada na França napoleônica, de uma fase inquisitória e uma fase acusatória, mistura saberes incompatíveis, cria uma fase de julgamento que é uma repetição do inquérito, exclui a participação da defesa da produção de elementos que influenciarão a decisão e é neoquisitória.

15. Mesmo com o Brasil constituindo-se um Estado Democrático de Direito de imposição constitucional de preponderância da matriz acusatória do processo penal, o Código do Estado Novo ainda está vigente e mantém uma persecução bifásica que transporta os autos das investigações preliminares para a fase de julgamento e o inquérito policial criado no Brasil Império como centro da produção dos elementos que influenciarão a convicção do julgador.

16. O cidadão acusado de um delito tem o direito, por determinação constitucional, de ter suas razões consideradas e de ser julgado por um juiz imparcial. Isso é impossibilitado pelo

procedimento parcial do atual Código de Processo Penal que, com a transposição do inquérito para a fase de julgamento, manipula o julgador a entrar em dissonância cognitiva consonante às hipóteses e informações produzidas unilateralmente na fase de investigação pelos representantes dos órgãos que têm expectativa de punição (Polícia e Ministério Público).

17. A técnica da presença dos autos do inquérito na fase de julgamento do caso penal torna o procedimento parcial e contrário ao modelo constitucional do processo ao estimular que o juiz tome partido de uma das partes antes do debate. Assim, essa técnica deve ser valorada como absolutamente inidônea em realizar a finalidade de efetivação da imparcialidade.

18. Para que o procedimento penal não manipule o juiz a tomar partido de uma das partes antes do debate; para que o juiz não esteja em dissonância cognitiva e, conseqüentemente, ignore ou despreze as provas e a argumentação da defesa; para que o procedimento na fase de julgamento não seja mais uma repetição do inquérito; para que o procedimento não seja neoinquisitório; e para que o procedimento seja imparcial e possibilite ao juiz aproximar-se da meta de imparcialidade, é necessária a exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. *A cidade de Deus*. 2. ed. Petrópolis: Vozes de bolso, 2014. v. 1.
- AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.
- AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier. *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Marcial Pons: Madrid, 2008.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, 1997.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza; PINHO, Guilherme Rosa; DUTRA, Ludmila Corrêa. Vineam Domini Sabaoth: a convocação do Latrão IV. *Revista FSA*, Terezina, v. 12, n. 5, p. 88-101, 2015.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*: volume 2: texto grego com tradução ao lado. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- _____. *Obras*. Madrid: Aguillar, 1977.
- _____. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2005.
- _____. *Poética*. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1994.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Regimes políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.
- _____. *Teoria geral da cidadania*: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA, Rui. *A Constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Flores & Mano, [s./d.].
- _____; LYRA, Roberto; LYRA FILHO, Roberto; SILVA, Mário César da. *O júri sob todos os aspectos*: textos de Ruy Barbosa sobre a teoria e a prática de instituição. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a. p. 331-345.

_____. *Processo penal cautelar: em busca de uma teoria*. No prelo.

_____. *(Re)forma do processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

_____; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROS PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. *Virtualjus*, Belo Horizonte, v. 1, p. 01-29, 2003. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/O%20PROCESSO,%20A%20JURISDI%20C%20E%20A%20A%20C%20SOB%20A%20D%20TI%20DE%20ELIO%20FAZZALARI.doc>. Acesso em: 24 abr. 2016.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Bushatsky, 1978.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. São Paulo: Pillares, 2008.

BITTAR, Eduardo. *Curso de filosofia aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri: Manole, 2003.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco de. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Ed. UnB, 1993.

BRANDOM, Robert B. *Articulando razões: uma introdução ao inferencialismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

BRASIL. Código de Processo Criminal de Primeira Instância (1832). *Lei de 29 de novembro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016a.

_____. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2016b.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016c.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016d.

_____. *Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4824.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016e.

_____. *Decreto n. 5.515, de 13 de agosto de 1928*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5515-13-agosto-1928-562444-publicacaooriginal-86469-pl.html>>. Acesso em: 22 ago. 2016f.

_____. *Decreto n. 16.751, de 31 de dezembro de 1924*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16751impressao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016g.

_____. *Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016h.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 455. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 08 set. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016i.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 118.627/RJ. Relator: Roberto Barroso – Primeira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5400297>>. Acesso em: 19 ago. 2016j.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

BUZAID, Alfredo. Introdução. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

_____. Um sonho que se realiza. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 5-9, jan.-jun. 1960.

CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. *Da arqueologia do saber ao ensaio filosófico: a problemática de uma ontologia do presente em Foucault. Síntese-Nova fase*, Belo Horizonte, v. 15, n. 40, p. 59-83, 1987.

_____. Violência e/ou política. In: PASSOS, Izabel C. Friche (org.). *Poder, normalização e violência: incursões foucaultianas para a atualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. p. 23-40.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 8.045, de 2010*. Revoga o Decreto-lei n. 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei n. 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis n. 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

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

CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (orgs.). *A consciência do juiz na tradição jurídica europeia*. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2010.

CARMIGNANI, Giovanni. *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Pisa: Fratelli Nistri, 1832. t. 4.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, [s./d.]. v. 1.

_____. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1950. v. 4.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. São Paulo: Saraiva 2014.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COOPER, Joel. *Cognitive Dissonance: Fifty Years of a Classic Theory*. Los Angeles: SAGE, 2007.

CORDEIRO LEAL, André. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008.

_____. *O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDERO, Franco. *Against the catholic system*. London: Calder & Boyars, 1972.

_____. *Gli osservanti: fenomenologia delle norme*. Milano: Giuffrè, 1967.

- _____. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- _____. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000a. v. 1.
- _____. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000b. v. 2.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 1979.
- CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: 2003.
- ESMEIN, Adhémar. *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*. Paris: L. Larose et Forcel, 1882.
- _____. *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814: révolution, consulat & empire*. Paris: L. Larose et L. Tenin, 1908.
- ESTADOS UNIDOS. *Rule 901. Authenticating or Identifying Evidence*. Disponível em: <www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_901>. Acesso em: 22 set. 2016.
- EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco de. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Ed. UnB, 1993.
- FALBEL, Nachman. *Heresias medievais*. São Paulo: Perspectiva, 1977.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 4. ed. rev. São Paulo: Globo, 2008.
- FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e valori*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2004.
- _____. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: A. Milani, 1996.
- _____. La imparzialità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 2, p. 193-203, 1972.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

_____.; RIECKEN, Henry W.; SCHACHTER, Stanley. *When prophecy fails: A Social and Psychological Study of a Modern Group that Predicted the Destruction of the World*. London: Pinter & Martin, 2008. EPUD.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

FORSYTH, William. *History of trial by jury*. London: John W. Parker and Son, 1852.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.

_____. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014b.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

_____. *Aulas sobre a vontade de saber: curso no Collège de France (1970-1971)*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014c.

_____. *Do governo dos vivos: curso no Collège de France, 1979-1980 (excertos)*. 2. ed. São Paulo: Centro de Cultura Social; Rio de Janeiro: Achiamé, 2011a.

_____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015a.

_____. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015b.

_____. *Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Subjetividade e verdade. In: FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos: curso no Collège de France, 1979-1980 (excertos)*. 2. ed. São Paulo: Centro de Cultura Social; Rio de Janeiro: Achiamé, 2011b.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____.; MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A questão do júri. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 193, p. 20-29, jan.-mar. 1961.

FRANÇA. *Code d'instruction criminelle de 1808*. Disponível em: <http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016a.

FRANÇA. *Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4 (25 octobre 1795)*. Disponível em: <http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016b.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: A Noite, 1950. v. 1.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980a. v. 1.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980b. v. 2.

_____. In: PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*: edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Ed. RT, 1959, *passim*.

FREUD, Sigmund. *Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 1.

FREY, D.; IRLE, M et al. Cognitive dissonance: experiments and theory. In: IRLE, Martin; KATZ, Lawrence B. (orgs.). *Studies in Decision Making: Social Psychological and Socio-Economic Analyses*. New York: de Gruyter, 1982. p. 281-310.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Metodologia da pesquisa*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2002.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935. Barcelona: BOSCH, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La Imparcialidad como Principio Básico del Proceso*. Disponível em: <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2016. n.p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar.-abr. 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 81, p. 98-102, 1986.

GUIMARÃES ROSA, João. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GUTHRIE, Chris et al. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, n. 86, p. 777-830, 2001.

HEFELE, Charles-Joseph; LECLERCQ, Dom H. *Histoire des conciles d'après les documents originaux*. Paris: Letouzey et Ané, 1913, t. 5.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1181-1185: Lúcio III). Ad Abolendam. In: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: Ad Abolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199)*. *Revista de História*, São Paulo, n. 166, p. 150-155, 2012.

_____. Papa (1243-1254: Inocêncio IV). Ad Extirpanda. In: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: Ad Extirpanda (1252)*. *Revista Diálogos Mediterrânicos*, Curitiba, n. 7, p. 216-228, 2014.

_____. Papa (1978-2005: João Paulo II). *Carta do Papa João Paulo II ao Cardeal Roger Etchegaray na apresentação do livro que reúne as "Actas do Congresso Internacional sobre a inquisição"*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/2004/documents/hf_jp-ii_let_20040615_simposio-inquisizione.html>. Acesso em: 25 jun. 2016a.

_____. Papa (1198-1216: Inocêncio III). *Concilium Lateranense IV: 1215*. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1215-1215,_Concilium_Lateranense_III,_Documenta,_LT.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016b.

_____. Papa (1227-1241: Gregório IX). *Edictum Excommunicamus*. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/01p/1227-1241,_SS_Gregorius_VIII,_Edictum_'Excommunicamus',_LT.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016c.

_____. Papa (1198-1216: Inocêncio III). *Fourth Lateran Council: 1215*. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1215-1215,_Concilium_Lateranum_III,_Documenta_Omnia,_EN.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016d.

_____. Papa (1227-1241: Gregório IX). *Gregory IX, "Ille humani generis" (1231-1233)*. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/canilup/home/gregory-ix>>. Acesso em: 24 jun. 2016e.

_____. Papa (1198-1216: Inocêncio III). *Vergentis in Senium*. In: RUST, Leandro Duarte. *Bulas inquisitoriais: Ad Abolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199)*. *Revista de História*, São Paulo, n. 166, p. 156-161, 2012.

_____. Papa (1198-1216: Inocêncio III). *Vineam Domini Sabaoth*. In: ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza; PINHO, Guilherme Rosa; DUTRA, Ludmila Corrêa. *Vineam Domini Sabaoth: a convocação do Latrão IV*. *Revista FSA*, Terezina, v. 12, n. 5, p. 94-95, 2015.

INGLATERRA. *Assize of Clarendon, 1166*. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2016a.

_____. *Constitutions of Clarendon, 1164*. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/medieval/constcla.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2016b.

_____. *Magna Carta 1215*. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2016c.

ISAÍAS. In: A Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2. ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza n. 131*. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0131s-96.htm>>. Acesso em: 12 out. 2016a.

_____. Corte Costituzionale. *Sentenza n. 155*. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1996/0155s-96.htm>>. Acesso em: 12 out. 2016b.

JOÃO. In: A Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2. ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANG, J. et al. Implicit bias in the courtroom. *UCLA L. Rev.*, Los Angeles, n. 59, p. 1.124-1.186, 2012.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LAVEAGA, Gerardo. *O sonho de Inocêncio*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

LE GOFF, Jacques. *Los intelectuales en la edad media*. Barcelona: Gedisa, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. São Paulo: Forense, 2014.

LIDDELL, Henry George; SCOTT, Robert. *A greek-english lexicon*. 9. ed. Oxford: Clarendon Press, 1968.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACHADO, Roberto. *Ciência e saber: a trajetória da arqueologia de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

_____. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARÇAL, Antonio Cota. Princípio: estatuto, função e usos no direito. In: TAVARES, F. Horta (Org.). *Constituição, direito e processo*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31-58.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 475-485.

_____. *Da justa causa para a ação penal: na perspectiva do processo como procedimento em contraditório*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

_____. Inquisitório vs. Acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, a. 3, n. 4, p. 16-18, 2013.

_____. Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, a. 4, n. 6, p. 25-28, 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MATEUS. In: A Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2. ed. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 221-231.

_____. *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. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

_____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 78, p. 687-697, 2002.

_____. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 77-94, abr. 2004.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-55.

_____. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-17.

_____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). *O novo processo penal à luz da Constituição: volume 2*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MONTESQUIEU, Jacob Vernet Charles-Louis de Secondat de. *De l'esprit des loix: ou du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce, etc..* A Genève: Chez Barrillot et fils, 1748. t. 1.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. 2004. 430 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

_____. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MÜLLER, Ingo. *Los juristas del horror: la 'justicia' de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Bogotá: Alvaro Nora, 2011.

NAPOLEÃO BONAPARTE. In: MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe: com as notas de Napoleão Bonaparte*. 4. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2006, *passim*.

NASIO, J.-D. *Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

_____. *O prazer de ler Freud*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. 2003. 184 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, a. 22, n. 87, p. 205-210, jul./set. 2014.

PERAZZONI, Franco. Delegado de polícia: um breve histórico e análise do papel que desempenha atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovanni Celso. *Inquérito policial: doutrina e prática*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro: edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques*. São Paulo: Ed. RT, 1959.

PIMENTA LOPES, Marcus Vinícius. Estudo e crítica do “juiz das garantias”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, p. 227-260, 2014.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006.

RÁO, Vicente et al.. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 34, n. 3, p. 137-292, 1938.

RATZINGER, Joseph. *Introdução ao cristianismo: preleções sôbre o Símbolo Apostólico*. São Paulo: Herder, 1970.

REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga: volume 2: Platão e Aristóteles*. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

_____. In: ARISTÓTELES. *Metafísica*: volume 1: ensaio introdutório. São Paulo: Edições Loyola, 2001, *passim*.

ROLLS, Geoff. *Classic Case Studies in Psychology*. 3. ed. New York: Routledge, 2015.

RUST, Leandro Duarte. Bulas inquisitoriais: Ad Abolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). *Revista de História*, São Paulo, n. 166, p. 129-161, 2012.

_____. Bulas inquisitoriais: Ad Extirpanda (1252). *Revista Diálogos Mediterrânicos*, Curitiba, n. 7, p. 200-228, 2014.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set.-dez. 2012.

_____; BANDILLA, Wolfgang. In: WEGENER, H. et al. *Criminal behavior and the justice system*. New York: Springer-Verlag, 1989. p. 181-192.

SENADO. *Emenda n. 1 – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Substitutivo) (ao Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009)*. Brasília: Senado, 2010.

_____. *Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009*. Brasília: Senado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TEDH. *Case of De Cubber v. Belgium (1984)*. Disponível em: <[http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/de%20Cubber%20v.%20Belgium%20\[26%20Oct%201984\]%20\[EN\].pdf](http://cambodia.ohchr.org/sites/default/files/echrsource/de%20Cubber%20v.%20Belgium%20[26%20Oct%201984]%20[EN].pdf)>. Acesso em: 03 out. 2016.

THEODORO JR., Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 233-263.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino-português*. 2. ed. Porto: Maranus, 1942.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. México: UNAM, 2007.

VASSALLI, Giuliano. Introduzione. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ et al. *Direito penal brasileiro: volume 1: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAPPALÀ, Salvatore. *Human Rights in international criminal proceedings*. New York: Oxford, 2008.

APÊNDICE – Propostas de modificações no PL 8045/2010

I – Da persecução penal

(Livro I)

1. Proposta de se incluir o inciso XVIII no artigo 14 do Projeto com a seguinte redação:

“Art. 14.

I -

II -

III -

IV -

V -

VI -

VII -

VIII -

IX -

X -

XI -

XII -

XIII -

XIV -

XV -

XVI -

XVII -

XVIII - Receber a denúncia ou queixa.

Parágrafo único.”

JUSTIFICAÇÃO:

Na análise de admissibilidade da acusação o juiz tem contato com os elementos do inquérito para analisar se existe justa causa para a ação penal. Todavia, na análise da justa causa é decidido se há indícios de autoria e materialidade, o que faz com que sejam criadas, antes da participação da defesa e da instrução em contraditório, hipóteses sobre o caso penal. Por isso,

para que o juiz do processo não crie hipóteses sobre o caso penal antes da instrução em contraditório, é necessário que seja o juiz das garantias quem realize os atos do recebimento da denúncia ou queixa.

2. Redação proposta para o artigo 15 do Projeto:

“Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com o recebimento da ação penal.

§ 1º Recebida a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos do inquérito devem ser desentranhados dos autos do procedimento principal após o recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz das garantias.

§ 4º Após o desentranhamento referido no parágrafo anterior, os autos do inquérito devem ser arquivados em cartório.”

JUSTIFICAÇÃO:

A alteração do caput se dá para incluir que a competência do juiz das garantias não permanece até o oferecimento da ação penal, mas, sim, até o recebimento da denúncia ou queixa (o que ocorre após a citação e a resposta do acusado). A alteração dos §§ 1º e 2º se dão pelas mesmas razões. A inclusão dos §§ 3º e 4º ocorre para que os autos do inquérito sejam fisicamente excluídos da fase de julgamento. A psicanálise demonstra que nenhum sujeito é neutro, o que inclui o juiz. Ao mesmo tempo, a lei impõe ao julgador o dever de imparcialidade. Como demonstra a teoria da dissonância cognitiva, o ser humano vincula-se às suas primeiras hipóteses sobre os fatos – o que foi comprovado empiricamente. Por causa da sequência dos atos do procedimento, os elementos de cognição produzidos na investigação preliminar serão os primeiros que o juiz terá contato (por serem produzidos antes dos demais atos do procedimento ou mesmo por estarem anexados à acusação e, portanto, se situarem em espaço anterior às demais peças dos autos do processo, sendo lidos frequentemente primeiro) e conduzirão o julgador a criar hipóteses sobre os fatos, e a entrar em dissonância cognitiva, antes de seu contato com a prova produzida em contraditório. Por estar em dissonância cognitiva provocada pela sequência procedimental que mantém os autos da investigação preliminar na

fase de julgamento, o juiz se atém à imagem formada pelo seu contato inicial com os autos da investigação – construídos, em regra, apenas pela polícia e pela acusação – e é manipulado a não ser um terceiro imparcial, mas um sujeito comprometido psicologicamente com as hipóteses e elementos condenatórios produzidos na investigação preliminar, o que corrompe significativamente a imparcialidade do procedimento e do juiz. Para não sofrer o desconforto psicológico resultante da dissonância cognitiva, na fase de julgamento, o julgador busca a confirmação de sua hipótese construída com base na investigação preliminar; por isso, ele analisa de forma seletiva a informação, aceitando elementos consonantes com sua escolha e evitando elementos dissonantes; o que implica no desprezo do juiz para com as provas e para com a argumentação defensiva que vão contra sua primeira hipótese sobre o caso penal. Enquanto a estrutura que mantém os autos da investigação preliminar na fase de julgamento manipula o juiz a entrar em dissonância cognitiva e, conseqüentemente, a desprezar os elementos dissonantes produzidos pela defesa, a estrutura que exclui os autos do inquérito da fase de julgamento possibilita uma decisão mais imparcial. Assim, para que o procedimento penal não manipule o juiz a tomar partido de uma das partes antes do debate; para que o juiz não esteja em dissonância cognitiva e, conseqüentemente, ignore ou despreze as provas e a argumentação da defesa; para que o procedimento na fase de julgamento não seja mais uma repetição do inquérito; e para que o procedimento seja imparcial e possibilite ao juiz aproximar-se da meta de imparcialidade, é necessária a exclusão física dos autos do inquérito da fase de julgamento.

3. Proposta de se incluir artigo, no Capítulo I (Disposições gerais), do Título VIII (Da prova), do Livro I (Da persecução penal), do Projeto, com a seguinte redação:

“Para que a produção de uma prova seja admitida, deve existir o registro da forma de obtenção do elemento de prova, de sua preservação e de seu manuseio.”

JUSTIFICAÇÃO:

A proposta tem o fim de estabelecer em lei a necessidade de preservação da cadeia de custódia do elemento de prova. A preservação da cadeia de custódia aumenta a credibilidade de prova ao demonstrar que não existiu espaço para adulteração do elemento de prova. Por ela, as partes têm a obrigação de demonstrar a cadeia de custódia da prova para que essa prova seja admitida. Deve ser feito o registro tanto de como o elemento de prova foi obtido, como da forma

com que ele foi preservado e manuseado. Por tal registro é possível perceber se algum elemento de prova foi destruído ou adulterado e é possível rastrear o vínculo entre as provas, o que é fundamental para a análise da prova ilícita por derivação: a título de exemplo, se o primeiro elemento de prova foi obtido de forma ilícita (tal como na busca e apreensão sem ordem judicial e sem o consentimento do morador) todas as provas dele derivadas também serão ilícitas. A matéria assume especial relevância nos meios ocultos de investigação (interceptações telefônicas, escuta ambiental, delação premiada, agente infiltrado, ação controlada), em que não é possível a prévia participação da defesa; nesses casos, como o produto dessas técnicas é transportado da fase de investigação para a fase de julgamento, principalmente nessas situações é fundamental a preservação da cadeia de custódia da prova para que possa ser realizada nova análise sobre o elemento de prova na fase iniciada com a ação penal, onde o contraditório é pleno.

4. Proposta de se incluir artigo, no Capítulo I (Disposições gerais), do Título VIII (Da prova), do Livro I (Da persecução penal), do Projeto, com a seguinte redação:

“Todas as provas que por urgência e irrepitibilidade devam ser produzidas em momento anterior ao recebimento da denúncia ou queixa devem ser produzidas em procedimento de produção antecipada de prova, observado o contraditório, a ampla defesa e os mesmos requisitos de sua produção na fase jurisdicional.

§ 1º Caso não seja possível a citação do investigado para participação na produção da prova antecipada em função da urgência e irrepitibilidade, o elemento de informação deve ser registrado nos autos do inquérito e ser juntamente com ele desentranhado dos autos do procedimento principal após o recebimento da denúncia ou queixa.

§ 2º As partes podem arrolar os autores dos registros a que se refere o parágrafo anterior para serem ouvidos como testemunhas na fase jurisdicional.”

JUSTIFICAÇÃO:

Em função da demora que a realização dos atos do processo de conhecimento pode apresentar, causando prejuízos para a cognição pelos efeitos físicos que o tempo pode causar no elemento de prova, pode ser necessária a instrumentalização da prova em momento anterior ao determinado na sequência ordinária dos atos do procedimento. Ao mesmo tempo, no Estado Democrático de Direito brasileiro – que possui o contraditório, a ampla defesa e o devido

processo legal como garantias fundamentais e cláusulas pétreas da Constituição – todos os elementos que podem influenciar o julgador do mérito do caso penal devem ser produzidos com a participação da defesa segundo o devido processo; por isso, em casos de urgência e irrepetibilidade a prova pode ser produzida de forma antecipada, mas apenas se obedecer aos requisitos processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Na proposta do § 1º respeita-se o contraditório, que é princípio constitucional regente de toda a estruturação do procedimento, inclusive o cautelar. Sem sua produção em contraditório, nenhum elemento pode influenciar a convicção do julgador do processo, por isso, caso não seja possível o exercício do contraditório do investigado, o elemento produzido não pode ser transportado da fase de investigação para a fase de julgamento e deve ser excluído juntamente com os autos do inquérito policial (vide as razões do item 2). Isso em nada prejudica a instrução jurisdicional vez que todos os responsáveis pela produção dos elementos da investigação podem ser arrolados como testemunhas e ouvidos na fase jurisdicional, como proposto na redação do § 2º.

II – Do processo e dos procedimentos

(Livro II)

5. Redação proposta para se incluir os §§ 4º, 5º e 6º no art. 270 do Projeto:

“Art. 270.
 § 1º
 § 2º
 § 3º
 § 4º Quando existente, os autos do inquérito policial devem ser apensados à denúncia.
 § 5º Os autos dos procedimentos cautelares devem ser apensados à denúncia em autos distintos aos do inquérito policial.
 § 6º À denúncia só podem ser anexados os documentos, a folha de antecedentes, o registro civil e a identificação criminal.”

JUSTIFICAÇÃO:

Quanto ao § 4º: os autos do inquérito devem ser apensados, e não anexados, à denúncia para facilitar seu desentranhamento dos autos do procedimento principal (vide o item 2) e evitar

o tumulto processual. Quanto ao § 5º: os autos dos procedimentos cautelares devem ser apensados aos do procedimento principal por duas razões; a primeira é que não tem sentido o registro das cautelares ser feito nos autos do inquérito, vez que, como esse será excluído após o recebimento da denúncia ou queixa, as peças das cautelares seriam juntamente desentranhadas com os autos do inquérito, o que impediria a revisibilidade das cautelares na fase jurisdicional e afrontaria a ampla defesa; a segunda razão é que os autos das cautelares podem fazer referência a elementos do inquérito que não devem ser transpostos da fase de investigação para a fase de julgamento (vide o item 2), assim, para que esses elementos não estejam na sequência ordinária das peças dos autos principais e sejam frequentemente lidos pelo juiz do processo, os autos das cautelares devem ser apensados aos autos principais. Quanto ao § 6º: existem registros que são produzidos antes da fase judicial e que não apresentam prejuízo em sua transposição de uma fase para outra. Esse é o caso dos documentos, da folha de antecedentes e do registro civil ou identificação criminal. A criação do elemento de prova do documento, por exemplo, pode ocorrer na fase judicial (como uma certidão) ou antes dela (como uma carta) e, nesse último caso, como é criado fora do espaço do processo, não causa prejuízo que o documento passe da fase de investigação para a judicial: se ele fosse juntado aos autos na fase judicial seria o mesmo e com a mesma criação de quando juntado na fase investigativa. Desta forma, não causa prejuízo para a imparcialidade que os documentos, a folha de antecedentes e o registro civil ou identificação criminal sejam transpostos para a fase de julgamento; por isso, podem ser anexados à denúncia.

6. Redação proposta para o art. 274 do Projeto:

“Art. 274. Estando presente as condições da ação e os pressupostos processuais, o juiz das garantias receberá a acusação e, não sendo o caso de absolvição sumária ou de extinção da punibilidade, ordenará o desentranhamento dos autos do inquérito, o arquivamento desses autos no cartório e encaminhará os autos do procedimento principal e dos procedimentos cautelares ao juízo competente.”

JUSTIFICAÇÃO:

As razões são as mesmas dos itens 1 e 2 e a proposta de redação se dá para adequar o art. do Projeto à mudança causada pelo desentranhamento dos autos do inquérito após o recebimento da ação penal.

7. Proposta de se incluir artigo (posterior ao proposto no item 6), no Capítulo II (Do procedimento ordinário), do Título II (Dos procedimentos), do Livro II (Do processo e dos procedimentos, do Projeto, com a seguinte redação:

“Recebidos os autos, o juízo competente para o julgamento do mérito designará dia e hora para a instrução ou seu início em audiência, a ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa) dias, determinando a intimação do órgão do Ministério Público, do defensor ou procurador e das testemunhas que deverão ser ouvidas.

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer à audiência e demais atos processuais, devendo o poder público providenciar sua apresentação, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 76.

§ 2º Não cumprido o prazo previsto no caput deste artigo, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, instaurar incidente de aceleração processual, determinando, se necessário, a prática de atos processuais em domingos, feriados, férias, recessos ou fora do horário de expediente forense, bem como nomear servidores ad hoc para a realização de atos específicos de comunicação processual e de expediente em geral.

§ 3º A instauração do incidente será comunicada à presidência do tribunal competente, para as medidas administrativas cabíveis, inclusive a designação de magistrados em auxílio.

§ 4º As medidas previstas no § 3º deste artigo também serão comunicadas ao juízo deprecado e à presidência do respectivo tribunal, se for o caso.”

JUSTIFICAÇÃO:

A redação cria um artigo para tratar da parte final do artigo 274 do Projeto (modificado pelo item 6) mantendo a redação original, inclusive a dos parágrafos.

8. Proposta de se incluir artigo, no início da Seção I (Da acusação e da instrução preliminar), do Capítulo VI (Do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri), do Livro II (Do processo e dos procedimentos), de seguinte redação:

“Oferecida a denúncia ou queixa nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, o juiz das garantias enviará todos os autos do procedimento ao juízo sumariante competente, que realizará os atos relativos ao recebimento da ação penal.”

JUSTIFICAÇÃO:

A proposta tem o fim de adequar o procedimento de competência do Tribunal do Júri à proposta dos itens 1 e 2. Como nesse procedimento existe divisão especial entre dois juízos (juízo sumariante e Tribunal do Júri) para a análise do caso penal, com um decidindo a admissibilidade da acusação e o outro julgando o mérito, não se faz necessário que o juiz das garantias realize a mesma função do juízo sumariante de análise do recebimento da ação penal.

9. Redação proposta para o art. 334 do Projeto:

“Art. 334. Após a decisão de pronúncia, os autos do inquérito serão desentranhados e arquivados no cartório, e os autos do procedimento principal e dos procedimentos cautelares serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 475.

§ 1º
 § 2º”

JUSTIFICAÇÃO:

Pelas mesmas razões do item 2 e porque o inquérito é composto de elementos que não foram produzidos em contraditório (entendido como garantia de influência e não-surpresa), os autos do inquérito não podem ser transpostos para a fase de instrução em plenário nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri e influenciarem os julgadores.

III – Das medidas cautelares

(Livro III)

10. Proposta de se incluir artigo, no Título I (Das disposições gerais), do Livro III (Das medidas cautelares), do Projeto, com a seguinte redação:

“Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do procedimento principal.”

JUSTIFICAÇÃO:

Além da redação proposta (referente à forma de autuação das cautelares) respeitar a autonomia do procedimento cautelar (que tem estrutura, fundamentos e decisões próprias), ela evita o tumulto processual. Essa questão, que pode parecer de menor relevância, na estrutura procedimental que exclui os autos do inquérito da fase de julgamento assume grande importância. Com o registro das cautelares em apenso aos autos do inquérito, no momento em que esses últimos forem arquivados – após a decisão de admissibilidade da acusação – para a sequência do procedimento no juízo do julgamento, os autos das cautelares são facilmente transpostos de uma fase para a outra, o que é fundamental para permitir a revisibilidade constante da necessidade das cautelares e a afirmação da ampla defesa. Essa técnica de autuação é necessária para adaptar o procedimento à alteração proposta; não tem cabimento uma cautelar pessoal, por exemplo, registrada nos mesmos autos do inquérito e depois sua exclusão junto com o acervo da investigação, o que impediria o juiz do processo de analisar se é devida ou não a manutenção da cautelar. Assim, com o registro das cautelares em apenso (tanto na fase de investigação quanto na fase iniciada com a ação penal), é respeitada a autonomia das cautelares, é evitado o tumulto processual e é facilitada a transposição do registro das cautelares da fase de investigação para a fase iniciada com a ação penal.